

Alma Mater Studiorum- Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO
XIX Ciclo
SETTORE DISCIPLINARE IUS/10

**GOVERNO SOCIETARIO E TUTELA DELL'INTERESSE
PUBBLICO NELLE SOCIETA' PER LA GESTIONE DEI SERVIZI
PUBBLICI LOCALI**

TESI DI DOTTORATO

Relatore
Ch.mo Prof. MARCO CAMMELLI

Presentata da:
Dott.ssa CARMEN VITALE
MAT. 6022

Coordinatore
Ch.mo Prof. GIROLAMO SCIULLO

Esame finale anno 2007

INDICE

INTRODUZIONE

Ragioni, obiettivi e metodo della ricerca.....p.	1
--	---

CAPITOLO PRIMO

Dalla privatizzazione delle forme all'esternalizzazione delle attività nella gestione societaria del servizio pubblico locale.

Premessa. L'avvio delle privatizzazioni: presupposti, forme, risultati.....	8
.....	8
1 Servizio pubblico locale, attività economica e strumenti societari.....	17
2. Interesse pubblico, investitori privati e poteri speciali.....	23
3. La riforma del settore dei servizi pubblici locali.....	28
4.e la sua controriforma.....	32
5. Servizio pubblico e società locali: la storia infinita.....	37

CAPITOLO SECONDO

Le società a partecipazione pubblica dalla categoria generale alle forme microtipiche. L'individuazione delle regole tra codice civile e regimi speciali.

1. Le società a partecipazione pubblica nelle ricostruzioni dottrinali.....	44
.....	44
2. Le privatizzazioni e la questione delle "regole": il dibattito sul rapporto tra natura del soggetto e regime giuridico.....	52
3. Le soluzioni della giurisprudenza: il criterio "formale". Dalla natura del soggetto alla disciplina applicabile.....	62
4. Il criterio "sostanzialistico". Dalla privatizzazione degli enti alla	

privatizzazione dei soggetti: l'approccio del giudice amministrativo.....	64
5. Il criterio della provenienza delle risorse utilizzate. La definizione dei confini tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria.....	70
6. Le società a partecipazione pubblica dopo la l. n. 15 del 2005.....	73
7. Autonomia regionale e società a partecipazione pubblica. Il limite del diritto privato nella giurisprudenza della Corte costituzionale.....	76
8. Ancora a proposito delle “regole”: qualche conclusione.....	86
9. Le “ <i>sociedades mercantiles</i> ” per la gestione dei servizi pubblici locali in Spagna.....	90

CAPITOLO TERZO

Società per la gestione dei servizi pubblici locali e strumenti di *governance*.

Premessa. Servizi pubblici locali e strumenti societari: il lento e tormentato processo di riforma del settore.....	100
1. La gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica. Le società proprietarie delle reti.....	103
1.1. Il principio di separazione tra la gestione delle reti e degli impianti e l'erogazione del servizio: le diverse opzioni interpretative.....	107
2. La gestione dei servizi privi di rilevanza economica: cenni.....	109
3. La <i>public governance</i> nei servizi pubblici locali: le funzioni di indirizzo e controllo dell'ente locale.....	111
4. <i>Governance</i> e imprese pubbliche locali: problematiche di gestione e controllo delle partecipate.....	115
4.1. Sistemi di <i>governance</i> e tipologie societarie per la gestione dei servizi pubblici locali.....	119
5. <i>Governance</i> “alta”. La relazione tra la società e l'ente pubblico nelle società chiuse: il modello <i>in house</i>	121
5.1. Organizzazione <i>in house</i> e diritto societario: compatibilità e limiti.....	132
6. <i>Governance</i> “bassa”: controllo endosocietario dell'ente e amministrazione della società aperta.....	134
6.1. Nomina, revoca e ruolo degli amministratori.....	137

6.2. Indirizzo e definizione dell'attività sociale: i nuovi margini dell'autonomia statutaria e il ruolo dei patti parasociali.....	152
---	-----

CAPITOLO QUARTO

Interesse “pubblico”, società “private” e strumenti di controllo. La convergenza possibile tra ragioni pubbliche e interessi privati.

Premessa. Servizi pubblici locali e strumenti societari: arretramento o riorganizzazione dell'amministrazione?.....	158
1. Il “controllo” come strumento di garanzia dell'interesse pubblico nella società per la gestione del servizio.....	164
2. Controlli “preventivi”: la delibera di costituzione della società e il controllo sull'atto costitutivo.....	170
2.1. Il contratto di servizio e la verifica di conformità dell'attività del sociale alle esigenze servizio del servizio.....	174
3. Controlli e procedure di scelta del gestore.....	178
3.1. L'interesse pubblico “fuori” dall'amministrazione nelle procedure di esternalizzazione del servizio.....	179
3.2. La scelta del socio privato nell'ipotesi di “cogestione” del servizio per mezzo di società mista.....	181
3.3. La presunta convergenza tra interesse pubblico e interesse sociale nelle società <i>in house</i> . Il controllo “plurale” nelle società a partecipazione pluricomunale.....	183
4. Il controllo “atipico” degli utenti: la carta di servizi.....	186
5. I controlli “esterni”: Corte dei Conti e società pubbliche.....	190
6. I controlli “endosocietari”: la responsabilità degli amministratori secondo il diritto societario. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel d. lgs. n. 231/2001.....	198
6.1. La “patologia” della relazione interesse pubblico/interesse sociale nella <i>holding</i> per la gestione del servizio. La responsabilità da direzione e coordinamento svolta nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui.....	209
7. Un'ipotesi per concludere. L'adeguatezza degli strumenti privatistici di	

controllo sulle società che gestiscono un servizio pubblico locale.....	
.....	216
Bibliografia.....	224

INTRODUZIONE

Ragioni, obiettivi e metodo della ricerca.

Nel descrivere il fenomeno di “pubblicizzazione” che caratterizzava le amministrazioni pubbliche di fine ‘800, quando cominciavano ad assumersi attività che comportavano gestioni industriali e commerciali, Giannini riferiva che era come avere “la sensazione di una spaventosa confusione di lingue, imposta da improvvidi novatori”¹.

A distanza di un secolo con la “privatizzazione” diventata manifesto di governo, simbolo rinnovatore, slogan popolare², l’“epoca degli ibridi”³ non sembra ancora conclusa.

Oltre dieci anni dopo l’avvio formale dei processi di privatizzazione, che avrebbero condotto all’affermazione della società per azioni, come strumento privilegiato di esercizio di attività istituzionali della pubblica amministrazione, il punto di equilibrio tra affermazione dell’interesse pubblico e regime privatistico non sembra, infatti, ancora maturo⁴.

Nella più generale tendenza all’utilizzazione di strumenti privatistici⁵ da parte della pubblica amministrazione⁶, che ha caratterizzato l’attività amministrativa degli ultimi anni⁷, le società

¹ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 865.

² N. IRTI, *Dall’ente pubblico economico alla società per azioni*, *Riv. soc.*, 1993, 472

³ Ancora, M.S. GIANNINI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁴ M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, 95.

⁵ Sottolinea F. GALGANO, *Le istituzioni della società post-industriale*, in ID., S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TREU, (a cura di), *Nazioni senza ricchezza e ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993, 21, che “l’avvento della società post-industriale non avrebbe richiesto profonde riforme legislative, perché sarebbero altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuerebbero le trasformazioni giuridiche”. In particolare, aggiunge, l’Autore sarebbe il contratto il principale strumento d’innovazione giuridica.

⁶ Di “ossessione” del diritto positivo italiano ad estendere in vario modo l’uso del diritto privato alla pubblica amministrazione, parla, F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, *Dir. Amm.*, 2004, 651. Si tratta, peraltro, di un fenomeno non esclusivo dell’ordinamento italiano. “Parece concluir que sobre el pretexto de flexibilizar la acción administrativa, se está articulando una acción deliberada de huida del Derecho Público, usando la técnica de personas jurídicas instrumentales. Pero es obligado preguntar si ese resultado es o no legítimo o mas simplemente, jurídicamente posible”. Così E. GARCIA DE ENTERRIA, T. R. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1998, 395.

⁷ Come osservava, G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, 180, in una “visuale storica l’amministrazione oscilla di continuo tra il diritto privato e il diritto pubblico: pende

partecipazione pubblica continuano a presentare più d'una ragione di interesse.

Alla tendenza alla "privatizzazione" dell'amministrazione ed alla riduzione degli spazi di disciplina pubblicistica⁸ dell'attività amministrativa che ne è seguita, si accompagna, infatti, la progressiva estensione del regime di diritto amministrativo anche a soggetti privati⁹.

Così, perché il parziale superamento del sistema amministrativo¹⁰ si temeva potesse comportare un abbassamento del livello delle tutele riconosciute ai cittadini.

Di questa contraddittoria tendenza le società a partecipazione pubblica sono un'efficace rappresentazione. Da un lato, vengono utilizzate dall'amministrazione per "fuggire" la rigidità e la farraginosità del procedimento amministrativo; dall'altro, rimangono, però, soggette all'applicazione di un regime pubblicistico, per volere del legislatore e per effetto di interpretazioni "sostanzialiste" di una certa giurisprudenza.

Tra le società a partecipazione pubblica quelle incaricate della gestione di un servizio pubblico locale, presentano però caratteristiche senza dubbio particolari.

Intanto, il concetto di servizio pubblico, ripensato e rivisto, tanto da indurre a dubitare della sua attualità e utilità. Pur rinnovata, la nozione di servizio pubblico continua, tuttavia, ad esprimere chiaramente due momenti in costante conflitto l'uno con l'altro; la responsabilità politica su attività comunque connesse alla sfera pubblica, da un lato, ed il valore della concorrenza e del rispetto delle regole dell'economia, dall'altro.

Con l'obiettivo di tentarne la composizione, le forme di gestione del servizio pubblico locale, sono state in questi anni oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore attraverso un processo di riforma complesso, costituito da provvedimenti che si sono sovrapposti l'uno all'altro con esiti in alcuni casi poco comprensibili.

Il dato di attualità è che la materia rimane ancora lontana da una reale stabilità; l'approvazione del decreto Bersani e la predisposizione di

verso il primo quando in certo senso essa vive di una propria atmosfera e si sorregge da sé stessa, senza appoggiarsi o asservirsi allo stato; pende verso il secondo quando la politica diventa più forte e ha bisogno dell'amministrazione per imporre le sue decisioni.

⁸ A proposito dell'era delle privatizzazioni si esprime in termini di "ridimensionamento della presenza pubblica, F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 138.

⁹ Il riferimento è, evidentemente, all'art. 1-ter della l. 241 del 1990, secondo il quale "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1.

¹⁰ D'altra parte, tradizionalmente, "El derecho administrativo es por encima de todo un sistema normativo que ha sido cauce fundamental, nada menos, que para racionalizar el Poder...razionalizarlo para garantizar a los ciudadanos la cobertura de sus derechos e intereses frente a ese mismo Poder". Così, S. MARTIN RETORTILLO, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, in A. PEREZ MORENO, (coord.), *Administración instrumental. Libro Homenaje a M. F. CLAVERO AREVALO*, t. II, 1067. Negli stessi termini, E. GARCIA DE ENTERRIA, *El concepto de personalidad jurídica*, *ivi*, 832.

un disegno di legge di riforma del settore, sembrano prospettare un ridimensionamento delle possibilità di ricorso degli enti locali alle società per il compimento dei propri fini istituzionali¹¹.

Il convulso processo riformatore degli anni scorsi, che ha investito la pubblica amministrazione, in generale, ed i servizi pubblici locali, in particolare, consegna, dunque, all'interprete un quadro complesso, che impone la ricerca di principi generali e criteri ordinatori, che consentano di leggere i cambiamenti avvenuti con sufficiente certezza.

In una prospettiva più "alta", è il ruolo stesso dell'ente locale ad essere in evoluzione. Da un lato, si incide, sulle sue funzioni regolative, strette tra le competenze di altri attori istituzionali. Il modello affermato in ambito nazionale non è allo stato attuale replicabile a livello locale, principalmente per l'assenza di regolatori terzi. Ancora irrisolta la questione del conflitto di interessi in cui versa l'ente locale titolare della funzione di definire modalità e condizioni di erogazione del servizio e di quella di verificarne la rispondenza rispetto agli obiettivi predeterminati. A questo si aggiunge che in molti casi gli enti locali continuano a svolgere "direttamente" il servizio, attraverso società di cui detengono la maggioranza (se non la totalità) delle azioni.

D'altro canto, se ne mette in discussione la potestà organizzativa con la predeterminazione in via legislativa delle modalità di organizzazione del servizio.

Sul piano degli strumenti giuridici, infine, sembra in atto, come si diceva, un tentativo di ridimensionamento della possibilità di ricorso alle società miste, principale strumento dell'azione locale degli anni '90.

In senso opposto, però, la tradizionale identificazione dell'ente locale attraverso i servizi resi alla collettività di riferimento e la rete di interdipendenze tra l'ente e le "sue" società che ne consegue, da un lato, ed il progressivo riconoscimento agli enti locali di più ampi spazi di autonomia, dall'altro.

In questo contesto generale, si inseriscono le considerazioni dalle quali si è partiti.

La prima impressione è che la generalizzazione delle società a partecipazione pubblica come strumento di azione amministrativa imponga una riconsiderazione del modello di "direzione" rispetto ai soggetti dei quali l'ente pubblico si serve per lo svolgimento di finalità pubbliche.

Il superamento della formula dell'ente pubblico economico e dell'azienda speciale avrebbe dovuto suggerire, infatti, l'adozione di differenti strumenti di indirizzo e governo per le società a partecipazione pubblica.

¹¹ Si tratta, segnatamente, della legge 4 agosto 2006, n. 248 di conversione del decreto 223/06, (c.d. "decreto Bersani") e del disegno di legge (n. S772), www.dirittodeiservizipubblici.it.

Nei fatti, come si vedrà, così non è stato. Alle società a partecipazione pubblica si sono applicati gli stessi schemi di un modello non più in uso, perché ritenuto inadeguato.

L'efficienza e l'economicità, in vista delle quali le società avrebbero dovuto rappresentare la nuova frontiera dell'intervento pubblico nell'economia, sono rimaste sullo sfondo.

La separazione tra la sfera politica e quella della gestione è rimasta quasi sempre illusoria.

Sulla base di queste premesse si è guardato al diritto societario, per valutare, se e in che misura, anche alla luce delle recenti riforme che hanno interessato l'istituto delle società per azioni, le sue regole potessero offrire spunti interessanti per la soluzione del conflitto tra responsabilità pubblica (che continua a giustificare l'esercizio di un "potere" di indirizzo sulla società) ed autonomia manageriale¹².

Il risultato dell'indagine è l'articolazione del lavoro in quattro capitoli, dei quali i primi due hanno una natura essenzialmente ricostruttiva.

La necessità di ripercorrere vicende note è derivata essenzialmente dalla considerazione che la comprensione delle dinamiche dei processi in atto (in molti casi solo apparentemente nuove) rimanga condizionata dalla capacità di rileggerne le cause e l'origine¹³.

Ad ogni modo, il primo capitolo è dedicato ad una breve sintesi degli interventi di privatizzazione e liberalizzazione degli anni scorsi.

Si sono richiamate le ragioni che hanno giustificato tale evoluzione, specie in ambito locale, cercando di evidenziare quale corrispondenza ci fosse tra gli obiettivi da realizzare e gli strumenti a tal fine previsti.

Nel secondo capitolo si è descritta, invece, la disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica, quale risulta dalle ricostruzioni dottrinali e dalle pronunce dei giudici degli ultimi anni.

L'obiettivo è richiamare le principali questioni, che pone il ricorso da parte dell'amministrazione allo strumento societario, cercando però di evidenziare le peculiarità che, nella più vasta categoria delle società a partecipazione pubblica, presentano quelle incaricate della gestione di un servizio.

La scelta di limitare l'analisi alle società in esame si giustifica, in primo luogo, per ragioni di opportunità. Nessun senso avrebbe avuto, infatti, affrontare in generale il tema delle società a partecipazione pubblica, considerata la diversità e varietà di ipotesi di partecipazioni

¹² G. MINERVINI, *Società a partecipazione pubblica*, *Giur. comm.*, 1982, I, 195

¹³ "Chi non sa da dove stia venendo, meno ancora potrà immaginare verso dove si stia andando". Così scriveva L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, *Quad. fior.*, 1997, n. 26, 263.

pubbliche in società e che impediscono la valutazione del fenomeno complessivamente inteso.

Ancor più determinanti, ai fini della delimitazione del tema dell'indagine, sono state le ragioni di specialità che, si diceva, caratterizzano le società a partecipazione pubblica locale incaricate della gestione di un servizio.

Della disciplina di queste, si è provato poi ad indicare alcuni elementi di "mobilità"; in particolare, prospettando una competenza regionale in materia e le conseguenze della "codificazione" legislativa del ricorso al diritto privato da parte dell'amministrazione ad opera della riforma della legge sul procedimento amministrativo.

In conclusione, si è ritenuto utile accennare a come la questione della gestione societaria di un servizio pubblico locale viene affrontata nell'ordinamento spagnolo, per verificarne analogie e differenze significative rispetto all'ordinamento italiano.

Il capitolo terzo, riservato al sistema di *governance* delle società, è quello in qualche modo centrale. In particolare, si sono richiamate le recenti innovazioni intervenute sull'ordinamento delle società per azioni, sottolineandone le implicazioni nel panorama delle società locali, in particolare sotto il profilo della relazione tra l'ente e la "sua" società.

A questo proposito, con interesse si è guardato alla figura delle società *in house*, alle problematiche che pone quanto al sistema di *governance* e alla sua compatibilità con l'ordinamento societario.

L'obiettivo principale era provare ad individuare, alla luce del diritto societario vigente, alcuni possibili correttivi in termini di governo societario in grado di migliorare la funzionalità delle società e, in prospettiva, l'efficienza dei servizi erogati.

Nel capitolo quarto, infine, si è affrontato il tema del "controllo" dell'ente locale sulle società costituite per la gestione del servizio.

In considerazione dell'evoluzione che ha coinvolto il sistema dei servizi locali e della separazione tra le funzioni di gestione e quelle di regolazione del servizio, non è infatti venuta meno, anzi è forse diventata ancor più evidente l'esigenza di strumenti efficaci di controllo dell'ente sulle società.

Il tema verrà ripreso in seguito, basti per ora anticipare che all'ente locale si è inteso riservare essenzialmente funzioni regolative (e dunque di definizione di tariffe, *standards* di qualità, verifica dell'efficienza del servizio erogato, scelta della modalità di gestione), lasciando ai soggetti operanti sul mercato l'erogazione in senso stretto dell'attività. Si vedrà, analizzando più nel dettaglio le riforme degli ultimi anni quanto questi principi siano stati in concreto attuati.

Ad ogni modo, si diceva, rimangono inalterate e sono forse addirittura rafforzate le esigenze di controllo dell'ente sulla società.

Controllo, del quale si è utilizzata una nozione ampia e comprensiva sia dei controlli preliminari alla costituzione della società (delibera di costituzione, scelta del socio privato, contratti di servizio..), che di quelli successivi e relativi all'attività svolta.

Particolare attenzione si è riservata, in questo senso, alla questione della responsabilità degli amministratori di società costituite per la gestione del servizio pubblico.

Dopo aver valutato l'applicabilità ai soggetti in questione dell'istituto della responsabilità amministrativa, si sono richiamati i presupposti e le conseguenze dell'imputazione di responsabilità agli amministratori della società secondo le disposizioni di diritto societario.

La scelta è giustificata dal fatto che si tratta di un profilo che ben si presta a rappresentare la problematicità e i rischi di sovrapposizioni di regolamentazione pubblicistica e privatistica.

L'idea che guida e lega tra loro le diverse parti del lavoro è che l'uso degli strumenti offerti dal diritto privato per il controllo sulla società, sia quello esterno (nell'accezione che si è utilizzata) che, soprattutto, quello interno (relativo al funzionamento della stessa), non solo si rivelerebbe più coerente con la scelta dell'ente locale di servirsi di un soggetto societario¹⁴ per l'erogazione del servizio, ma sarebbe, in definitiva, anche più adeguato a consentire all'ente la tutela dell'interesse pubblico per il quale la società viene costituita.

D'altra parte, il ricorso da parte dell'amministrazione a formule privatistiche, seppur comunemente riconosciuto e definitivamente legittimato, non cessa di sollevare questioni e suscitare domande.

A destare interesse è, soprattutto, la "misura di tollerabilità" delle deroghe al regime comune ammesse in ragione delle peculiarità della pubblica amministrazione che agisce come contraente.

Ad avviso di scrive, dunque, le continue sovrapposizioni tra disciplina pubblicistica e privatistica che caratterizzano l'attività amministrativa di questi anni non possono giustificare la previsione di forme di controllo pubblico (rispetto al tema della responsabilità degli amministratori, ad esempio) sulle società che gestiscono servizi pubblici, neppure sul presupposto che una tale impostazione rappresenterebbe l'unico tratto di specialità che il perseguimento di finalità pubbliche attraverso formule privatistiche richiederebbe.

Nelle pagine che seguono proverà a dimostrarsi, come si anticipava, come gli strumenti di controllo delle società offerti dal diritto privato si rivelino adeguati e dunque sufficienti a tutelare le istanze di

¹⁴ In generale, il passaggio dalla formula dell'ente pubblico economico a quella della società a partecipazione pubblica si giustifica proprio con la volontà "di sottoporre al diritto privato oltre che gli esterni rapporti di impresa anche gli interni rapporti di organizzazione dell'ente. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 4^a ed., Bologna, 2001, 191.

controllo che la gestione di un servizio pubblico da parte di una società per azioni pone.

In proposito, non può non pensarsi alle parole di un Illustre giurista: “l’interesse pubblico può servirsi del diritto privato, ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale”¹⁵.

¹⁵ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, *Riv. dir. civ.*, 1994, 41.

CAPITOLO PRIMO

Dalla privatizzazione delle forme all'esternalizzazione delle attività nella gestione societaria del servizio pubblico locale.

SOMMARIO: Premessa. L'avvio delle privatizzazioni: presupposti, forme, risultati - 1. Servizio pubblico locale, attività economica e strumenti societari. - 2. Interesse pubblico, investitori privati e poteri speciali. - 3. La riforma del settore dei servizi pubblici locali. - 4... e la sua controriforma. - 5. Servizio pubblico e società locali: la storia infinita.

Premessa. L'avvio delle privatizzazioni: presupposti, forme, risultati.

Fino a che punto una società per azioni, pur se dominata da un soggetto pubblico, è a sua volta pubblica amministrazione? Può davvero discorrersi di moduli privatistici quando si fa riferimento ad istituti che vengono ormai abitualmente impiegati nell'organizzazione pubblica?¹⁶

Queste domande e quelle che da esse direttamente derivano hanno tradizionalmente rappresentato la premessa necessaria del dibattito relativo all'uso di formule societarie da parte della pubblica amministrazione.

Ad esse, con particolare riguardo al più circoscritto settore dell'erogazione dei servizi pubblici locali, tenterà di risponderci nelle pagine che seguono, per poi affrontare il tema che più specificamente ci occupa, vale a dire quello della tutela dell'interesse pubblico nelle società a partecipazione pubblica che gestiscono un servizio pubblico locale.

Le riflessioni che seguono muovono da una premessa fondamentale. Il ruolo dell'ente locale nell'erogazione di servizi pubblici è sensibilmente mutato rispetto al passato. Come vedremo, quello che al pubblico oggi si chiede è la definizione degli obiettivi e delle modalità di erogazione del servizio; sarà invece il mercato a dover concretamente

¹⁶ Così G. BERTI, *Introduzione*, in ID., (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993, 13, introduce la ricerca condotta sul tema delle problematiche connesse all'utilizzo di moduli privatistici nell'organizzazione pubblica.

fornire alla collettività le attività in questione, sia pur secondo le prescrizioni definite dall'amministrazione.

Vi è infatti la diffusa opinione che l'apertura al mercato non vada contro l'interesse pubblico ma possa invece rappresentare un'opportunità per la modernizzazione ed il miglioramento dei servizi resi alla collettività.

La diversa impostazione del problema non comporta, peraltro, il venir meno delle esigenze di controllo dell'ente sulle società incaricate della gestione dei servizi.

La ragione è evidente; il trasferimento della gestione dal pubblico ai privati, (nella misura in cui venga effettivamente realizzato) non esclude la responsabilità del primo di fronte alla collettività per il servizio in concreto erogato.

Per contro, come meglio si preciserà, uno degli effetti più visibili dei processi di rafforzamento dell'autonomia locale è proprio la progressiva immedesimazione dell'ente con i servizi erogati, con la conseguenza che proprio su questo terreno l'ente mette in gioco la propria legittimazione nei confronti della comunità che rappresenta.

Altrimenti detto, la natura di "ente di governo di prossimità" comporta che, in attuazione del principio di sussidiarietà, debbano essere considerate funzioni fondamentali del comune quelle relative all'individuazione delle attività necessarie ad assicurare bisogni primari della collettività in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione e ai migliori livelli di qualità e sicurezza¹⁷.

Prima però di analizzare in che modo nell'attuale sistema l'ente possa esercitare un controllo efficace nei confronti delle società che gestiscono servizi pubblici sembra utile fare prima un rapido passo indietro e ricordare da dove tali società vengono, nella convinzione che dietro ad alcune delle questioni di cui si dibatte oggi vi siano le stesse domande di ieri.

La problematica della disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica, cui ampio spazio sarà destinato in particolare nel capitolo secondo, si è riproposta, infatti, costantemente in corrispondenza delle diverse fasi dell'evoluzione di queste figure, presentando soluzioni che non hanno validità in sé, ma sembrano piuttosto il risultato dell'interpretazione data volta per volta del ruolo delle società.

Per le ragioni indicate, ci sembra utile ripercorrere, sia pur per brevi cenni, il complesso fenomeno delle privatizzazioni, con particolare

¹⁷ E' la formulazione utilizzata nel disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 19 gennaio 2007, per la delega al Governo per l'attuazione dell'art. 117, secondo comma, lettera p) della Costituzione, su www.dirittodeiservizipubblici.it.

riferimento poi a quelle svoltesi in ambito locale¹⁸, per cercare di individuare un possibile punto d'avvio per le considerazioni che verranno svolte sulla natura e il regime delle società per la gestione dei servizi pubblici locali.

Con il termine “privatizzazione” si indica, com'è noto, il passaggio da un regime di diritto pubblico ad un regime di diritto privato¹⁹.

Nella sua accezione più ampia, dunque, al concetto di privatizzazione sono ascrivibili fenomeni distinti ma correlati tra loro²⁰, tra i quali, tuttavia, quello probabilmente di più vaste dimensioni e più significative implicazioni teoriche è quello della privatizzazione delle imprese pubbliche.

In prima approssimazione, può dirsi che la privatizzazione dell'impresa pubblica comporta la trasformazione di un ente o di una struttura di diritto pubblico in un soggetto di diritto privato.

Prima di ripercorrere sinteticamente forme e ragioni delle privatizzazioni che hanno investito le imprese pubbliche è però forse utile ribadire che la nozione di impresa pubblica²¹ non rappresenta una

¹⁸ Negli stessi termini, il fenomeno ha interessato la disciplina dei servizi pubblici locali in altri ordinamenti. Rispetto all'ordinamento spagnolo, si v. J.M. DIAZ LEMA, *La privatización en el ámbito local*, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2002, 21 e segg.

¹⁹ G. DI GASPARE, *Privatizzazioni. Privatizzazione delle imprese pubbliche*, *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, *ad vocem*, 1. Per alcuni versi all'idea di un'alternanza tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dell'attività amministrativa può sovrapporsi quella dell'alternanza tra strumenti autoritativi e strumenti consensuali di esercizio del potere. La bibliografia sul tema è assai vasta. Tra gli altri si vedano: A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in ID., *Scritti giuridici. 1931-1939*, Vol. I, Milano, 1999, 273 e segg.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, *Foro Amm.*, 1997, II, 1561 e segg.; A. MASUCCI, *Trasformazioni dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio e contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, *Dir. Amm.*, 1995, 483 e segg. E', peraltro, noto come all'inizio della parabola dello Stato di diritto non vi fossero eccessive remore all'uso dello strumento contrattuale. Sono parole di G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 49.

²⁰ Sui diversi significati del termine privatizzazione, S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1988, 32 e segg.; P. JAEGER, *Privatizzazioni. Profili generali*, *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, *ad vocem*; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale*, 2^a ed., Milano, 2003, 3947 e segg. I termini del dibattito in materia sono poi efficacemente ricostruite AA. VV., *Profili giuridici delle privatizzazioni*, G. MARASA', (a cura di), Torino, 1998; AA. VV., *Le privatizzazioni in Italia*, P.G. MARCHETTI, (a cura di), Milano, 1995; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; ID., *Privatizzazioni*, *Enc. dir.*, IV, *Aggiornamento*, Milano, 2000, 994 e segg.; ID., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001.

²¹ Per una ricostruzione delle diverse forme di impresa pubblica, G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950; V. OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 669 e segg.; A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, *Scritti giuridici. IV. Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 599 e segg.; C. LACAVA, *L'impresa pubblica*, in S. CASSESE, (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 3901 e segg. Per un ridimensionamento della nozione giuridica di impresa pubblica, invece, A. ARENA, *L'impresa pubblica e la sua inesistenza giuridica*, *Riv. soc.*, 1963, 36 e segg.

realità unitaria²², quanto piuttosto il complesso delle modalità attraverso le quali i pubblici poteri²³ svolgono attività d'impresa.

Pur senza che esse rappresentassero una vera novità per il nostro ordinamento²⁴, è a partire dagli anni '90²⁵ del secolo scorso che le privatizzazioni cominciano a segnare in misura sempre più intensa le politiche nazionali e poi locali.

Se in termini generali, come si è osservato²⁶, la diffusa tendenza all'utilizzazione del diritto privato in luogo di quello pubblico deriverebbe dalla constatata incapacità delle categorie pubblicistiche di adattarsi al mutato contesto economico e sociale, nella più circoscritta

²² Proprio in ragione della diversità tipologica delle forme di impresa pubblica (impresa-organo, impresa-ente e impresa-società a partecipazione pubblica), può osservarsi come le privatizzazioni non furono realizzate secondo un procedimento unitario ma secondo tre distinte tipologie di provvedimenti: a) quelli che dopo aver soppresso le imprese ente ne attribuivano le attività a società per azioni (così ad esempio nel caso dell'Azienda di Stato per i servizi telefonici); b) quelli che comportavano la trasformazione di imprese ente in società per azioni (così per le casse di risparmio); c) quelli che comportavano una trasformazione delle imprese organo in imprese ente e un passaggio finale alle società per azioni (ad es. il caso poste). Di fatto, però, questi diversi procedimenti avevano comportato lo slittamento di tutte le tipologie di impresa pubblica verso il terzo. Per una ricostruzione dei diversi procedimenti di privatizzazione, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, spec. 126-159.

²³ Le vicende dell'impresa pubblica corrono parallelamente in ambito nazionale e locale; il che vuol dire che, pur nella diversità della terminologia utilizzata, risultano nella sostanza corrispondenti le formule giuridiche cui ricorrevano lo Stato e gli enti locali per lo svolgimento dell'attività d'impresa. Sulle modalità e i presupposti, attraverso cui, specificamente, vengono attuate le privatizzazioni in ambito locale si rinvia, però, alle pagine che seguono.

²⁴ Già negli anni '30 con il proliferare di enti pubblici *holding* con la funzione di gestione delle partecipazioni statali in organismi societari le privatizzazioni e il collocamento sul mercato delle società per azioni rappresentavano lo strumento ordinario attraverso cui l'ente di gestione svolgeva la propria attività. Sul punto A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., spec. 618-624.

²⁵ Il 5 dicembre 1991 il governo presieduto da Giuliano Amato emana un decreto legge (il n. 386) dal titolo "Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica", successivamente convertito nella l. 29 gennaio 1992, n. 35, che può considerarsi il primo testo di legge dedicato al tema delle privatizzazioni. I provvedimenti normativi citati, riprendono sostanzialmente il modello già utilizzato per la costituzione di società di capitali per atto unilaterale nell'ambito dell'attività bancaria e finanziaria, secondo le disposizioni della l. 30 luglio 1990, n. 218 e del d. lgs. 20 novembre 1990, n. 356. Senonché le regole contenute nei primi interventi normativi (d.l. 386/1991 e l. 35/92) in materia di privatizzazione di fatto sconfessavano il principio generale cui il legislatore sia era ispirato, secondo cui le società derivanti dalla trasformazione degli enti sono sottoposte alla normativa generale vigente per le società per azioni (art. 1.5), con una serie di norme concernenti il diritto di voto, il cui esercizio sarebbe stato subordinato all'approvazione del Ministro del bilancio e della programmazione economica (art. 1, 4 co.); la soggezione delle società agli interessi di carattere generale (art. 1, 7 co.) e così via. Le più vistose delle deroghe previste al regime ordinario delle società per azioni vennero però eliminate con il d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito in legge dalla 8 agosto 1992, n. 359 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), con il quale si dispose la trasformazione di IRI, ENI, INA, ENEL in società per azioni sulla base di deliberazioni del CIPE, qualunque fosse il settore di attività degli enti. Relativamente invece agli interventi che miravano ad una privatizzazione sostanziale oltre alla delibera del Consiglio dei Ministri del 30 dicembre 1992, con cui si conferma la decisione di dismettere le partecipazioni detenute da IRI ed ENI in alcune delle società da essi controllate, va ricordata la direttiva del CIPE pubblicata

ipotesi della privatizzazione delle imprese pubbliche le ragioni del fenomeno sono molteplici e di ordine diverso²⁷. Alcune di esse, di carattere istituzionale ed economico, sono riconducibili alla globalizzazione dell'economia e al conseguente e progressivo aumento della concorrenza tra le imprese che ne è derivato e che imponeva la riconsiderazione delle posizioni di privilegio²⁸ acquisite dalle imprese pubbliche e non più giustificabili.

Sotto un diverso profilo, vi era la diffusa convinzione che la stretta compenetrazione tra politica ed economia²⁹ e l'ingombrante presenza nei consigli di amministrazione dei rappresentanti dei partiti che ne derivava, (peraltro proprio quando essi apparivano quasi del tutto delegittimati agli occhi dell'opinione pubblica), determinasse l'inefficiente gestione³⁰ delle

in G.U., 4 febbraio 1993, n. 28, che conteneva le indicazioni fondamentali in materia di processi di dismissione. Senonché, il dibattito in sede parlamentare cominciava con l'emanazione del d.l. 27 settembre 1993, n. 389 (Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni), cui seguirono una serie di decreti non convertiti per decorso del termine di conversione. Solo nel 1994 al termine di una estenuante reiterazione l'ultimo dei decreti quello del 31 maggio n. 332 venne convertito nella l. 30 luglio 1994, n. 474. Per una più completa analisi delle diverse fasi attraverso le quali si sono compiuti gli interventi di privatizzazione, P.J. JAEGER, *Privatizzazioni*, cit., spec. 2-5.

²⁶ S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, *Riv. trim. dir. pub.*, 1996, 581; J. TORNOS MAS, *Derecho publico y derecho privado en la regulación administrativa*, *Giornate di studio in onore di Massimo Severo Giannini*, Bologna, Spisa, 1997, spec. 184-185. Con specifico riferimento, al tema di cui qui ci si occupa, l'opzione per moduli privatistici viene tradizionalmente giustificata in base alla presunta maggiore flessibilità e dunque efficacia di questi rispetto ai modelli pubblicistici, S. MARTIN RETORTILLO, *Derecho administrativo y instrumentos de derecho privado*, *Giornate in onore di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 1977, 146. E' singolare, peraltro, come la nascita dello stesso diritto amministrativo sia dovuta al riconoscimento dell'inadeguatezza del diritto privato. S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, *Riv. trim. dir. pub.*, 2004, 908.

²⁷ Sul tema, G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, www.astridonline.it e ora anche in L. TORCHIA, F. BASSANINI, (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Firenze, 2005. Anche in Spagna tra le cause e gli obiettivi delle privatizzazioni il richiamo ai principi della normativa comunitaria è accompagnato da particolari situazioni economiche interne e da specifici indirizzi politico-ideologici. Sul punto, A.M. NICO, *Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1307.

²⁸ In questo senso significativa è l'emanazione della direttiva CEE del 25 giugno 1980, n. 723 sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche nazionali, con cui viene messo in discussione il sistema che si fondava sulla dipendenza finanziaria delle imprese pubbliche. Sul punto, G. DI GASPARE, *Privatizzazioni*, cit., 3-4.

²⁹ In particolare, si è detto che le privatizzazioni italiane sono state parte di una politica delle imprese e non del governo e sono state dirette a conseguire una maggiore autonomia dal governo. S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, *Dir. soc.*, 1992, 239. Diversamente, è stato osservato come probabilmente le privatizzazioni abbiano rappresentato piuttosto il segno della impossibilità di distinguere con taglio netto il mercato dalla politica economica, il diritto privato dal diritto pubblico, e più in generale la sfera del privato da quella del pubblico, F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, *Dir. Amm.*, 1994, 541.

³⁰ Lo spiega bene G. GUARINO, *Quale amministrazione?*, Milano, 1985, 99-102. Più in generale, la tesi dell'inefficienza dell'impresa pubblica, variamente argomentata, ha comportato come conseguenza automatica il ritenere necessaria e opportuna la privatizzazione. Diversamente,

imprese stesse con conseguente aggravio di un debito pubblico già significativo³¹.

In questo contesto le privatizzazioni sembravano rappresentare il “toccasana”³² per i mali che affliggevano il nostro sistema economico.

Ciò premesso, rimane da richiamare la distinzione fondamentale tra privatizzazione “formale”³³ e privatizzazione “sostanziale”³⁴. Nella prima accezione, la privatizzazione comporta, come si anticipava, “solo” il passaggio da un regime giuridico ad un altro. Nel secondo caso, privatizzare vorrà invece dire anche cedere quote azionarie di titolarità pubblica a soggetti privati.

Così descritte, la privatizzazione formale e quella sostanziale sembrano due fasi di un unico fenomeno³⁵. In realtà, così avrebbe dovuto essere ma di fatto non sempre è stato³⁶.

ci si sarebbe potuto chiedere, se vi fossero strumenti in grado di incrementare invece l'efficienza. Al termine della sua analisi, J. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992, giustifica dunque le privatizzazioni non perché esse siano necessariamente positive; positiva, sarà infatti, semmai, la circostanza che esse comportano cambiamenti che avranno effetti positivi.

³¹ P. JAEGER, *Privatizzazioni*, cit., 1. Le stesse considerazioni si trovavano però in B. VISENTINI, *Pubblico e privato nella disciplina dell'impresa*, Riv. delle società, 1980, 10.

³² In realtà, non è astrattamente configurabile un assetto proprietario dell'impresa ottimale (pubblico o privato). Esso è il risultato piuttosto del bilanciamento di fattori positivi e negativi propri di ciascuna delle due tipologie. In particolare, viene evidenziato come il confronto debba essere fondato sui diversi indici di efficienza dell'impresa (allocativa, dinamica e tecnico gestionale). Cfr., G. ZANETTI, G. ALZONA, *Capire le privatizzazioni*, Bologna, 1998, 21.

³³ Ciò che contraddistingue la privatizzazione sostanziale da quella solo formale è per la precisione la perdita del controllo pubblico sull'impresa e il suo passaggio totale al settore privato. A negare la possibilità che possano essere qualificate come privatizzazioni le operazioni che limitandosi alla sola trasformazione strutturale o statutaria dell'ente pubblico, senza cioè comportarne la privatizzazione della proprietà, G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, Riv. società, 1994, 386.

³⁴ Nello stesso senso la dottrina distingue tra privatizzazione “fredda” e “calda”. Sul punto M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, Dir. Amm., 1995, 526.

³⁵ E' evidente che ciò è vero solo nella misura in cui si prendano in considerazione le privatizzazioni delle aziende statizzate o municipalizzate o degli enti pubblici economici. Diversamente, infatti, per le imprese pubbliche già costituite in forma di società a partecipazione pubblica è ovvio che l'unica privatizzazione possibile è quella di tipo sostanziale. G. DI GASPARE, *Privatizzazioni*, cit., 2. Se, poi, sul piano strutturale il rapporto tra la privatizzazione formale a quella sostanziale è chiaro, sotto il profilo temporale l'assenza di indicazioni circa i limiti temporali entro i quali compiere il trasferimento delle azioni ha comportato una stasi tra il passaggio dalla nozione formale a quella sostanziale. Per la presenza dello Stato diventava così difficile considerare l'impresa come completamente sul mercato, con la conseguenza che la decisione del privato di entrare sul mercato poteva subire rallentamenti allungando ulteriormente il processo di privatizzazione.

³⁶ Le considerazioni svolte imporrebbero una verifica mirata dei singoli settori di attività toccati dalle privatizzazioni che consentisse di verificare dove e quanto effettivamente è stato fatto. Una tale analisi esula però dalle finalità del lavoro e per essa si rinvia a contributi specifici sul tema. Ad esempio, G. ZANETTI, G. ALZONA, *Capire le privatizzazioni*, cit., spec. 91-122. Per uno sguardo d'insieme sul fenomeno delle privatizzazioni si vedano, poi, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90: un primo bilancio*, Quaderni Spisa, Rimini, 2004. Tra le cause per le quali gli interventi di privatizzazione non hanno prodotto i risultati sperati, vi sarebbe la mancanza di un governo coeso, in carica per un arco

Anche i presupposti delle due operazioni rimangono differenti. In un caso, semplificando, la privatizzazione ha il senso di consentire l'applicazione ad un soggetto giuridico di una determinata disciplina, essenzialmente nella convinzione che questa si riveli ad un certo punto più confacente agli scopi che tale soggetto dovrà perseguire³⁷.

Nell'altro, a rendere opportuna la privatizzazione, è l'esigenza di "far cassa" e quindi ricavare risorse dalla vendita delle azioni di società partecipate dallo Stato o da enti pubblici.

Se diversi sono i presupposti e i contenuti, diverse saranno anche le conseguenze cui danno luogo le operazioni di privatizzazione formale e sostanziale. Solo nel secondo caso, infatti, la sottrazione dell'impresa al controllo pubblico dovrebbe comportare l'integrale e non derogatoria applicazione del comune diritto commerciale³⁸.

Come si vede, allora, la privatizzazione formale dovrebbe essere strumentale alla realizzazione delle politiche di dismissione del patrimonio azionario pubblico³⁹.

temporale sufficiente, per porre al centro della propria azione l'influenza della politica e la liberalizzazione dei settori monopolistici. In generale, per un'opinione critica sulle vicende di privatizzazione, A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999. Ovvero: si poteva far meglio?*, *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, 448.

³⁷ Così se negli anni '30 dietro l'affermarsi della formula degli enti di gestione si avvertiva il bisogno dello Stato di disporre di un ente intermedio, sessant'anni dopo esso si affranca da questo schermo e scende nel capitale di rischio delle società. Così N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 441.

³⁸ Ancora, G. DI GASPARÈ, *Privatizzazioni*, cit., 3. Sottolineava in proposito, P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, *Giur. comm.*, 1992, 997, che finché non si fosse giunti alla privatizzazione sostanziale, l'affidamento al Ministro del Tesoro di competenze rilevanti di decisione riguardo alla gestione sarebbe apparso logico e opportuno.

³⁹ Proprio per realizzare tale finalità venne emanato il decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 convertito con legge 30 luglio 1994, n. 474 che contiene la disciplina generale delle privatizzazioni, distinguendola in una parte generale ed una relativa a società che operano nel settore dei servizi pubblici. La parte generale presenta tre punti fondamentali: a) la non applicazione della disciplina sulla contabilità generale dello Stato alle alienazioni delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni; b) le modalità di alienazione delle azioni (offerta pubblica di vendita, cessione mediante trattativa diretta, ricorso ad entrambe le procedure); la creazione di un nucleo stabile di azionisti. Le disposizioni di parte speciale relative alle società per la gestione dei servizi pubblici, si prevede in primo luogo che le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici siano subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico. In secondo luogo, vengono individuati una serie di limiti all'autonomia privata (attribuzione di poteri speciali al Ministro del Tesoro; determinazione di limiti al possesso azionario da parte dei privati; previsione di limiti all'autonomia statutaria di tali società). In proposito, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., 130-137. Al contrario, se non si riesce a privatizzare il capitale e ad alienare le azioni che lo caratterizzano, la società rischia di diventare uno strumento inefficace per la riduzione della sfera pubblica, rimanendo uno strumento di "privatizzazione tiepida", cioè una persona giuridica solo formalmente privata. F. MERUSI, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, *Le Regioni*, 2004, 274-275.

D'altra parte, in diversi casi, delle operazioni di privatizzazione annunciate si è poi conclusa solo la prima fase, quella formale appunto⁴⁰.

Rimane da accennare, infine, alla relazione tra privatizzazioni e liberalizzazioni. Mentre le prime comportano essenzialmente, come detto, il mutamento di regime giuridico⁴¹ e in alcuni casi il passaggio dalla proprietà pubblica alla proprietà privata, le seconde attengono al grado di apertura del mercato.

E' evidente, allora, quanto stretta sia la compenetrazione tra privatizzazione e liberalizzazione del mercato⁴²; rappresentando, la seconda, una "precondizione" indispensabile, per evitare che la prima si traduca nel solo mutamento di veste giuridica di situazioni di rendita da mercati chiusi⁴³.

Liberalizzare e restituire al mercato alcune attività ingiustificatamente sottratte alla concorrenza, comporta, dunque, inevitabilmente il ripensamento dell'intervento pubblico nell'economia⁴⁴.

Viceversa privatizzare senza (adeguatamente) liberalizzare vuol dire passare dalle inefficienze dei monopoli pubblici a quelle dei monopoli privati, il che spinge a domandarsi se davvero ne valga la pena⁴⁵.

⁴⁰ Così almeno per il settore delle *utilities*, quello peraltro di maggiore interesse ai fini del presente lavoro. In tal senso, ancora G. ZANETTI, G. ALZONA, *Capire le privatizzazioni*, cit., spec. 96-105 e G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 806. E' utile osservare come in alti ordinamenti (quello francese, ad esempio), la stessa Costituzione ostacolerebbe le operazioni di privatizzazione sostanziale nel prevedere nel Preambolo che "tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. Sul punto, R. NOGUELLOU-C. BROUELLE, *Actualité du droit administratif français*, *Dir. Pubbl.*, 2006, 316.

⁴¹ Il confine tra diritto pubblico e diritto privato non è però mai così sicuro, poiché rimane nelle mani e quindi nella disponibilità del "pubblico" o del "politico", di modo che anche i processi di privatizzazione altro non sono che "evoluzioni controllate, aggiustamenti della forza del "pubblico" di fronte al diverso disporsi delle forze economiche verso quell'alleanza di base che vuole il "pubblico" sempre in posizione di dominio, anche laddove di fatto esso è chiaramente soccombente. Per queste ragioni la corruzione del sistema è nelle cose e lo stesso diritto privato, nel campo delle attività di impresa, si deforma e assume contorni incerti e sempre meno affidabili. In questi termini, G. BERTI, *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 91. La progressiva sovrapposizione tra diritto pubblico e privato rappresenta una delle tendenze più evidenti del diritto amministrativo nel passaggio dal XX e XXI secolo. Sul punto, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo tra XX e XXI secolo*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 781.

⁴² Sulla privatizzazione delle imprese pubbliche come meccanismo di ridefinizione dei rapporti tra Stato e mercato, M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, *Dir. Amm.*, 1995, 519 e segg.

⁴³ M. CAMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici*, *Riv. trim. app.*, 2003, 515.

⁴⁴ Di fatto, la circostanza che ai fenomeni di privatizzazione e liberalizzazione si accompagni un potenziamento della funzione regolativa della pubblica amministrazione che testimonia il passaggio da uno Stato "imprenditore" ad uno Stato "regolatore" rappresenta un paradosso, poiché l'arretramento si accompagna con l'avanzamento, producendo, alla fine, una ricomposizione dello Stato. S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 394.

⁴⁵ A. MACCHIATI, *Privatizzazioni tra economia e politica*, Roma, 1996, *passim*.

L'orientamento dei mercati alla liberalizzazione, conseguenza delle politiche realizzate in ambito comunitario, rendeva poi di fatto indispensabile una riconsiderazione del ruolo e dei caratteri delle imprese pubbliche.

Questo perché, pur se per il diritto comunitario rimane indifferente al regime (pubblico o privato) della proprietà dell'impresa, l'estensione all'impresa pubblica delle regole concorrenziali⁴⁶ ne rendeva in concreto ingiustificabile l'utilizzazione⁴⁷, se si conviene che la loro esistenza risultava inscindibilmente connessa a situazioni di oligopolio o monopolio⁴⁸.

E' per tali ragioni⁴⁹, allora, che quasi naturalmente i pubblici poteri dismettevano la veste di imprenditori (privatizzando le società pubbliche) per assumere quella di regolatori garanti del conseguimento dell'interesse generale in mercati tendenzialmente liberalizzati⁵⁰.

Un effetto demolitorio quello del modello⁵¹ dell'impresa pubblica, che non è dunque derivato dal suo esplicito disconoscimento in sede comunitaria, quanto dalla sua sottoposizione a quel *corpus* normativo che il Trattato prevede "in generale" a tutela della concorrenza⁵².

⁴⁶ L'art. 86 del Trattato istitutivo della CE dispone, infatti, che le imprese pubbliche siano sottoposte alle stesse regole di concorrenza cui sono sottoposte le imprese private; e ciò anche quando si tratti di imprese erogatrici di pubblici servizi ("servizi di interesse generale" come vengono definiti dal trattato), salvo che l'osservanza di quelle regole "non osti alla specifica missione affidata" (art. 86, par. 2).

⁴⁷ In questi termini, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, *Dir. pubbl.*, 1999, 408.

⁴⁸ G. CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, *Riv. giur. quad. pubb. serv.*, 2002, 27.

⁴⁹ E' stato osservato con particolare riguardo al settore dei servizi pubblici come il venir meno del sistema degli affidamenti diretti potrebbe rendere i pubblici poteri meno propensi ad assumere in prima persona la titolarità della gestione del servizio, in considerazione dei rischi che l'eventuale perdita della gara per l'affidamento comporterebbe per l'ente locale in termini politici o di consenso. A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in V. BUONOCORE, G. RACUGNO, (a cura di), *Privatizzazioni e regioni*, cit., 181.

⁵⁰ M. CAPANTINI, *I servizi pubblici*, cit., 22.

⁵¹ Ad essere messo in crisi dall'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza è stato, si diceva, il modello di impresa pubblica in quanto tale, indipendentemente dalla veste giuridica da essa assunta e ciò proprio per effetto dell'utilizzazione da parte della giurisprudenza comunitaria di una nozione sostanziale di impresa pubblica.

⁵² Tra le altre, si pensi all'incidenza della disposizione che vieta gli aiuti di Stato quando questi possano distorcere la concorrenza (art. 87) nel sistema del partecipazioni statali, la cui sopravvivenza dipendeva (anche) dai finanziamenti pubblici.

Di fatto, però, l'incerto cammino delle procedure di liberalizzazione⁵³ in special modo nel settore di servizi pubblici locali⁵⁴, in alcuni casi ha comportato, come si diceva, semplicemente il passaggio da una condizione di monopolio pubblico ad una di monopolio privato⁵⁵ e il rischio che vi fosse un soggetto in più (il nuovo monopolista privato) ad opporsi con tutte le forze alla liberalizzazione del settore⁵⁶.

In proposito, non può non guardarsi con interesse all'attualità che mostra in tutte le sue contraddizioni il tentativo di compiere un percorso della cui necessità a nessun livello si dubita e allo stesso tempo le resistenze di chi, pubblico o privato, sul mercato c'è già e non intende essere costretto a competere con altri.

1. Servizio pubblico locale, attività economica e strumenti societari.

Sulla base delle premesse indicate e prima di passare a descrivere i caratteri essenziali delle società per la gestione dei servizi pubblici locali è utile premettere brevemente in che relazione si pongano, servizio pubblico locale e strumenti societari.

⁵³ In realtà, le riforme degli ultimi anni nel settore dei servizi pubblici locali hanno reso incerto il cammino verso una completa liberalizzazione del settore, attraverso interventi di segno contraddittorio. Sul punto, C. DE VINCENTI, V. TERMINI, A. VIGNERI, *La 'retrovia' in mezzo al guado: lo stallo dei servizi pubblici locali*, in L. TORCHIA, F. BASSANINI, (a cura di), *Sviluppo e declino*, cit., 75 e segg. A titolo esemplificativo, si veda la ricostruzione di quanto avvenuto nel settore del trasporto pubblico locale, R. CANGIANO, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica... e ritorno*, *Econ. pubb.*, 2005, 49 e segg. e a F. DI PORTO e F. SILVA, *Riformare le utilities è difficile: il caso elettrico italiano*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2005, 11 e segg. Di recente, peraltro, (nella riunione dell'agosto 2006), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha deliberato l'avvio di un'indagine conoscitiva congiuntamente all'Autorità per l'energia elettrica e il gas di aggiornamento dello stato della liberalizzazione nel settore dell'energia elettrica e del gas naturale per verificare la persistenza di elementi di criticità evidenziati in analoga indagine relativa all'anno 2004 e sottolineati anche dalla Commissione europea in un rapporto sullo stato della liberalizzazione realizzato nel 2005, dal quale si evince che "la concorrenza derivante da scambi di energia transfrontaliera non è tale da limitare efficacemente il potere di mercato delle imprese *incumbent*. La delibera può essere consultata su www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁵⁴ Proprio in questo si è letta la profonda ambiguità della privatizzazione applicata ai servizi di pubblica utilità: o la privatizzazione si accompagna alla liberalizzazione e allora il beneficio dei consumatori è anche nella feconda competizione delle imprese; o la privatizzazione reca con sé il monopolio, e allora la tutela dei consumatori deve ripristinarsi con l'intensità di controlli e vincoli amministrativi. Così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 117.

⁵⁵ In questi termini, G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., 388. Della stessa idea, A. BONOMI, *Liberalizzazioni, capitalismo delle reti, territorio, Il mulino*, 2006, 840.

⁵⁶ M. CAMELLI, *La pubblica amministrazione*, cit., 100.

Il servizio pubblico locale, sta ad indicare tendenzialmente attività svolte dagli enti locali che si collocano in una zona grigia tra le funzioni amministrative e le attività puramente economiche⁵⁷.

I servizi pubblici locali sono, dunque, attività economiche⁵⁸ in astratto suscettibili di essere organizzate in forma d'impresa⁵⁹. A distinguerli da quelle, però, la loro idoneità a soddisfare esigenze fondamentali della comunità di riferimento dell'ente che ne è titolare⁶⁰.

Non può darsi conto, in questa sede, dell'articolato dibattito che ha interessato la nozione del servizio pubblico e per questo si rinvia a specifici contributi sul tema⁶¹.

Conviene ribadire, però, che la distinzione indicata tra servizio pubblico e attività economica non ha un valore esclusivamente concettuale, dal momento che alla qualificazione di un'attività in chiave di servizio pubblico segue l'applicazione di un regime peculiare e di una connotazione in chiave "sostanzialmente" pubblicistica dell'attività svolta⁶².

⁵⁷ Sul punto M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, *Le Regioni*, 1992, 19.

⁵⁸ Sulla relazione tra servizio pubblico e attività economica, si v. anche E. MALARET GARCIA, *Servizio pubblico e attività economica*, in A. BRANCASI, (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, 287 e segg.

⁵⁹ M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 2581 e segg. Alla luce della disciplina vigente in materia di servizi pubblici locali l'affermazione vale però per i soli servizi a rilevanza economica; diversamente non può applicarsi a quelli non economici la corrispondenza tra servizio e attività d'impresa. Sulle differenti modalità di gestione tra servizi economici e non economici si v. *infra*.

⁶⁰ La nozione come si vede deriva dalla combinazione di elementi oggettivi (produzione di beni e servizi) e soggettivi (l'idoneità a soddisfare interessi generali della collettività). Sul punto, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, II ed., 1999, spec. 77-88.

⁶¹ Tra gli altri, si vedano, G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 3^a ed., 997 e segg.; P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 1 e segg.; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 355; F. MERUSI, *Servizio pubblico*, *Nss. D.I.*, XVII, Torino, 1970, 215 e segg.; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; U. POTOTSCHNIG, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, *Rass. giur. en.el.*, 1992, 269 e segg.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, Padova, 2003; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2003. Con specifico riferimento ai servizi pubblici locali si v. invece, L. AMMANATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, Milano, 2001; G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 363 e segg.; G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1, ID, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici di carattere industriale e commerciale*, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, vol. II, 805 e segg.; C. GALLUCCI, *Servizi pubblici locali*, *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1999, 1 e segg.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2581 e segg. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

⁶² La ricostruzione del concetto di servizio pubblico attraverso i tre elementi (attività d'interesse generale; "controllo" del pubblico sulla stessa; regime particolare dell'attività) è comune ad altri ordinamenti. Si v. in particolare per quello francese, J. FOUNIER, *La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario*, in E. FERRARI, (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000,

Come vedremo, infatti, e in termini per ora assolutamente generali, lo svolgimento di attività classificabili come servizi pubblici, comporta per il soggetto che ne viene incaricato, questo è il punto, una serie di “condizionamenti” di non poco conto⁶³.

Pur se di immediata intuizione, la nozione di servizio pubblico si rivela, tuttavia, nella pratica piuttosto sfuggente per il suo essere dinamica e mutevole al decorrere del tempo o al variare dei contesti socio-economici.

A rendere anche più complesso il tentativo di ricavarne una definizione condivisa⁶⁴ è, peraltro, l’articolazione del relativo dibattito in senso verticale, vale a dire in una pluralità di livelli territoriali di governo, che concorrono ciascuno dalla propria prospettiva a delineare la nozione di servizio pubblico⁶⁵.

Il riferimento è, in particolare, all’incidenza del diritto comunitario rispetto alla problematica in esame.

L’ordinamento comunitario tradizionalmente rifugge da denominazioni polisemiche e perciò stesso fuorvianti⁶⁶ e si limita ad

5. A svolgere una comparazione tra l’ordinamento francese e l’esperienza tedesca e inglese, G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l’esperienza francese, inglese e tedesca*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 125 e segg.

⁶³ In proposito, può peraltro osservarsi che è proprio la singolarità dell’attività svolta a caratterizzare in modo più evidente le società per la gestione di servizi nel quadro delle società costituite o partecipate da enti pubblici. Per l’individuazione della disciplina ad esse applicabile, infatti, e posto il generale rinvio alle norme privatistiche, continuano ad ammettersi alcune significative deroghe di segno pubblicistico, che parte della dottrina estende però anche a società che, “assolutamente private”, sono incaricate della gestione del servizio. Come a dire, che l’applicazione di un regime speciale, si giustifica non in ragione della partecipazione pubblicistica bensì del rapporto di servizio con l’ente pubblico. F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, *Dir. econ.*, 2005, 258 e segg. Negli stessi termini, A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 64, secondo il quale proprio la funzionalizzazione dell’attività e quindi la previsione di finalità diverse dal semplice scopo di lucro per l’impresa che gestisce il servizio pubblico non può non comportare la crisi del modello di diritto comune del quale diventa necessario verificare i margini di tenuta. Sul tema, dell’equiparazione di imprese private che gestiscono un servizio all’amministrazione, interviene di recente la Corte di Cassazione, SS.UU., con la sentenza del 9 novembre 2006, www.giustamm.it, nella quale si afferma che per l’equiparazione tra concessionario privato di servizio pubblico e Stato ai fini dell’applicabilità delle disposizioni di direttive non attuate è necessario non solo che il concessionario sia organismo incaricato con atto della pubblica autorità e sotto il suo controllo di un servizio di interesse pubblico ma anche che esso disponga di poteri che eccedono quelli risultanti dalle norme che si applicano ai rapporti tra privati.

⁶⁴ Com’è stato osservato, la questione della riconoscibilità delle attività qualificabili come servizio pubblico si è posta parallelamente al superamento della teoria soggettiva del servizio pubblico e al venir meno del punto di riferimento certo dell’imputazione dell’attività ad un soggetto pubblico. F. SALVIA, *Il servizio pubblico, una particolare conformazione dell’impresa*, *Dir. pubbl.*, 2000, 549.

⁶⁵ M. CAPANTINI, *I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive*, www.astridonline.it, 2.

⁶⁶ Nella comunicazione della Commissione COM/2004/0374 - Libro bianco sui servizi di interesse generale-, la Commissione precisa che non utilizzerà l’espressione servizio pubblico, proprio perché essa avendo significati diversi può ingenerare confusione. Il documento può essere consultato sul sito www.europa.eu.int.

estendere anche ai servizi di interesse economico generale⁶⁷ le regole di concorrenza fin dove ciò non comprometta la missione loro riconosciuta⁶⁸.

Proprio al tentativo di rendere compatibili le regole della concorrenza con l'interesse generale alla base del concetto di servizio pubblico, si deve la definizione in sede comunitaria del concetto di obbligo di servizio pubblico⁶⁹.

In altre parole, nel quadro di un sistema concorrenziale solo singole prestazioni, rispetto a determinati soggetti e a particolari prestazioni, possono diventare oggetto degli obblighi di servizio pubblico e solo rispetto ad esse l'organizzazione dell'impresa può essere funzionalizzata⁷⁰.

Ad essere messa in discussione per influenza del diritto comunitario, è, allora, la corrispondenza tra pubblicità del servizio e natura pubblica del gestore.

Si tratta di un principio, che, è stato sottolineato⁷¹, per la sua ovvietà, non viene neppure esplicitato dalla normativa comunitaria.

Alla base della "nuova" concezione di servizio pubblico, conforme ai principi di diritto comunitario sarebbe, dunque, il superamento dell'idea che la tutela di finalità di interesse generale richiedano necessariamente la proprietà pubblica dell'impresa (art. 43 cost.); mentre potrebbe risultare sufficiente il sistema della regolazione⁷² delle attività economiche (art. 41, c. 3 cost.), nel rispetto del principio della libertà di iniziativa privata.

In proposito, però, è stato osservato che occorrerebbe distinguere, (in relazione alle finalità di garanzia da perseguire), i casi in cui la regolazione delle attività private è idonea allo scopo, da quelli in cui

⁶⁷ Cfr., l'art. 86, co. 2 del TCE. Sulla nozione di servizio di interesse economico generale, N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., 19 e segg. Pur mancando una definizione legislativa di servizio di interesse economico generale la Commissione nella comunicazione COM(2003) 270, sottolinea che nella prassi comunitaria con tale espressione si intendono "servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico". Il documento è consultabile al sito www.europa.eu.int.

⁶⁸ Nella definizione contenuta all'art. 86 del Trattato sono però identificabili i tre elementi costitutivi della nozione di servizio pubblico nell'ordinamento francese richiamati in precedenza, con una significativa modifica del terzo (quello relativo al regime giuridico dell'attività). La conseguenza è che quello che era la norma (il monopolio) diviene oggi per il diritto comunitario l'eccezione da giustificarsi in base alle esigenze del servizio. Così, J. FOURNIER, *La teoria francese*, cit., 14.

⁶⁹ Sulla nozione di servizio pubblico in ambito comunitario, tra gli altri: G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale. evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, *Dir. pubb.*, 1998, 26 e segg.; N. RANGONE, *op. cit.*, 18 e segg.

⁷⁰ A. PERICU, *Il diritto comunitario*, cit., 157.

⁷¹ N. RANGONE, *op. cit.*, 226.

⁷² Sui diversi significati della regolazione, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000.

rimane necessaria la forma del servizio pubblico, inteso come attività della quale sono responsabili i pubblici poteri⁷³.

Ad ogni modo, oltre all'appartenenza al *genus* delle attività economiche svolte dagli enti pubblici, ulteriore indice della riconducibilità di una determinata attività al novero dei servizi pubblici, dovrebbe essere, si è detto⁷⁴, (secondo un'interpretazione in armonia con il principio di costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale), il fatto che essa sia finalizzata alla produzione di beni e servizi di interesse collettivo non forniti o non adeguatamente forniti dal mercato⁷⁵.

Nel quadro che si è descritto, dunque, l'individuazione di un accettabile criterio identificativo dei servizi pubblici locali è resa ancor più necessaria dall'assenza nel nostro ordinamento di un'elencazione tassativa degli stessi.

In proposito, è appena il caso di ricordare che l'art. 112 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267⁷⁶, attribuisce alla competenza degli enti locali⁷⁷ "la gestione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

⁷³ Così F. TRIMARCHI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 948.

⁷⁴ In questi termini G. CORSO, *La gestione dei servizi pubblici locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997, 4; D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, *Econ. pubb.*, 1993, 12 e di recente M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, *Quaderno* n. 15, 2004, Torino, 2005, 77-78.

⁷⁵ Si è in particolare sostenuto che si avrebbe un servizio pubblico quando la domanda dei servizi con tali caratteristiche non possa essere soddisfatta da imprese private che operino nel pieno rispetto delle regole di mercato. L. AMMANNATI, *Servizi pubblici, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, 68. In proposito, si è però osservato che probabilmente l'individuazione di un ruolo attivo del pubblico nell'economia non passerebbe dalla semplice identificazione di fallimenti di mercato, essendo essi endemici, quanto piuttosto, dall'individuazione di *ampi* fallimenti del mercato dove ci sia spazio per interventi di miglioramento del benessere da parte dello Stato. Così J. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, cit., 58.

⁷⁶ La norma riportata, che riprende il contenuto del precedente art. 22 della l. 8 giugno 1990 n. 142, specifica quanto previsto all'art. 13 del Testo Unico sugli enti locali secondo cui "spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità".

⁷⁷ In proposito, di recente il Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, www.dirittodeiservizipubblici.it, sottolinea come "muovendo dal dato di diritto positivo fornito dall'art. 112 T.U.E.L., deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico".

In tal modo, viene affidata al comune e non al legislatore⁷⁸ l'individuazione di quelle attività che, proprio in virtù della loro potenziale idoneità a rispondere ai bisogni primari della comunità, andranno assoggettate al regime particolare pensato per i servizi pubblici.

Ciò premesso, è possibile tornare alla distinzione iniziale tra servizio pubblico e “attività economica dell'amministrazione”; attività, quest'ultima, di carattere meramente strumentale al soddisfacimento di esigenze proprie dell'ente e dunque non direttamente della collettività locale⁷⁹.

In altre parole, gli elementi per mezzo dei quali sarebbe possibile distinguere i servizi pubblici dalle altre attività economiche svolte dagli enti locali sarebbero tre; la soddisfazione di un bisogno primario della collettività; il fatto che, solo nel caso del servizio pubblico, l'attività viene svolta a diretto vantaggio della collettività e non dell'ente⁸⁰ e infine, principalmente, il regime pubblicistico che caratterizza l'attività⁸¹.

Se così è, conseguenze significative deriveranno, poi, dalla distinzione tra servizi pubblici e attività economiche in termini di minore o maggiore capacità autorganizzativa dell'ente locale.

Ciò, perché, nell'erogazione di un servizio pubblico l'ente locale rimane obbligato a ricorrere ad uno degli strumenti di gestione predeterminati in via legislativa⁸². Opzione, quella per la tipicità⁸³ delle

⁷⁸ Diversamente, peraltro, da come avviene in altri ordinamenti. Nell'ordinamento spagnolo, ad esempio, la Ley 7/1985 de 2 abril, Bases del regimen local, in BOE, núm 80 de 3 abril, all'art. 25, dopo aver riconosciuto al Comune la possibilità di promuovere tutte le attività e prestare tutti i servizi pubblici che contribuiscono a soddisfare le esigenze della comunità locale, indica tuttavia competenze necessarie dell'ente in alcune materie espressamente indicate e alcuni servizi che i comuni dovranno necessariamente erogare, con distinzioni derivanti dalle dimensioni dei comuni. Sul tema, J. TORNOS MAS, *Competencias municipales para la ordenacion y gestion de servicios publicos*, REALA, num. 250, 1990, 23 e segg.

⁷⁹ Sulla distinzione tra servizi pubblici e attività economiche dell'amministrazione, G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., 913-915.

⁸⁰ A tale distinzione si richiama quella giurisprudenza che distingue tra concessioni di pubblico servizio e appalti pubblici di servizio, attribuendo appunto la qualificazione di servizio pubblico locale solo a quelle attività direttamente finalizzate a soddisfare un bisogno della collettività. In proposito, si v., R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 65 e segg.

⁸¹ Gli altri due elementi caratterizzano, infatti, anche il regime delle concessioni di servizio pubblico.

⁸² D'altra parte, come osservava G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in A. BRANCASI, (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre*, cit., 314., è proprio il regime nel quale una certa attività è esercitata piuttosto che il suo contenuto materiale a determinarne la qualificazione.

⁸³ Ciò, pare, sia nella disciplina dei servizi pubblici locali contenuta nella legge 8 giugno 1990, n. 142 sia in seguito alle definitive modifiche apportate al Testo Unico ad opera del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 e dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350. Sul rapporto tra tipicità e servizio pubblico locale, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit.

forme di gestione del servizio, dipendente dalla valutazione degli interessi pubblici coinvolti⁸⁴ e dalle correlate esigenze di garanzia⁸⁵.

Diversamente, quelle economiche sono attività che l'amministrazione può svolgere in "forme libere", purché compatibili con il carattere di persona giuridica pubblica e con il regime cui è sottoposta l'amministrazione⁸⁶.

E' possibile, a questo punto, passare all'analisi delle società incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, con la precisazione che esse rappresentano solo una delle ipotesi⁸⁷, benché forse quella più carica di risvolti giuridici interessanti, nel quadro delle società a partecipazione pubblica nel sistema locale⁸⁸.

Con ciò si vuol dire, come si cercherà di dimostrare nel corso della trattazione, che a giustificare l'applicazione alle società costituite per la gestione di servizi pubblici di una disciplina per certi versi "derogatoria" rispetto a quella di diritto comune, non è tanto la partecipazione pubblicistica, quanto piuttosto il rapporto di servizio con l'ente⁸⁹.

2. Interesse pubblico, investitori privati e poteri speciali.

⁸⁴ In verità, il rapporto tra tutela dell'interesse pubblico e disciplina del servizio pubblico non è rimasto nel tempo sempre lo stesso. Si noti, in particolare, il progressivo spostamento dell'attenzione dalla centralità dell'interesse pubblico, della diffusione e accessibilità del servizio ai concetti di concorrenza, mercato, economia. L'osservazione è di M. DUGATO, *I servizi pubblici locali, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, cit., 74.

⁸⁵ G. CAIA, *L'organizzazione dei servizi pubblici*, cit., 970.

⁸⁶ Ancora G. CAIA, *Funzione pubblica*, cit., 914.

⁸⁷ Si pensi in proposito alla recente esperienza delle società di trasformazione urbana costituite per la progettazione e realizzazione di interventi di trasformazione urbana. Sul tema, G. BERGONZINI, *Le "società di trasformazione urbana" (art. 17, comma 59, legge n. 127 del 1997)* in *Riv. giur. urb.*, 1997, p. 125 e segg.; M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 511 e segg.; P. URBANI, *Trasformazione urbana e società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 623 e segg.; G. PAGLIARI, *Le società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, p. 87 e segg.; S. STANGHELLINI, *Le società di trasformazione urbana, strumento evoluto per la gestione di processi complessi*, in *Riv. trim. app.*, 1998, p. 285 e segg. Da ultimo, sia consentito il rinvio anche a C. VITALE, *Società di trasformazione urbana e riqualificazione urbana nell'urbanistica per progetti*, *Dir. amm.*, 2004, 591 e ss.

⁸⁸ Essenzialmente, fino alla fine degli anni '80 le società per azioni rappresentano lo strumento attraverso il quale gli enti locali si occupavano di promozione dello sviluppo economico, realizzazione delle infrastrutture o di altre opere pubbliche, gestione di attività materiali e di supporto all'amministrazione, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 19.

⁸⁹ Così, secondo un recente orientamento della giurisprudenza ordinaria (Cass. 22 dicembre 2003, n. 19667, Cass. SS. UU. 26 febbraio 2004, n. 3899 e Cass. SS. UU., 19 febbraio 2004, n. 3551) che portato all'estremo può condurre a ritenere che talune deroghe di senso pubblicistico debbano essere estese anche a società che benché assolutamente private vengano incaricate della gestione di un servizio. Sul punto, F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., 254. Sulla tipologia di rapporto che lega la società all'ente, V. OTTAVIANO, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Riv. delle società*, 1999, spec. 245-246.

Premessa la rapida ricognizione a proposito della nozione di servizio pubblico locale, è sufficiente qui solo ribadire che il ricorso allo strumento societario da parte degli enti locali per la gestione dei servizi non costituisce, evidentemente, un'acquisizione recente⁹⁰.

Gli enti locali si servivano, infatti, di società oltre che per la realizzazione di opere pubbliche, la gestione di servizi fieristici, i mercati all'ingrosso e le centrali del latte, anche per l'erogazione di servizi⁹¹.

Senza ripercorrere le fasi e rinviando a quanto è già stato scritto sul tema⁹², valga qui solo ricordare come le diverse tipologie societarie⁹³ utilizzate dagli enti locali hanno posto problematiche differenti, che è forse utile richiamare già ora, (pur se saranno più ampiamente considerate nelle pagine seguenti quando si descriverà il funzionamento delle società a partecipazione pubblica).

Si allude in particolare, al tema della relazione tra interesse pubblico e interessi degli azionisti privati nelle società a partecipazione pubblica.

Il tema che costituisce oggetto diretto del presente lavoro, verrà qui accennato solo in riferimento a quelle previsioni normative, con le quali dagli anni '90 in poi si sono introdotti strumenti che consentissero all'ente locale di assicurare la conformità dell'attività svolta dalle società da esso partecipate all'interesse pubblico che esso è tenuto a soddisfare.

⁹⁰ Già nel corso dell'800 era prevista la possibilità per gli enti locali di acquistare azioni di società di capitali e di solito le azioni acquistate erano di imprese societarie che gestivano servizi pubblici. Cfr., M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, 166.

⁹¹ Sul sistema delle società a partecipazione locale per la gestione dei servizi pubblici prima della legge n. 142 del 1990, M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica. Regioni, province, comuni*, Rimini, Maggioli, 1989; M. MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987.

⁹² Tra gli altri, in particolare, si v. G. ALPA, *Pubblici servizi gestiti a mezzo di s.p.a.*, *Azienditalia*, 1990, 72; M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit.; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit; ID., *Le società miste di enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 1997, 243 e segg.; ID., *Controlli, finanza e servizi pubblici degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 1997, 730 e segg.; ID., *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione locale minima*, *Giorn.dir. amm.*, 2001, 1328 e segg.; C. MARZUOLI, *Società a partecipazione pubblica minoritaria per l'esercizio dei pubblici servizi locali e disciplina mediante regolamento*, in F. TRIMARCHI, (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, *Atti del Convegno di Messina, 22-23 novembre 1996*, Milano, 1999, 185 e segg.; M. MAZZARELLI, *Il regolamento sulle società miste degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 1997, 66 e segg.; ID., *Le società a partecipazione comunale*, cit.; F. MERUSI, *Novità istituzionali nei modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in ID., *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 42-45; F.A. ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, *Dir. soc.*, 1973, 811 e segg.; F.A. ROVERSI MONACO, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993, 719 e segg.

⁹³ Il riferimento è naturalmente alle diverse questioni sollevate dalle società a prevalente capitale pubblico locale che avevano rappresentato l'ipotesi di privatizzazione formale del servizio e dalle società minoritarie, introdotte dall'art.12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498. Sul tema si v. G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Riv. delle società*, 1998, 391.

Più semplicemente, ciò che per ora interessa è ricordare in che modo il legislatore si sia accostato al problema del rapporto tra forma privatistica del soggetto gestore e natura pubblicistica dell'interesse perseguito, nel momento in cui le società a partecipazione pubblica cominciarono a diventare il principale strumento di gestione del servizio pubblico locale.

La questione richiamata che costituirà, come si vedrà, una costante del dibattito in materia di società a partecipazione pubblica in generale, si pone in maniera compiuta in corrispondenza degli interventi normativi che a partire dalla legge n. 142 del 1990 avevano disciplinato il sistema delle società per la gestione del servizio pubblico locale.

Più in particolare, come si sa, nel caso delle società a prevalente capitale pubblico locale la posizione di maggioranza del socio pubblico e dunque gli ordinari strumenti di diritto societario erano già garanzia sufficiente per l'esercizio da parte dell'ente di un controllo sulla società partecipata tale da assicurare che l'attività svolta dalla società rimanesse aderente alle finalità pubblicistiche.

Diversamente, l'ammissione di partecipazioni pubbliche in società attraverso la titolarità di quote azionarie anche più ridotte⁹⁴ richiedeva un adattamento⁹⁵ della disciplina societaria alle esigenze (pubblicistiche), per le quali esse venivano (sia pure in misura non prevalente) partecipate da enti locali.

Si trattava, evidentemente, della facoltà di nominare almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione, dell'eventuale comitato esecutivo e del collegio sindacale e della previsione di limitazioni al regime di circolazione delle azioni⁹⁶, rispetto al quale, in particolare, si vietava al socio privato di realizzare cessioni azionarie che comportassero la perdita della maggioranza assoluta⁹⁷ del capitale sociale per i cinque anni successivi alla costituzione della società⁹⁸.

Alle stesse esigenze rispondeva l'estensione anche alle società degli enti territoriali operanti nel campo dei servizi pubblici di quelle

⁹⁴ Com'è noto, in applicazione dell'art. 12 della legge n. 498, il d.P.R. n. 533 del 16 settembre 1996 prevede che la partecipazione minoritaria dell'ente o degli enti promotori non possa essere inferiore al 20%, percentuale indispensabile a garantire al socio pubblico la facoltà di convocazione dell'assemblea.

⁹⁵ Si rinvia in tal senso al contenuto dell'art. 4 del regolamento citato.

⁹⁶ Problematiche differenti solleva, invece, la cessione dell'intera partecipazione pubblica poiché la dismissione presuppone la volontà di optare per una gestione completamente esternalizzata del servizio. M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 145.

⁹⁷ Va ricordato, in proposito, che il comma 4 dell'art. 1 del regolamento prevedeva che il pacchetto azionario della maggioranza assoluta fosse sottoscritto da un unico socio privato di riferimento, con l'evidente finalità di evitare che la costituzione della società mirasse di fatto alla dismissione del servizio cui non si accompagnassero però idonee esigenze di garanzia.

⁹⁸ Mentre per le cessioni successive si prevedeva che fossero subordinate al gradimento dei soci pubblici.

previsioni⁹⁹ che consentissero all'ente locale di conservare un adeguato controllo sulla società anche in ipotesi di dismissione delle azioni pubbliche.

La previsione di poteri speciali in capo al socio pubblico, che ha accompagnato le operazioni di privatizzazione anche in altri paesi europei¹⁰⁰, si scontrava però con dure critiche da parte dei commentatori.

Ad essere messo in discussione non era tanto il principio cui la previsione di poteri speciali rispondeva, quanto piuttosto l'applicazione che di tale principio si prospettava.

La mancata previsione di limiti temporali per l'esercizio delle facoltà in cui la *golden share* si concretizzava, l'assenza di considerazioni relative alla presenza effettiva di interessi nazionali o da motivi di indipendenza nazionale, come invece altrove avveniva, ne rendeva l'applicazione nel nostro ordinamento "selvaggia e inusitata"¹⁰¹.

Inevitabilmente, poi, i poteri speciali contrastavano fortemente sia con i principi fondamentali del diritto societario¹⁰² che con il diritto comunitario¹⁰³.

⁹⁹ Il riferimento è evidentemente alla c.d. *golden share* prevista dagli articoli 2 e 3 della legge n. 474 del 1994, applicabile in virtù dell'espresso riferimento dell'art. 2 co. 3 alle società degli enti territoriali operanti nel campo dei servizi pubblici. In particolare all'art. 2 si prevede che l'ente pubblico possa individuare quelle società nelle quali, prima di ogni atto che determini la perdita di controllo debba essere introdotta una clausola statutaria che attribuisca all'ente particolari facoltà: a) esercizio del potere di gradimento all'assunzione di partecipazioni superiori al 5% del capitale; b) esercizio del potere di gradimento alla conclusione di patti parasociali tra i soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale; c) potere di veto all'adozione di delibere di scioglimento, trasferimento della sede sociale all'estero, fusione e scissione; d) nomina di almeno un amministratore o di un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco. L'art. 3 prevede poi la possibilità di una determinazione statutaria all'assunzione di partecipazioni azionarie da parte di persone fisiche eccedenti il 5% del capitale sociale. Sulle questioni relative all'applicazione anche alle società a partecipazione locale della disciplina contenuta nella l. 474 del 1994, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 51-55.

¹⁰⁰ La *golden share* introdotta dalla legislazione inglese sulle privatizzazioni per permettere al governo di opporsi a scalate di soggetti stranieri o a cambiamenti di controllo societario non voluti, viene poi ripresa in Francia come *action spécifique* con la legge n. 86-912 del 6 agosto 1986 e riconfermata dalla legge n. 93-923 del 19 luglio 1993 all'art. 10. Sul tema, E. GIPPINI FOURNIER e J.- A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, *Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l'argente du beurre*, *Rev. du droit de l'Union européenne*, 2003, 39 e segg. e D. CARRAEU, *Privatisations et droit comunitaire: la validation conditionnelle des actions spécifiques (ou « Golden Shares »)*, *Contratto e impresa/Europa*, 2002, 1191 e segg. Nell'ordinamento spagnolo la *golden share* veniva istituita per effetto della legge n. 5 del 1995. Sul tema, E. E. COCCILOLO, *La golden share in Spagna. Regulating corporate governance*, *Servizi pubblici*, 2004, 247 e segg.

¹⁰¹ Così G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., 391.

¹⁰² Così sembrano essere in particolare frustrati in principio per cui ciascuna azione conferisce uguali diritti (art. 2348 c.c.); che le decisioni che riguardano la società siano prese dall'assemblea dei soci (art. 2364 c.c.); che la gestione della società sia affidata al consiglio di amministrazione (art. 2380 *bis* c.c.).

¹⁰³ L'incompatibilità con il diritto comunitario può riguardare tanto il versante dei principi di carattere generale e tra essi in particolare il diritto di stabilimento e la libertà di circolazione dei capitali che più specificamente le norme contenute nelle direttive comunitarie in materia societaria (si vedano ad esempio la dir 77/91 CEE del Consiglio del 13 dicembre 1976 che

Rispetto a tale secondo aspetto, la conclusione raggiunta in alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia è stata quella dell'individuazione dei requisiti al ricorrere dei quali ci si troverebbe in presenza della c.d. *golden share* "virtuosa"¹⁰⁴ e riconducibili sostanzialmente alla circostanza che si tratti di poteri idonei a salvaguardare interessi vitali dello Stato e rispettosi del principio di proporzionalità¹⁰⁵.

L'interpretazione seguita dalla Corte di Giustizia ha spinto il legislatore a modificare la disciplina previgente in materia¹⁰⁶, vincolando l'esercizio di tali poteri ad evenienze remote e sostituendo il meccanismo dell'autorizzazione preventiva all'acquisto di partecipazioni rilevanti con l'istituto dell'opposizione alle stesse e introducendo la facoltà di nomina di un amministratore senza diritto di voto¹⁰⁷.

Ciò che qui si voleva sottolineare, allora, anche ai fini di quanto si dirà in seguito, è che, almeno rispetto al contesto normativo che si è richiamato, la generalizzazione del modello societario come strumento tipico di gestione dei servizi pubblici locali ne aveva comportato la caratterizzazione in termini in alcuni casi significativamente diversi rispetto alla disciplina prevista dal diritto societario.

all'art. 29 par. 1 dispone che in caso di "aumento di capitale sottoscritto mediante conferimenti in denaro, le azioni devono essere offerte in proporzione della quota di capitale rappresentata dalle loro azioni"; la dir. 78/855 CEE del Consiglio, 9 ottobre 1978 e la dir. 82/891 CEE del Consiglio, 17 dicembre 1982, che dispongono che "la decisione di fusione e di scissione richiede l'approvazione dell'assemblea generale con una maggioranza non inferiore ai due terzi sia delle azioni rappresentate sia del capitale sottoscritto").

¹⁰⁴ L'espressione è di T. BALLARINO, L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, *Riv. delle società*, 2004, 2 e segg che ricostruiscono la posizione della Corte di Giustizia in alcune pronunce del 2002 e 2003.

¹⁰⁵ In questi termini anche, Tar Lombardia, Milano, sez. I, ordinanza del 13 ottobre 2004 n. 175, consultabile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁰⁶ Il riferimento è all'art 4 co. 227-231 della legge 24 dicembre 2003 (legge finanziaria per il 2004) n. 350 e al d.P.C.M. 10 giugno 2004. Sul tema, A SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, *Giur. comm.*, 2005, 707 e segg. Tra l'altro recentemente la Commissione europea, (IP/06/859) in data 28 giugno 2006, ha deferito l'Italia alla Corte di Giustizia per la nuova disciplina della *golden share* giudicando eccessivo l'uso dei poteri speciali previsti dalla normativa italiana per raggiungere tali obiettivi, e ritenendo i criteri per l'esercizio di tali poteri siano vaghi, di portata indeterminata e che attribuiscono ampi poteri discrezionali nel giudicare i rischi per gli interessi vitali dello Stato. Secondo la Commissione, le preoccupazioni di interesse pubblico avrebbero potuto essere prese in considerazione mediante disposizioni alternative meno restrittive. La decisione della Commissione si trova su www.dirittodeiservizipubblici.it. Va precisato, che la risposta al parere motivato della Commissione (IP/05/1270) era stata inviata nel dicembre 2005 alla Commissione e ritenuta insoddisfacente. In tema ancora la finanziaria per il 2006 (l. 23 dicembre 2005, n. 266). Per un commento alla disposizione, F. SANTONASTASO, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, *Giur. comm.*, 2006, I, 383 e segg.

¹⁰⁷ Sulla qualificazione dell'amministratore senza diritto di voto alla luce della riforma del diritto societario si veda C. SAN MAURO, *Golden shares e poteri speciali: interessi tutelati*, Roma, 2004, 103.

Così allora, in quel contesto, la necessità di garantire il rispetto dell'interesse pubblico da parte delle società miste sembrava giustificare l'applicazione di una disciplina "speciale", proprio nelle ipotesi in cui tali società erano a partecipazione prevalentemente privata.

Una tale impostazione della questione, diventerà, come si vedrà, il presupposto per l'estensione a tali società di alcuni istituti caratteristici del diritto pubblico nella convinzione, della quale si cercherà di evidenziare i limiti, che tale opzione sia l'unica in grado di assicurare un'efficace tutela dell'interesse pubblico.

3. La riforma del settore dei servizi pubblici locali.

Prima di procedere¹⁰⁸ è necessario delineare brevemente l'evoluzione normativa che ha caratterizzato le società per la gestione dei servizi pubblici locali negli ultimi anni.

Recentemente, come si sa, il settore dei servizi pubblici locali è stato oggetto di una pluralità di interventi normativi che hanno inciso assai profondamente sulla sua disciplina¹⁰⁹.

A giustificare la preoccupazione del legislatore di intervenire era, principalmente, l'accertata incompatibilità del quadro normativo

¹⁰⁸ Obiettivo delle pagine che seguono sarà pertanto ripercorrere le tappe dell'evoluzione normativa del settore dei servizi pubblici locali. All'analisi più particolare delle diverse tipologie societarie coinvolte nella gestione dei servizi complessivamente intesa sarà invece dedicato il capitolo III.

¹⁰⁹ Per un esame completo dei principi e dei contenuti degli interventi normativi di riforma dei servizi pubblici locali, L. AMMANATI, *Sull'inattualità della concorrenza*, cit., 906 e segg.; G. CAIA, *I problemi della transizione dal vecchio al nuovo ordinamento*, www.giustamm.it; M. CAMELLI, *Concorrenza e mercato*, cit., 513; M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, *Foro Amm.- Tar*, 2006, 1161 e segg.; V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, *Dir. Amm.*, 2002, 311; M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 218 e segg.; ID., *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 24 e segg.; ID., *I servizi pubblici locali*, cit., 2581; ID., *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, *Riv. trim. app.*, 2003, 519; A. GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, *Urb. e app.*, 2005, 1369 e segg.; L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, *Dir. Amm.*, 2002, 575 e segg.; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., spec. 223- 304; M.G. ROVERSI MONACO, *I servizi pubblici locali tra continuità e nuovi affidamenti (la disciplina del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani)*, www.giustamm.it; G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, www.lexitalia.it, n. 12, 2003; A. VIGNERI, *Brevi osservazioni sul nuovo art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, in materia di servizi pubblici locali*, www.astridonline.it; A. VIGNERI, *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, www.astridonline.it; ID., *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d.l. 30 dicembre 2005 n. 273*, www.astridonline.it.

nazionale con i principi affermatasi con sempre maggior vigore nell'ordinamento comunitario.

In particolare, l'indirizzo della Comunità europea volto a realizzare un mercato concorrenziale tanto nelle pubbliche forniture che nel sistema dei pubblici servizi rendeva, di fatto, inadeguata la disciplina nazionale dei servizi pubblici locali, nella misura in cui legittimava l'affidamento diretto del servizio a società costituite o partecipate dall'ente locale, prescindendo da provvedimenti concessori e da ogni genere di confronto concorrenziale con gli altri gestori.

Tuttavia, ad un primo tentativo di accelerazione delle procedure di liberalizzazione¹¹⁰ realizzato attraverso la previsione di un obbligo generalizzato di affidamento dei servizi per mezzo di gare svolte secondo le procedure di evidenza pubblica e previsto dall'articolo 35 della legge n. 448/2001, era seguita quella che era stata definita "controriforma"¹¹¹, il cui obiettivo primario avrebbe dovuto essere l'adeguamento della disciplina nazionale al diritto comunitario, con ciò superando le obiezioni manifestate dalla Commissione europea in sede di approvazione dell'art. 35, ma che di fatto, come si vedrà, rappresentava in qualche modo un ritorno all'antico.

Con il primo di tali interventi¹¹², quello contenuto nell'art. 35 della legge n. 448 del 28 dicembre 2001 (legge finanziaria per il 2002)¹¹³, veniva interamente sostituito l'art. 113 del Testo Unico sugli enti locali e di conseguenza il complesso delle regole che disciplinavano la gestione del servizio pubblico locale¹¹⁴.

¹¹⁰ Da parte di alcuni è stato osservato come in realtà la riforma del 2001 potesse essere attaccata sia per il radicalismo con il quale aveva sposato la causa della privatizzazione sia per i vistosi passi indietro rispetto alla strategia liberalizzatrice del d.d.l. 7042, sia ancora per il "gattopardismo" in virtù del quale, a dispetto dell'apparente cambiamento, permane una sostanziale continuità con il passato. Sono parole di A. MASSARUTTO, *Liberalizzazione, privatizzazione o gattopardismo?*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 118-119.

¹¹¹ L'espressione è di A. GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, cit., 1369.

¹¹² Tale intervento normativo giungeva, peraltro, a seguito di una serie di tentativi falliti di riforma del settore che si erano concretizzati in alcuni d.d.l. mai arrivati ad approvazione: il d.d.l. n. 1388- AS XIII legisl. (c.d. Napolitano) che divenne legge 3 agosto 1999 n. 265 ma con lo stralcio delle disposizioni in materia di gestione di servizi pubblici e soprattutto il d.d.l. n. 4014- AS- XIII legisl. (c.d. Bassanini- Vigneri), approvato da un ramo del parlamento come n. 7042- AC-XIII legisl. e successivamente riformulato ma non approvato in via definitiva a causa della fine della legislatura.

¹¹³ Sui profili di specialità delle società per la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della riforma del 2001, G. ROMAGNOLI, *Società, impresa e servizi pubblici locali alla luce dell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002*, *Le società*, 2002, 1217 e segg.

¹¹⁴ Com'è noto, la riforma del 2001 incide significativamente anche sulle fasi di assunzione e regolazione del servizio. Rispetto alla prima, viene abrogato il comma 2 dell'art. 112 del d. lgs. n. 267 del 2000 che disponeva che "i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge" e modificato l'art. 42, comma 1 lett. e) nel senso che al Consiglio comunale non spetta più l'assunzione diretta dei servizi quanto la loro regolazione.

Sono quattro i punti essenziali nei quali era possibile sintetizzare l'assetto del settore dei servizi pubblici locali¹¹⁵ a seguito della riforma del 2001: a) la previsione di regimi giuridici differenti per i servizi a rilevanza industriale e per quelli privi di rilevanza industriale¹¹⁶; b) la separazione tra proprietà delle reti e degli impianti (e relativa gestione) e gestione del servizio, dall'altro; c) l'introduzione di un meccanismo di concorrenza per la gestione; d) l'atipicità delle forme di gestione del servizio; e) la prevalenza delle leggi di settore sulla disciplina generale.

Rispetto al primo dei punti indicati, il primo comma dell'art. 113 riformato distingueva tra servizi pubblici industriali e non industriali¹¹⁷, (ai quali veniva dedicato, invece, l'art. 113 *bis*), ma affidava ad un regolamento governativo di attuazione ed esecuzione della legge il compito di precisare cosa dovesse intendersi per servizio industriale.

Distinzione, quella tra servizi a rilevanza industriale e privi di rilevanza industriale, da cui derivava l'applicazione da parte del legislatore di regimi giuridici sensibilmente diversi. Per i primi la scelta del legislatore era stata, infatti, nel senso della privatizzazione ed esternalizzazione del servizio¹¹⁸ nell'ottica della realizzazione di un sistema concorrenziale nel settore¹¹⁹.

Da tale premessa generale discendevano, poi, gli altri principi fondamentali cui la riforma si ispirava e le prescrizioni contenute nel testo dell'art. 113¹²⁰ che ad essi si richiamano. Così, appunto, per quella

¹¹⁵ M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., 2002, 219-220.

¹¹⁶ Anche nell'ordinamento francese vi è una corrispondenza tra la tipologia del servizio e la modalità di gestione. In particolare, un servizio pubblico sarà considerato industriale e non amministrativo quando « aux trois points de vue (objet; origine de ressources; modalités de fonctionnement) il ressemble à une entreprise privée ». Non sono mancate, però, di recente pronunce in senso diverso. Si v., in proposito, Tribunal des conflits, 21 marzo 2005, Mme Alberti-Scott, in *Revue française de droit administratif*, 2006, 119 e segg., con nota di J-F. LACHAUME.

¹¹⁷ Rilevava M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2590, come tre fossero le interpretazioni possibili: secondo la prima, sarebbero stati servizi industriali quelli in astratto suscettibili di dar luogo a lucro oggettivo; o ancora invece, secondo altra interpretazione, quelli che di volta in volta l'ente intende organizzare in regime di profitto indipendentemente dalla loro astratta qualificazione; infine, secondo il criterio che l'autore ritiene preferibile e posto che nell'ipotesi dei servizi a rilevanza industriale è operazione indefettibile la separazione del servizio dalla rete, quelli che si svolgono senza rete, impianti o dotazioni patrimoniali non possono essere definiti industriali.

¹¹⁸ In generale sul concetto di esternalizzazione nel settore pubblico si rinvia a G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, *Dir. Amm.*, 2005, 963 e segg.

¹¹⁹ In realtà, come sottolineato dai commentatori, il testo approvato della riforma del 2001 si rivelava in alcuni punti più timido rispetto ai procedimenti di riforma che lo avevano preceduto. Ciò perché, pur nella disponibilità di modelli alternative di concorrenza, il legislatore si era limitato a definire le condizioni affinché tutti gli operatori potessero concorrere per la gestione del servizio (concorrenza *per* il mercato), piuttosto che aprire il mercato dei servizi pubblici locali alla libera concorrenza tra operatori qualificati (concorrenza nel mercato). Sul punto, M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, 219.

¹²⁰ Per un esame completo dei contenuti dell'intervento normativo indicato, G. CAIA, *I problemi della transizione dal vecchio al nuovo ordinamento*, cit.

che sanciva la separazione della proprietà e gestione dei beni indispensabili alla produzione del servizio dalla vera e propria gestione dello stesso¹²¹.

Ammessa l'autonomia concettuale dei tre momenti della proprietà dei beni indispensabili al servizio¹²², della loro gestione e della gestione del servizio, si affermava la necessaria separazione tra proprietà dei beni, necessariamente pubblica¹²³, e gestione del servizio, ciò evidentemente sempre ai fini della realizzazione di un sistema effettivamente concorrenziale.

Più elastica, invece, la previsione della separazione tra gestione dei beni indispensabili al servizio e gestione del servizio stesso. Di norma, infatti, la gestione delle reti e degli impianti è affidata al gestore del servizio.

L'art. 113 prevedeva, tuttavia, la possibilità, per le discipline di settore di optare per la separazione delle reti dall'erogazione del servizio, con la conseguenza che la gestione delle stesse sarebbe stata affidata ad un soggetto terzo rispetto alla loro proprietà¹²⁴.

Tra i principi ispiratori della riforma del 2001 vi era inoltre, si diceva, quello dell'atipicità delle forme di gestione del servizio. Il cambiamento non era di poco conto rispetto al sistema precedente, rispetto al quale la predeterminazione legislativa di modelli tipici di gestione del servizio sembrava assicurare un livello sufficiente di tutela dei valori e delle esigenze fondamentali sottese alla gestione del servizio¹²⁵.

Solo per i servizi privi di rilevanza industriale disciplinati dall'art. 113 *bis* rimaneva dunque, a seguito della riforma del 2001, l'indicazione legislativa di una serie di tipologie di gestione¹²⁶, rispetto alle quali gli enti locali erano chiamati a scegliere quella più adatta alle specifiche esigenze da soddisfare.

¹²¹ Cfr l'art. 113 commi 2 e 3.

¹²² Nell'art. 113 viene utilizzata l'espressione reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali; dove per reti si intendono attrezzature diffuse e tra loro connesse su cui corre il prodotto dell'attività, mentre i secondi sono strutture connesse ma collocate in un unico luogo. Più complessa l'individuazione delle altre "dotazioni patrimoniali" per le quali sarebbero possibili due interpretazioni: una prima, secondo cui tutte dotazioni patrimoniali sarebbero tutte le dotazioni differenti dalle reti e dagli impianti comunque accessorie al servizio; l'altra, secondo cui la locuzione utilizzata dal legislatore si riferirebbe solo ai beni essenziali per la produzione del servizio. Sul punto M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2593.

¹²³ In tal senso il comma 2 dell'art. 113.

¹²⁴ M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2593.

¹²⁵ Sul ruolo del principio di tipicità rispetto all'organizzazione dei servizi pubblici locali, si rinvia alle considerazioni svolte nelle pagine precedenti.

¹²⁶ In particolare si prevedeva l'affidamento diretto a: a) istituzioni; b) aziende speciali anche consortili; c) società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile. Oltre a tali tipologie erano poi consentite la gestione in economia e l'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero ad associazioni o fondazioni costituite o partecipate dagli enti locali.

Diversamente, infatti, per i servizi a rilevanza industriale, l'art. 113, guardando ad un modello di concorrenza per la gestione (uno dei principi caratterizzanti la nuova disciplina dei servizi pubblici locali) si limitava a prevedere unicamente la gara come strumento di selezione del gestore, che avrebbe dovuto essere una società di capitali¹²⁷.

La seconda parte del nuovo comma primo dell'art. 113 disponeva, infine, l'applicabilità solo in via residuale o sussidiaria della disciplina generale ai settori per i quali vi fosse già una disciplina speciale¹²⁸.

Solo due le considerazioni sul punto. Intanto, la norma costituiva applicazione del generale principio *lex specialis derogat generali* e in tal senso non stupisce.

In secondo luogo, l'espreso favore del legislatore per la disciplina di settore limitava sensibilmente l'impatto della normativa di riforma nella misura in cui la rendeva applicabile in via residuale e solo a quelle ipotesi, per la verità assai limitate, per le quali mancasse una disciplina speciale¹²⁹.

4.e la sua controriforma.

Il quadro dei servizi pubblici locali, così delineato, era tuttavia destinato ad essere nuovamente messo in discussione per l'avvicinarsi di ulteriori e, per certi versi, contraddittori interventi normativi e giurisprudenziali.

L'instabilità del sistema derivava essenzialmente da due fattori. Da un lato, analogamente a quanto avvenuto rispetto all'art. 22 della legge n. 142 del 1990, la disciplina della gestione dei servizi pubblici locali dettata

¹²⁷ In tal senso dispone il comma 5 dell'art. 113. Sul punto, M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., 220.

¹²⁸ Sul rapporto tra disciplina generale e disciplina di settore, J. BERCELLI, *I servizi pubblici locali tra disciplina generale e discipline di settore (dopo l'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448), finanziaria 2002*, *Riv. trim. app.*, 2003, 740.

¹²⁹ Il riferimento è al d. lgs. 23 maggio 2000, n. 164 per il servizio di distribuzione del gas, al d. lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e successive modificazioni ed integrazioni per il servizio di trasporto pubblico locale. Rispetto invece al servizio idrico integrato e a quello di gestione dei rifiuti urbani rispettivamente disciplinati dalla legge 5 gennaio 1994, n. 36 e dal d. lgs. 5 gennaio 1997, n. 22, le disposizioni contenute all'art. 35 avrebbero dovuto applicarsi integralmente, dal momento che la legislazione di settore non si occupava delle modalità di gestione del servizio, conservando i suoi tratti di specialità solo con riferimento alle forme di cooperazione tra gli enti locali nei diversi ambiti territoriali ottimali, alle competenze pianificatorie e decisorie e ai rapporti con il gestore anche sotto il profilo della tariffa. In proposito, va peraltro precisato che in attuazione della delega conferita con la legge 15 dicembre 2004, n. 308 (pubblicata in G.U. n. 302 del 27 dicembre 2004, Supp. Ord. n. 308), il Governo aveva emanato il d. lgs. 3 aprile 2006, n. 156, recante norme in materia ambientale e di recente integrato dal d. lgs. 8 novembre 2006, n. 284.

dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 si era trovata esposta alle censure mosse dalla Commissione europea¹³⁰.

Infatti, pur nell'astratta disponibilità di due modelli di concorrenza (nel mercato e per il mercato), l'affidamento diretto del servizio costituiva ancora l'ipotesi prevalente¹³¹.

Oggetto dei rilievi della Corte era, dunque, una volta ancora il sistema degli affidamenti diretti, poiché pur se l'art. 35 postulava il generale principio della messa in concorrenza dell'erogazione del servizio, non mancava di prevedere significative deroghe sul punto¹³².

Con il secondo provvedimento di riforma¹³³ della disciplina dei servizi pubblici locali, posto il superamento della distinzione tra servizi industriali e non, a favore di quella facente leva sulla natura economica o meno dell'attività¹³⁴, il legislatore non si era più richiamato (come nel 2001) ad un regolamento governativo che definisse le due categorie, né tanto meno aveva indicato un possibile criterio di distinzione.

In particolare, come è stato opportunamente osservato¹³⁵, il quesito di fondo cui l'interprete si trova a dover rispondere è se l'economicità del servizio sia una caratteristica dell'attività in quanto tale o piuttosto, come da più parti è stato ritenuto,¹³⁶ un elemento derivante dalla modalità in cui il servizio viene di volta in volta organizzato.

Sul piano poi dell'organizzazione del servizio, con la riforma del 2003, oltre a riconfermare alcuni dei principi caratterizzanti la riforma del 2001 (proprietà pubblica delle reti e separazione tra gestione delle reti ed

¹³⁰ Con la lettera di costituzione in mora complementare del 4 luglio 2002 la Commissione europea reiterava la precedente messa in mora nell'ambito della procedura di infrazione ex art. 226 del Trattato CE avviata verso l'art. 22 della legge n. 142 del 1990.

¹³¹ M. CAMMELLI, *Concorrenza e mercato*, cit., 516, sottolinea appunto come pur nella disponibilità dei due modelli di apertura al mercato di vera e propria liberalizzazione (concorrenza nel mercato) da un lato e gara per l'affidamento dei servizi a gestore unico (concorrenza per il mercato), dall'altro, di fatto continuasse a procedersi in una pluralità di ipotesi ad affidamenti diretti.

¹³² Tra le altre, in particolare: a) l'affidamento della gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali in caso di separazione dalla attività di erogazione del servizio; b) il regime derogatorio per il servizio idrico integrato; c) l'affidamento diretto del servizio per i servizi privi di rilievo industriale.

¹³³ Si tratta, evidentemente, del d.l. 30 settembre 2003, conv. con mod. in legge 24 novembre 2003, n. 326.

¹³⁴ Sul punto, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 232-242. Con riferimento all'ordinamento spagnolo, la distinzione tra servizi economici e non economici rende conto di quando (e in che misura) si lascia un'attività al mercato, alla logica del profitto o invece quando (e in che misura) si fa uscire un'attività dal mercato perché questo non viene considerato il migliore meccanismo per ottenere tali servizi e per ottenerli in maniera soddisfacente. Così, E. MALARET GARCIA, *Servizio pubblico*, cit., 298.

¹³⁵ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 234 e segg., cui si rinvia per l'analisi delle possibili interpretazioni della natura economica del servizio.

¹³⁶ La seconda sembra essere la conclusione preferita dalla dottrina. In questo senso, infatti, M. CAMMELLI, *I servizi pubblici*, cit., 24 e segg., G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 974 e segg., e M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2582.

erogazione del servizio), viene in qualche modo ridimensionato il ruolo della gara e dunque del sistema concorrenziale nell'individuazione del gestore.

Si reintroduce, infatti, la società mista, sparita nella precedente versione dell'art. 113 e viene realizzato il ricorso all'istituto dell'*in house*¹³⁷.

In termini generali, dunque, l'intervento normativo del 2003 ha avuto il senso di restituire agli enti locali una più ampia possibilità di scelta tra i diversi modelli gestionali adattabili ciascuno a tipologie differenti¹³⁸.

Sotto altro profilo, già con la riforma del 2001 era sorta la questione della compatibilità della disciplina dell'art. 113 del Testo Unico con il mutato assetto costituzionale delle competenze statali e regionali in materia di servizi pubblici locali¹³⁹.

La ragione era l'assenza dei servizi pubblici locali dagli elenchi di materie contenuti all'art. 117 della Costituzione, che rendeva necessario immaginare un titolo che giustificasse la competenza legislativa sul punto tanto per lo Stato che per le Regioni. Sulla base di tali premesse le Regioni erano ricorse alla Corte contro il nuovo testo dell'art. 113 segnalandone diversi profili di illegittimità¹⁴⁰.

Le conclusioni cui la Corte¹⁴¹ sarebbe pervenuta, erano nel senso della riconduzione della materia dei servizi pubblici locali alla "materia"¹⁴² della tutela della concorrenza, ciò almeno rispetto ai servizi pubblici a rilevanza economica.

¹³⁷ In proposito, è stato osservato che le modifiche introdotte con l'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003 all'art. 113 oltre a riprodurre la formula comunitaria dell'*in house providing* risponderebbero anche all'elaborazione che la giurisprudenza amministrativa italiana ha compiuto del modello dell'affidamento diretto a società a prevalente capitale pubblico locale. J. BERCELLI, *I modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici*, *Foro Amm.- Tar*, 2004, 2664.

¹³⁸ L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 910.

¹³⁹ In proposito, A. ZITO, *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, *Dir. Amm.*, 2003, 387.

¹⁴⁰ Le regioni osservavano, in particolare, come posta la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e dunque la legittima indicazione di principi generali da parte dello stato in tale materia, di fatto il legislatore nazionale era andato ben oltre con ciò evidentemente travalicando qualunque competenza regionale sul punto.

¹⁴¹ Si tratta della nota sentenza n. 272 del 27 luglio 2004, su cui si veda, G. SCIULLO, *Stato, regioni, e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, www.lexitalia.it, n. 7-8, 2004.

¹⁴² Più volte, la Corte si è trovata a sottolineare l'eterogeneità degli elenchi utilizzati dal legislatore costituzionale, nella misura in cui accanto a materie vere e proprie (moneta, difesa e forze armate, ordine pubblico..) ve ne sono altre il cui carattere trasversale fa sì che esse non siano relative ad un solo e specifico ambito materiale ma possano appunto tagliare trasversalmente materie diverse (livelli essenziali, tutela della concorrenza..). Sul punto, R. BIN, *La potestà normativa regionale*, Relazione al Corso monografico, *Gli statuti regionali*, Spisa, Bologna, 2005, dattiloscritto.

Diversamente, infatti, per i servizi privi di rilevanza economica vista l'impossibilità di configurare rispetto ad essi un mercato concorrenziale, la Corte aveva escluso la loro riconducibilità alla competenza esclusiva statale con conseguente abrogazione dell'art. 113 *bis*, ad essi dedicato.

In conclusione, l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali contenuta nel Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali risulta limitata ai soli servizi a rilevanza economica, per i quali l'art. 113 nella sua attuale¹⁴³ versione dispone quanto segue.

In primo luogo, si sancisce il carattere integrativo delle disposizioni dell'art. 113 del Testo Unico rispetto alle discipline di settore e la sottrazione all'applicazione della disciplina generale dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale.

Vengono poi confermati, come si anticipava, due dei principi cardine della riforma del 2001, vale a dire quello della proprietà pubblica dei beni essenziali alla produzione del servizio e della separazione tra attività di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali dall'erogazione dei servizi.

Nello specifico, la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, qualora risulti separata dalla gestione del servizio viene svolta per mezzo di a) società di capitali a totale partecipazione pubblica¹⁴⁴ e di b) imprese idonee da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica.

Ma è probabilmente rispetto all'attività di erogazione del servizio che l'andamento oscillante degli interventi normativi di riforma del settore risulta più evidente.

¹⁴³ Va detto che con l'art. 4, co. 234 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (finanziaria per il 2004) all'art. 113 era stato aggiunto il comma 5 *ter* che prevedeva che in ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'art. 24 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 e all'art. 143 del regolamento di cui al d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554. Qualora la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi sia stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete sia l'esecuzione dei lavori connessi. Qualora, invece, la gara abbia avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente.

¹⁴⁴ A tali società precisa la lett. a) del comma 4 dell'art. 113 può essere affidata direttamente l'esercizio di tale attività a condizione che gli enti esercitino su tali società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che tali società esercitino la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. In proposito, con la riforma del 2003 si è precisato che deve trattarsi di società a integrale partecipazione pubblica e non solo a maggioranza di capitale pubblico come nelle originarie modifiche del l'art. 113 del Testo Unico si precedeva.

Rispetto alla riforma del 2001, venuto meno il riferimento esplicito “allo svolgimento dell’attività di erogazione del servizio in regime di concorrenza”, viene ampliata, come si anticipava, la gamma di soluzioni organizzative¹⁴⁵ a disposizione dell’ente locale, che va da un modello di concorrenza per il mercato, ad una formula associativa mista ad una vera e propria ipotesi di “interiorizzazione” del servizio, consistente nell’affidamento a soggetti legati all’ente da un rapporto di delegazione interorganica¹⁴⁶.

Altra disposizione singolare, che in qualche modo rafforza la sensazione di incertezza che ha caratterizzato la complessiva attività di riforma del sistema da parte del legislatore è quella del comma 5 *bis*¹⁴⁷, secondo cui le normative di settore possono... introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati, come a suggerire l’idea che la piena concorrenzialità del sistema non venga, di fatto, garantita dalla previsione precedentemente analizzata relativa alle modalità di svolgimento dell’attività di erogazione del servizio¹⁴⁸.

Ancora, poi, l’attuale versione dell’art. 113 contiene una puntuale disciplina dello svolgimento delle gare attraverso le quali dovrà selezionarsi il gestore del servizio. Disciplina, peraltro, censurata dalla Corte Costituzionale con la ricordata sentenza n. 272 del 2004, nella parte in cui disciplinando in maniera dettagliata e puntuale gli elementi necessari per l’aggiudicazione della gara avrebbe compresso l’autonomia regionale¹⁴⁹. Altre disposizioni dell’art. 113 disciplinano infine la scadenza degli affidamenti e la definizione del regime transitorio¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Si tratta più specificamente di: a) società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedura di evidenza pubblica; b) società a capitale misto pubblico privato, nelle quali il socio privato venga selezionato mediante procedure ad evidenza pubblica; c) società a capitale interamente pubblico, a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano. A tale disposizione va poi collegata quella del comma 6, che elude dalle gare per l’erogazione del servizio le società che in Italia o all’estero gestiscano servizi in virtù di affidamenti diretti o procedure non ad evidenza pubblica, e relative controllate, collegate a queste ultime e ancora i soggetti cui sia affidata la gestione delle reti a norma del comma 4.

¹⁴⁶ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 266.

¹⁴⁷ Anche in questo caso si tratta di norma introdotta dall’art. 14 del d.l. n. 269 del 2003.

¹⁴⁸ M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., 219.

¹⁴⁹ Sul tema, G. SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali*, cit.

¹⁵⁰ Si tratta segnatamente dei commi 8 e 9 (rispetto alla durata e scadenza degli affidamenti) e 15 *bis*, *ter* e *quater* per la definizione del regime transitorio. Su tali profili, come si diceva, sono poi successivamente intervenute la legge n. 350 del 2003 (finanziaria per il 2004) e la finanziaria per il 2006 e il d.l. 30 dicembre 2005 n. 273 (“mille proroghe”) rispettivamente per il settore dei trasporti e delle risorse idriche e dl gas naturale. Sulla ricostruzione della disciplina della scadenza degli affidamenti e della definizione del regime transitorio si rinvia a G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 273-277 e A. VIGNERI, *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali*, cit.,

Come si vede, allora, i molteplici e contraddittori interventi di riforma del settore dei servizi pubblici ne rappresentano e in qualche modo forse accentuano gli elementi di incertezza e instabilità.

Lo stato delle cose sembra, peraltro, destinato a rimanere tale e la normativa in materia di servizi pubblici locali ancora lontana da un definitivo assestamento¹⁵¹, anche perché il sistema così come attualmente si presenta suscita non poche perplessità sia per la sua coerenza interna che per quella rispetto all'ordinamento comunitario.

D'altra parte, andrà valutata la reale incisività del ruolo regionale in materia, circostanza questa che ad ogni modo contribuisce a rendere l'immagine del sistema servizi pubblici locali che si è cercato di descrivere ancora più nebulosa.

5. *Servizio pubblico e società locali: la storia infinita.*

Prima di descrivere le caratteristiche essenziali e il funzionamento dello strumento delle società a partecipazione pubblica, occorre soffermarsi ancora un momento sulla disciplina dei servizi pubblici locali.

Sono due le ragioni per farlo; l'approvazione della legge 4 agosto 2006¹⁵², n. 248 di conversione del decreto 223/06, (c.d. "decreto Bersani") e la predisposizione di un disegno di legge (n. S772) recante delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali¹⁵³.

Si tratta di atti diversi. Il primo, nel quadro di disposizioni finalizzate al rilancio economico e sociale per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, si occupa all'art. 13 anche di affidamenti *in house* e di servizi pubblici locali¹⁵⁴.

L'altro, rappresenta l'ultima tappa (al momento) della tormentata vicenda che ha investito il sistema dei servizi pubblici locali negli anni scorsi e della quale si è dato conto nelle pagine precedenti.

¹⁵¹ Anche la legge finanziaria 2006 e il d.l. 30 dicembre 2005, n. 373 (decreto "mille proroghe") contengono alcune novità in materia di servizi pubblici regionali e locali, in particolare per quanto riguarda il tema della durata degli affidamenti e di ambito di applicazione del sistema dell'affidamento *in house* relativamente al settore dei trasporti e del ciclo dei rifiuti e idrico. Sul tema A. VIGNERI, *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali*, cit.

¹⁵² La legge è pubblicata in G.U. n. 186, 11 agosto 2006, Suppl. Ord. 183.

¹⁵³ Il testo non ufficiale del disegno di legge presentato il 7 luglio 2006 è consultabile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁵⁴ In realtà, il decreto Bersani, anche nella versione definitiva, interviene in tema di servizi pubblici locali anche all'art. 15 ("*Disposizione sulla gestione del servizio idrico integrato*"), che dispone che all'articolo 113, commi 15-*bis* e 15-*ter*, del *testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000*, n. 267, le parole: «31 dicembre 2006» sono sostituite dalle seguenti: *31 dicembre 2006, relativamente al solo servizio idrico integrato al 31 dicembre 2006*.

L'impressione¹⁵⁵ che però sia il decreto Bersani che il disegno di riforma dei servizi pubblici locali (peraltro contemporanei) suscitano, ciascuno con le proprie peculiarità, è quella di un ridimensionamento dell'ambito di operatività e dell'incidenza delle società costituite dagli enti locali nell'esercizio di funzioni e nella produzione di servizi.

Per giustificare tale impressione è necessario analizzarli separatamente.

Nella sua versione definitiva, l'art. 13 del decreto Bersani ("Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza") al primo comma dispone che, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti.

Ciò vuol dire, prosegue l'art. 13, che tali società non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.

Il principio che ispira la norma è chiaro; la tutela della concorrenza e della parità tra gli operatori, nel rispetto dei quali viene limitata la capacità di azione delle società costituite dagli enti locali, indipendentemente, tra l'altro, dal fatto che la partecipazione pubblica al capitale sociale sia o meno totale.

Ad una prima lettura, però, la norma solleva una serie di problemi interpretativi e pone una serie di domande.

¹⁵⁵ Di diverso avviso, R. MANGANI, *Il Decreto Bersani risuscita l'in house?*, www.giustamm.it, secondo cui la disposizione contenuta nell'art. 13 avrebbe il senso di indicare agli enti locali a quali condizioni il ricorso al sistema *in house* sarebbe legittimo (in particolare sotto il profilo della prevalenza dell'attività) e dovrebbe condurre verso una vera e propria "resurrezione" dell'istituto.

La prima; la più importante. E' giustificabile in via di principio la limitazione della capacità di un soggetto privato¹⁵⁶, in vista di una migliore (si pensa) tutela di principi di rilievo primario?

Sarà affrontato in seguito il tema della natura delle società partecipate da enti pubblici e delle questioni relative all'individuazione della disciplina ad esse applicabile; ma si può subito dire che la dottrina e la giurisprudenza (ordinaria) si sono più volte espresse nel senso di qualificare tali società "private", come tali sottoposte alla disciplina codicistica, salve le deroghe espressamente previste dal legislatore.

In questo senso, allora, la prescrizione dell'art. 13 colpisce duramente il sistema delle società locali sia in una prospettiva teorica, perché ne rende incomprensibile la ricostruzione (sono società, che però non possono agire come se lo fossero), che in quella più strettamente applicativa.

Poco senso avrebbe per l'ente locale e ancor più per un privato partecipare ad una società così duramente condizionata nel suo campo d'azione e nelle sue scelte imprenditoriali¹⁵⁷.

Ciò che colpisce, poi, è anche il carattere di "discriminatorio" di una disposizione, che persegue dichiaratamente proprio l'obiettivo di assicurare la parità agli imprenditori¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Tradizionalmente, tale questione si è posta rispetto al tema dei limiti dell'attività extraterritoriale delle società a partecipazione pubblica e la soluzione (giurisprudenziale) era stata nel senso di riconoscere la capacità della società di agire oltre i confini dell'ente, nella misura in cui ciò non costituisse una detrazione di risorse per la gestione del servizio in favore della collettività di riferimento (così in particolare il Consiglio di Stato, sez. V, nella nota pronuncia del 3 settembre 2001, n. 4586, in *Cons. Stato*, 2001, 1, 1949). In generale, sul tema dell'extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica, M. DUGATO, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1051 e segg.; F. GOISIS, *I limiti all'attività extramoenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 560 e segg.; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 430-445; M.A. QUAGLIA, *La Corte costituzionale e l'extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica*, *Riv. trim. app.*, 2003, 715 e segg.; ROSSI G., *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in F. TRIMARCHI, (a cura di), *Le società miste degli enti locali*, cit.

E. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative a confronto*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 777 e segg.; E. STICCHI DAMIANI, *L'attività extramoenia delle società a capitale pubblico privato nella gestione dei servizi locali. Previsioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, www.giustamm.it; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2001, 206-228. La legittimazione all'attività extraterritoriale per le società miste viene confermata ancora di recente da alcune pronunce del giudice amministrativo; tra le altre: Tar Lazio, sez. Latina, 4 agosto 2006, n. 595 del 2006 (www.dirittodeiservizipubblici.it) e Tar Puglia, Lecce, sez. I, 23 giugno 2006, n. 3533, (www.dirittodeiservizipubblici.it) nella quale ci si richiama al pregiudizio della collettività locale di riferimento come limite all'azione extraterritoriale della società.

¹⁵⁷ Suscita perplessità, peraltro, l'idea che, ad esempio, società regionali non possano erogare prestazioni a favore di collettività meno ampie (provinciali, comunali). In questi termini, S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni*, cit.

¹⁵⁸ Paradossalmente, osserva, M. R. SPASIANO, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, www.giustamm.it, l'art. 13 penalizzerebbe quelle tra le società locali, che proprio in virtù della propria capacità imprenditoriale siano in grado di partecipare e vincere gare fuori dai confini degli enti di riferimento.

Perché imporre le limitazioni che si sono dette solo alle società a partecipazione regionale o locale? Che dire, allora, di quelle statali?¹⁵⁹

Ancora. Una disposizione del tipo di quella contenuta al comma 1 dell'art. 13 sarebbe stata forse più comprensibile se la si fosse riferita solo alle c.d. società *in house*.

Se si accoglie l'idea, (sulla quale si tornerà più ampiamente nel capitolo III), che tali società rappresentino una modalità organizzativa dell'ente locale, rispetto alla quale il beneficio dell'affidamento diretto si giustifica solo al ricorrere dei rigorosi requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria e dalla legge, si potrebbe anche pensare che la specificità di tali società possa in qualche modo giustificare un trattamento differenziato.

L'art. 13, invece, sembra dar vita ad una nuova tipologia societaria (le definisce ad "oggetto sociale esclusivo")¹⁶⁰, che ben poco sembra aver a che vedere con le società disciplinate dal codice civile.

In proposito, l'unica spiegazione plausibile può essere che il riferimento all'oggetto sociale esclusivo abbia il senso di consentire la migliore selezione del gestore in sede di gara per l'affidamento del servizio.

In altre parole, l'individuazione di un oggetto sociale esclusivo avrebbe il vantaggio di agevolare la più puntuale definizione dei requisiti di cui la società incaricata del servizio deve disporre.

Sullo sfondo, poi, la disciplina delle società locali introdotta con il decreto Bersani rasenta i limiti dell'illegittimità costituzionale; per esempio per il contrasto delle sue disposizioni con il disposto dell'art. 41 della Costituzione¹⁶¹.

Per il resto, la norma presenta non pochi punti di ambiguità, che lasciano agli interpreti il difficile compito di chiarirne il contenuto. La più grave¹⁶² è stata corretta¹⁶³ in sede di conversione del decreto, quando, sono state escluse dall'ambito di applicazione della norma le società per la gestione dei servizi pubblici locali.

¹⁵⁹ Dello stesso avviso, S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, www.giustamm.it.

¹⁶⁰ Va ricordato che la definizione dell'oggetto sociale nella disciplina societaria presenta non poca rilevanza ad esempio in sede di omologazione dell'atto costitutivo o di poteri degli amministratori. E' evidente, allora, quanto pesi l'interpretazione di questo aspetto dell'art. 13. In proposito, sembra più convincente l'idea che l'esclusività dell'oggetto sociale debba servire a rafforzare il vincolo di operatività di tali società solo nei confronti degli enti di riferimento.

¹⁶¹ Lo sottolinea G. GUZZO, *Affidamenti in house: dl "Bersani" e ddl di delega n. S-722 del 4 luglio 2006 tra Costituzione e giurisprudenza comunitaria*, www.dirittodeiservizipubblici.it

¹⁶² Si v., in proposito, le considerazioni di L. MANASSERO, *Profili problematici dell'art. 13 del d. l. 4 luglio 2006, n. 223 in tema di affidamenti in house*, su www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁶³ Lo precisa lo stesso autore sopra citato in un contributo successivo dal titolo, *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani come convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, con particolare riferimento agli effetti sull'attività delle società pubbliche locali*, su www.dirittodeiservizipubblici.it.

D'altra parte, l'ambito di applicazione della norma non può dirsi, neppure in seguito alle correzioni apportate in sede di correzione, facilmente individuabile.

Non è chiaro, ad esempio, se debbano ritenersi soggette all'applicazione della norma le società che gestiscono servizi pubblici, nel caso in cui abbiano successivamente assunto per gli enti soci la gestione di appalti di servizi, lavori o forniture.

Ancora, potrebbe pensarsi che la formulazione seguita in sede di conversione non abbia altro significato se non quello di escludere per le società incaricate della gestione di servizi pubblici, l'insieme di attività ad essi direttamente riconducibile, con la conseguenza che per le rimanenti attività (solo strumentali alla produzione del servizio) tali società rimangano in ogni caso soggette alle disposizioni in esame.

Evidentemente, la soluzione prescelta comporta una restrizione più o meno significativa dell'ambito di operatività delle società a partecipazione locale non priva di effetti, anche a voler escludere il riferimento alle società per la gestione dei servizi pubblici¹⁶⁴.

Non meno problematico è il comma 3 dell'art. 13 dedicato alle conseguenze derivanti dall'entrata in vigore della norma¹⁶⁵, in particolare laddove prevede la severa sanzione della nullità per i contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2¹⁶⁶.

Restano validi, conclude, infine, l'art. 13, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione perfezionate prima della predetta data¹⁶⁷.

E' possibile, a questo punto, dar conto dell'altro elemento di novità nel panorama dei servizi pubblici locali che si richiamava in apertura di §. Si allude naturalmente alla presentazione di un disegno di legge

¹⁶⁴ Si noti che l'esplicita esclusione delle società che gestiscono servizi pubblici non riduce il grado di incisività delle disposizioni dell'art. 13 sul panorama delle società locali. Viene da pensare in particolare alle società di trasformazione urbana, che si sono già richiamate in precedenza.

¹⁶⁵ Le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tal fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza *pubblica*, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi.

¹⁶⁶ E' vero, peraltro, che rispetto alla precedente versione del decreto viene inserita una clausola di salvezza per i contratti "conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione perfezionate prima della predetta data".

¹⁶⁷ Si tratta di una correzione adottata in sede di conversione, nel senso di una gestione più equilibrata della fase transitoria di applicazione del decreto.

concernente la delega al governo per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica¹⁶⁸.

Il progetto di riforma in esso contenuto, oltre a ribadire alcuni dei principi cardine dei precedenti interventi di riforma del settore¹⁶⁹, cerca di riaffermare ancora una volta il principio della gara, come strumento generale di affidamento del servizio¹⁷⁰, relegando ad ipotesi eccezionali sia il ricorso alle società *in house* che quello alle società miste¹⁷¹.

In particolare, secondo la prima formulazione utilizzata nel disegno di legge, l'utilizzo (sempre eccezionale) delle prime sarebbe legittimo al verificarsi dei requisiti in tal senso previsti dalla legge; il ricorso alle seconde sarà subordinato, invece, a particolari situazioni di mercato ed alla circostanza che il socio venga scelto secondo modalità di selezione (procedure ad evidenza pubblica), direttamente connesse alla gestione ed allo sviluppo degli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento¹⁷².

La generalizzazione del principio della gara¹⁷³ per l'affidamento del servizio viene poi sorretta da ulteriori principi ai quali dovrà attenersi la

¹⁶⁸ Il disegno di legge contiene sia la delega alla riforma dei servizi pubblici locali che delega per l'adozione di misure finalizzate alla tutela degli utenti dei servizi pubblici locali; ai principi contenuti in quest'ultima si accennerà nel corso del capitolo IV.

¹⁶⁹ All'art. 1 oltre al richiamo ai principi di sussidiarietà, concorrenza, leale collaborazione, libera prestazione dei servizi, viene ribadito il principio per cui rientrano tra le funzioni fondamentali dei comuni le attività finalizzate al soddisfacimento dei bisogni generali della collettività, ma tali funzioni dovranno essere esercitate, ove possibile, attraverso misure regolative, non dunque direttamente di gestione.

¹⁷⁰ In particolare, nell'art. 2 del disegno di legge si delega il governo a riformare l'art. 113 in modo da assicurare:

a) che l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica fatta salva la proprietà pubblica delle reti e degli altri beni pubblici strumentali all'esercizio, nonché la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici;

b) che solo eccezionalmente sia consentito l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento *in house*;

c) che l'affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata sia consentito ove si riveli necessario da particolari situazioni di mercato.

Opportunamente, poi, l'art. 2 del disegno di legge individua come finalità da assicurare in particolare quella dell'armonizzazione della normativa in materia di servizi pubblici locali e della limitazione secondo proporzionalità, sussidiarietà e razionalità i casi in cui di denegato ricorso al mercato, liberalizzando le altre attività di prestazione di servizi di interesse economico generale.

¹⁷¹ Sono note, peraltro, le difficoltà incontrate dal disegno di legge nell'iter di approvazione a causa delle resistenze manifestate dai comuni e da alcune forze politiche, che hanno condotto all'approvazione di emendamenti tesi a riconoscere la possibilità per i comuni di ripristinare l'istituto della gestione diretta e in qualche modo mantenere in vita, sia pur a particolari condizioni, la gestione *in house*.

¹⁷² In tali casi come si precisa anche nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge l'ente locale dovrà anche adottare e pubblicare secondo modalità idonee il programma volto al superamento, entro un arco temporale definito, della medesima situazione di mercato.

¹⁷³ Nella Relazione lo si definisce l'"architrave" della nuova disciplina

nuova disciplina dei servizi pubblici locali; la richiesta di una motivazione adeguata da parte dell'ente locale, alla stregua di valutazione ponderata, delle ragioni che impongono di ricorrere alla società mista o *in house*; il compimento di una preventiva analisi di mercato, soggetta a verifica da parte delle Autorità nazionali di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti per settore, ovvero, ove non costituite, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ove si dimostri l'inadeguatezza dell'offerta privata e si attesti la necessità del ricorso alla gestione diretta.

I criteri per l'esercizio della delega contenuti nel disegno di legge richiamano, chiarendolo, quanto disposto dall'art. 13 del decreto Bersani, nella misura in cui precisano che: a) le società *in house* non possono svolgere, né in via diretta, né partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati; b) i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, non possono acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza¹⁷⁴.

Sembra, dunque, che anche la futura riforma dei servizi pubblici locali, qualora avesse séguito, sarà nel senso di limitare l'ambito di operatività delle società locali sotto due profili.

L'affidamento del servizio dovrebbe avvenire *normalmente* a seguito di gara per la selezione del gestore; in ogni caso i soggetti affidatari diretti non possono acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti diversi da quello di pertinenza.

Pur condivisibile nei principi che postula, il disegno di legge in esame sembra lasciare aperte possibilità di un utilizzo delle società miste forse più ampie di quelle auspiccate, nella misura in cui ne legittima il ricorso ove ciò sia reso necessario *da particolari condizioni di mercato*.

Occorrerà verificare, in proposito, in che modo i meccanismi delineati dal disegno di legge (valutazione ponderata, analisi di mercato preventiva..) saranno disciplinati in sede di attuazione della delega e se risulteranno effettivamente efficaci.

In proposito, non può trascurarsi poi che al disegno di legge sono stati proposti alcuni emendamenti, in accoglimento dei pareri espressi dalla Conferenza Unificata e dall'Anci, secondo i quali ancora una volta si compirebbe un passo indietro rispetto a quanto in prima battuta sostenuto, nel senso di lasciare agli enti locali una più significativa autonomia organizzativa da esercitarsi attraverso il ripristino delle

¹⁷⁴ Fa eccezione il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla gestione di servizi affidati secondo procedure ad evidenza pubblica, ove evidenziati da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale.

gestioni dirette e l'eliminazione del presupposto dell'eccezionalità per il ricorso al modello *in house*.

Nel continuare a dibattersi tra l'aspirazione al mercato e le resistenze degli enti locali il legislatore non sembra riuscire a sciogliere il nodo della relazione tra mercato e autonomia locale nel settore dei servizi pubblici.

Le questioni che hanno animato il dibattito degli anni scorsi sul tema rimangono per lo più insolute. Lo sforzo del legislatore statale di introdurre una disciplina organica¹⁷⁵ della materia, che possa finalmente far giustizia dello stato di costante incertezza interpretativa che caratterizza il settore lascia perplessi sotto la diversa prospettiva della evidente limitazione dell'autonomia degli enti nella scelta delle modalità più idonee all'efficiente erogazione del servizio.

Ma ciò che più conta, rimane solo sullo sfondo il tema del conflitto di interessi tra ente che regola ed ente che gestisce, dalla quale probabilmente ogni altra questione in tema di forme e modalità di gestione del servizio dipende.

¹⁷⁵ Attuali e noti, peraltro, i dibattiti a proposito dell'opportunità dell'inserimento del servizio idrico nella disciplina generale.

CAPITOLO SECONDO

Le società a partecipazione pubblica dalla categoria generale alle forme microtipiche. L'individuazione delle regole tra codice civile e regimi speciali.

SOMMARIO: - 1. Le società a partecipazione pubblica nelle ricostruzioni dottrinali. - 2. Le privatizzazioni e la “questione” delle regole: il dibattito sul rapporto tra natura del soggetto e regime giuridico - 3. Le soluzioni della giurisprudenza: il criterio “formale”. Dalla natura del soggetto alla disciplina applicabile - 4. Il criterio “sostanzialistico”. Dalla privatizzazione degli enti alla privatizzazione dei soggetti: l'approccio del giudice amministrativo. - 5. Il criterio della provenienza delle risorse utilizzate. La definizione dei confini tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria - 6. Le società a partecipazione pubblica dopo la l. n. 15 del 2005 - 7. Autonomia regionale e società a partecipazione pubblica. Il limite del diritto privato nella giurisprudenza della Corte costituzionale. - 8. Ancora a proposito delle “regole”: qualche conclusione.- 9. Le “*societades mercantiles*” per la gestione dei servizi pubblici locali in Spagna.

1. Le società a partecipazione pubblica nelle ricostruzioni dottrinali.

Nel capitolo precedente si sono richiamate, sia pur sinteticamente, le principali questioni che hanno accompagnato negli anni scorsi il ricorso a società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici locali, nella convinzione che ciò potesse essere utile ad illustrare le ragioni e cogliere le implicazioni del dibattito sulla normativa ad esse applicabile e sul loro funzionamento.

Punto di partenza delle osservazioni che verranno svolte nelle pagine che seguono è che l'espressione “società a partecipazione pubblica”¹⁷⁶ indica un fenomeno non omogeneo ed anzi estremamente vario e diversificato.

¹⁷⁶ In senso ampio, si è ritenuto di poter qualificare come società pubblica non solo quelle strutture societarie a partecipazione pubblica, ma anche quelle soggette ad una particolare influenza da parte di un ente pubblico in virtù di una relazione contrattuale o anche in ragione dell'attribuzione all'ente pubblico della nomina di uno o più amministratori indipendente dalla titolarità di partecipazioni azionarie. Sul punto, C. IBBA, *Società pubbliche e diritto societario*, Riv. soc., 2005, 2.

La circostanza che un ente pubblico sia titolare di una partecipazione in una società di tipo capitalistico non è, infatti, sufficiente ad individuare le regole in concreto applicabili¹⁷⁷.

Si tratta di un'affermazione che può trovare agevole conferma nell'analisi delle eterogenee ipotesi di partecipazione di un ente pubblico ad una società di capitali¹⁷⁸.

Una prima significativa differenza riguarda le modalità di costituzione delle società. In alcuni casi, è il legislatore stesso a modellare direttamente con propri provvedimenti l'istituto societario, imponendo "coattivamente" la costituzione di società¹⁷⁹ o dotandole, a seguito della loro costituzione¹⁸⁰ (avvenuta secondo la modalità contrattuale), di statuti "speciali", che rendono tali società quasi irriconoscibili e in ogni caso profondamente distanti dal modello generale, come si sarebbe presentato in assenza dell'intervento normativo¹⁸¹.

In altri, le società rimangono di fonte contrattuale e tuttavia presentano un regime per certi aspetti derogatorio rispetto a quello di diritto comune, in virtù di espresse disposizioni di legge che ne disciplinano direttamente il funzionamento¹⁸².

¹⁷⁷ A. ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1.

¹⁷⁸ Si v. in proposito i risultati di una ricerca condotta dal Centro di consulenza giuridica della Facoltà di giurisprudenza Roma Tre, illustrati da G. ROSSI, *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, *Serv. Pubbl. e App.*, 2006, 185 e segg.

¹⁷⁹ E' il caso, ad esempio, dell'art. 7 del d.l. 15 aprile 2002, n. 63 convertito nella l. 15 giugno 2002, n. 112, sulla Patrimonio s.p.a.. Sul tema, A. MARI, *La Patrimonio dello Stato S.p.a.*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 820 e segg.; G. NAPOLITANO, *Il patrimonio dello Stato S.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, *Annuario AIPDA 2003*, Milano, 2004, 251 e segg.; G. OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 495 e segg.; A. SERRA, *Scip, Patrimonio s.p.a., Infrastrutture s.p.a.: le società oer la valorizzazione dei beni pubblici. L'impatto sul regime dei beni trasferiti*, *Aedon*, 2, 2005.

¹⁸⁰ L'ipotesi è quella relativa alla società per il finanziamento delle infrastrutture, dell'art. 8, d.l. 63 del 2002, convertito nella l. 112 del 2002, secondo cui "La Cassa depositi e prestiti è autorizzata a costituire, anche con atto unilaterale, una società finanziaria per azioni denominata "Infrastrutture s.p.a."; non si applicano le disposizioni dell'art. 2362 del c.c. La società ha sede a Roma. Il capitale iniziale è pari a euro 1 milione, da versare interamente all'atto della costituzione..." Sul tema, M. DUGATO, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.a.*, *Annuario AIPDA 2003*, cit., 119 e segg. Ancora alla categoria delle società a partecipazione pubblica la cui costituzione viene autorizzata *ex lege* appartiene anche Arcus s.p.a. (art. 10, l. 8 ottobre 1997, n. 352 come modificato dall'art. 2 della l. 16 ottobre 2003, n. 291). Sul tema, C. BARBATI, *Arcus s.p.a.: il modello societario*, *Aedon*, 2, 2005.

¹⁸¹ Nel primo caso la dottrina parlava di società legali (espressione che evoca l'idea della legge quale fonte del rapporto societario e l'esistenza di un vincolo legale in ordine alla costituzione della società) e nel secondo di società legificate (società di fonte contrattuale, per le quali viene predisposto in via legislativa uno statuto *ad hoc*). Per una disamina delle problematiche e della casistica cui darebbero luogo tali tipologie, C. IBBA, *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1 e segg. e *amplius* in ID., *Le società "legali"*, Torino, 1992, *passim*. Sul tema, di recente, M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, *Dir. Amm.*, 2005, 391 e segg.

¹⁸² E' il caso che qui principalmente interessa delle società costituite dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici, del quale ci si occuperà specificamente nei capitoli seguenti. D'altra parte il codice civile prevede, com'è noto, una disciplina speciale in via generale per le società con partecipazione dello Stato e degli enti pubblici e per le società di interesse nazionale

Ciò premesso, nel riproporre i termini del dibattito sulla disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica, non verrà affrontato compiutamente il tema delle società c.d. “legali”¹⁸³, rispetto alle quali è la legge stessa a definire direttamente caratteristiche e funzionamento e dunque la disciplina applicabile, salvo evidentemente il rinvio alle disposizioni del codice civile non espressamente derogate o non incompatibili con l’origine legale degli enti.

Rimane però interessante, anche ai nostri fini, il tema della loro qualificazione come società o piuttosto come enti pubblici; conclusione questa che risente, inevitabilmente, del grado di flessibilità che si intende attribuire all’istituto societario.

Proprio sul ruolo delle società come strumento per la realizzazione delle finalità più varie ci si soffermerà nelle pagine che seguono.

Il percorso che si seguirà può essere descritto come segue. In primo luogo, verranno richiamate le posizioni della dottrina tradizionale, per ricordare le problematiche che hanno caratterizzato il ricorso da parte di enti pubblici a società per azioni e verificare se possano oggi considerarsi risolte.

In un secondo momento, verrà condotta una rassegna delle pronunce giurisprudenziali, per poi valutare, in conclusione, come vada risolta la questione della disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica.

In questo senso, particolare attenzione verrà dedicata alla questione della “natura” delle società a partecipazione pubblica, con l’obiettivo di dimostrare la sterilità delle ricostruzioni che tendono a farne il presupposto per l’applicazione di un determinato regime giuridico.

Ad avviso di chi scrive, infatti, pur ammettendosi una flessibilità della formula societaria che ne legittima l’uso generalizzato, (pur senza disconoscerne i tratti essenziali), ha poca utilità partire dalla natura del soggetto per arrivare alla disciplina ad esso applicabile.

L’individuazione della natura dei soggetti in questione è, infatti, come si vedrà, operazione di per sé sterile; non produce esiti univoci e muove da principi della cui solidità può dubitarsi.

Più razionale ci pare, invece, ricercare il complesso delle regole rilevanti ai fini degli interessi di volta in volta perseguiti dal soggetto.

In questo modo, verrebbero salvaguardate le esigenze considerate meritevoli di tutela e allo stesso tempo le caratteristiche tipologiche del soggetto.

(artt. 2449; 2450; 2451).

¹⁸³ Secondo C. IBBA, *Società legali*, cit., 8-9, se è probabile che le società legali, vale a dire “quegli enti situati ai confini dell’area societaria, la cui costituzione sia stata prevista e in qualche modo sollecitata da un apposito intervento legislativo...” sono società a partecipazione pubblica, non è vero il contrario e cioè che ogni società a partecipazione pubblica è una società legale, con la conseguenza che le due tipologie vanno tenute distinte, dando luogo a problematiche differenti.

Così, allora, e lasciando da parte le ipotesi in qualche modo “estreme” delle società “speciali”¹⁸⁴ o “anomale”¹⁸⁵, direttamente disciplinate da leggi *ad hoc*¹⁸⁶, ciò che sembra meritevole di particolare attenzione è la misura dell’ampliamento del ruolo della società¹⁸⁷, che segue un’evoluzione il cui esito sembra la creazione di una pluralità di patrimoni separati per uno stesso soggetto¹⁸⁸.

Diversamente, invece, rispetto alle società costituite o partecipate dagli enti pubblici in base a disposizioni di legge ma secondo il modello prefigurato dal codice civile¹⁸⁹, occorrerà intendersi sulla disciplina applicabile *de residuo* e in particolare verificare, se ed in che misura, sia ad esse applicabile un regime pubblicistico.

Pur ritenendo pacifico, da un lato, il rinvio alla disciplina codicistica per gli aspetti non espressamente derogati dal legislatore¹⁹⁰, nondimeno,

¹⁸⁴ La dottrina è solita intendere per società speciali o di diritto speciale quelle ipotesi in cui la società manchi di alcuni dei requisiti essenziali della fattispecie generale (identificabili nello scopo di lucro, nel requisito della pluralità delle parti). C. IBBA, *Società legali*, cit. 13; G. MARASA, *Società sportive e società di diritto speciale*, *Riv. soc.*, 1982, 493 e segg.; G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.

¹⁸⁵ L’attributo viene riservato da alcuna dottrina (G. MARASA, *Società speciali e società anomale*, *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1) a quelle società generalmente definite speciali e per le quali appunto manchi uno dei requisiti tipici dell’istituto societario. Secondo tale impostazione sarebbero invece speciali, in accordo col concetto di specialità in teoria generale, quelle società che presentano tutti i requisiti della fattispecie generale più alcuni requisiti specifici.

¹⁸⁶ Per una rassegna della normativa in materia di società legali, P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna della legislazione 1999-2003*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 372 e segg.

¹⁸⁷ Proprio nell’impiego della società per azioni da parte dei pubblici poteri per la partecipazione ad attività economiche, trova manifestazione la più ampia latitudine acquisita dalla società di diritto comune, ugualmente utilizzabile per il perseguimento di privati così come di pubblici interessi. E’ uno degli ambiti nei quali si manifesta il più generale processo all’oggettivazione del diritto privato, le cui norme possono essere applicate in misura sempre maggiore prescindendo dalla rilevanza pubblica o privata dell’attività e degli interessi tutelati, nonché dalla natura pubblica o privata del soggetto agente. Così, F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1966, 282-283.

¹⁸⁸ Così scriveva T. ASCARELLI, già nel 1930, *Simulazione e nuove funzioni nelle società anonime*, *Giur. Ita.*, 1930, Vol. LXXXII, 283.

¹⁸⁹ Alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici il codice civile dedica, come si sa, solo poche disposizioni (2449-2451) e ciò non per una scarsa attenzione al fenomeno, quanto perché “lo scopo era quello di assoggettare le società in mano pubblica, salvo quanto disposto dalle deroghe espressamente previste dal codice, alla medesima disciplina applicabile alla società in mano privata”. Sono parole di F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in (dir.) F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 2003, 439.

¹⁹⁰ In questi termini, F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, *Il dir. dell’ec.*, 2004, 614. Peraltro, nella Relazione ministeriale n. 998 si affermava la disciplina comune della società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente. Tale conclusione non sarebbe invece ammissibile per quelle società definite “anomale”, poiché dovrà verificarsi prima la misura dell’anomalia per verificare se la diversità dalla fattispecie generale comporti la disapplicazione della disciplina generale anche per gli aspetti che non sono oggetto della disciplina particolare. Nel caso delle società anomale la divergenza rispetto alla disciplina generale può riguardare ad esempio le parti o la causa del contratto di società. G. MARASA, *Società speciali*, cit., 1-2.

si assiste all'estensione alle società a partecipazione pubblica (soprattutto da parte di alcuna giurisprudenza), di una disciplina pubblicistica sulla base di argomentazioni differenti delle quali si darà conto nelle pagine che seguono.

Ad ogni modo, come si è visto, uno degli aspetti che principalmente hanno interessato la dottrina tradizionale è quello del rapporto tra partecipazione pubblica e contratto di società¹⁹¹.

Prima di considerare le diverse posizioni dottrinali sul punto, è appena il caso di precisare come in generale la presenza di un conflitto di interessi tra i soci, rappresenti un dato immanente alla natura del contratto di società, pur appartenendo quest'ultimo alla categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo.

Ciascuno dei soci è titolare, infatti, un interesse proprio che lo pone in costante conflitto con gli altri. Conflitto risolto proprio attraverso la costituzione della società, che consente ai soci di perseguire i propri interessi particolari, caratterizzati dall'avere tutti un uguale contenuto.

Lo scopo comune perseguito dai soci non starebbe dunque nella realizzazione di un interesse ulteriore rispetto a quelli dei soci, ma nella realizzazione *in comune* degli interessi dei singoli soci¹⁹².

La ricostruzione in esame, in adesione alla teoria contrattualistica¹⁹³ della società, se applicata alle società a partecipazione pubblica, offre spunti utili rispetto alla questione del rapporto tra interesse pubblico, interesse sociale e interessi dei soci, suggerendo l'idea che l'interesse alla cui realizzazione ciascun socio mira è un interesse particolare (che sommato agli interessi particolari degli altri soci determinerebbe l'interesse sociale)¹⁹⁴.

¹⁹¹ Come si è ricordato nel capitolo precedente, punto di partenza del dibattito sulle società a partecipazione pubblica, era la possibilità che il perseguimento di un interesse pubblico fosse o meno compatibile con la struttura tipica del contratto sociale. Ai fini che qui interessano la questione viene analizzata rispetto alle ipotesi di partecipazione diretta alla società da parte di enti strumentali o di enti sottoposti alle procedure di evidenza pubblica (Stato ed enti territoriali), in cui cioè la partecipazione sociale costituisce per l'ente pubblico lo strumento per realizzare precisi intendimenti di interesse collettivo. Ipotesi diversa sarebbe, invece, quella di enti pubblici dotati di un' autonoma sfera di determinazione cui il legislatore assegna compiti da svolgere attraverso l'esercizio di attività di impresa. Sulla distinzione in esame, G. VISENTINI, *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Autonomia privata e funzione*, Milano, 1971, 97 e segg.

¹⁹² G. SENA, *Contratto di società e comunione di scopo*, *Riv. delle società*, 1956, 744.

¹⁹³ Si inserirebbe qui il dibattito sulle concezioni istituzionalistica e contrattualistica della società; la prima delle quali, che ritiene la società una forma giuridica in grado di investire interessi di vario genere tra i quali quello degli azionisti rappresenta solo una delle tipologie possibili, non ha goduto nel nostro ordinamento di particolare fortuna. Su questo, P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, 21. Diversamente invece, per la teoria contrattualistica, lungi dal predeterminarsi il contenuto dell'interesse sociale dovrebbe semplicemente predisporre il procedimento per la sua individuazione, affidando ai soci la realizzazione di questo loro interesse comune. Così, A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, *Riv. soc.*, 1958, 740 e segg.

D'altro canto, la tesi in questione, presenta di fatto, l'inconveniente di attribuire agli interessi particolari dei soci uguale contenuto, con la conseguenza che da tali premesse si potrebbe dedurre che la pubblicità dell'interesse da perseguire da parte del socio pubblico sia incompatibile con la natura degli interessi perseguiti dai soci privati e dunque con la struttura del contratto sociale.

Prima di procedere oltre, è necessario, però, stringere ulteriormente il fuoco d'indagine, lasciando da parte, per il momento, le società ad integrale partecipazione pubblica¹⁹⁵, dal momento che, com'è evidente, in tal caso l'interesse sociale coincide con l'interesse degli azionisti, (meglio dell'azionista) e non è perciò astrattamente rilevabile una situazione di conflitto tra la finalità perseguita dal socio pubblico e quella perseguita dalla società¹⁹⁶.

Due, dunque, (per tornare al tema della relazione tra interesse pubblico e contratto sociale) le questioni su cui gli studiosi si sono principalmente confrontati; la separabilità della finalità lucrativa dallo strumento societario e le possibili modalità di composizione del conflitto tra la pubblicità dell'interesse perseguito dal socio pubblico e gli interessi particolari dei soci privati¹⁹⁷.

La connessione tra le due questioni indicate è evidente; la diversa soluzione data alla prima comporta anche una diversa impostazione della seconda.

Vi era, in proposito e in termini generali, una contrapposizione piuttosto netta tra le posizioni espresse dalla dottrina commercialistica e quelle espresse dalla dottrina pubblicistica.

La prima valorizzava la tipica finalità sociale della realizzazione del maggior utile possibile da ridistribuire tra i soci; finalità in ogni caso

¹⁹⁴ Diversamente, continuando a considerare le società rapporti contrattuali di diritto privato, dovrà ritenersi contraddittorio con la loro stessa natura il perseguimento di interessi diversi da quello comune ai soci. Esclusa dunque la rilevanza di ogni interesse di tipo extrasociale o superiore, l'interesse sociale rimane l'interesse a che siano conseguiti gli utili, interesse dunque alla realizzazione dello scopo della società e come tale comune a tutti i soci. A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., 748.

¹⁹⁵ Veniva osservato, peraltro, come il fenomeno dell'azionariato di Stato sia sorto proprio nell'ambito delle società miste, A. GRAZIANI, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, *Riv. Int. di Sc. Ec. e Comm.*, 1956, 408.

¹⁹⁶ In senso contrario, però, A. ROSSI, *Profili giuridici delle società per azioni*, Milano, 1977, 104-105.

¹⁹⁷ In proposito, osservava G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, *Riv. delle società*, 1958, 51, che nelle società miste l'interesse pubblico è un interesse individuale dell'azionista e che in quanto l'interesse pubblico si realizza attraverso l'esercizio del diritto di voto, ogni limitazione a tale potere ed in particolare ogni limitazione alla libertà di determinare e svolgere col voto il proprio interesse individuale da parte del singolo azionista opera come un limite allo svolgimento dell'interesse pubblico da parte dello Stato azionista.

prevalente rispetto ad altre che rimanevano estranee alla causa sociale, ivi compreso l'interesse pubblico¹⁹⁸.

In altri termini, l'impossibilità di separare la finalità lucrativa dalla causa sociale¹⁹⁹ avrebbe avuto come conseguenza quella di escludere che la pubblica amministrazione, in veste di socio di una società di capitali, potesse perseguire finalità estranee a quelle propriamente lucrative, compresa quella propriamente pubblicistica²⁰⁰.

Tale impostazione muove dall'idea che la scelta dell'ente di ricorrere al modello societario comporti come effetto naturale e inevitabile quello di sottoporsi alla sua disciplina ordinaria e ha il pregio di tentare una razionalizzazione del sistema, secondo una tendenza comune ai giuristi a "ritenere razionale tutto ciò che è reale"²⁰¹, e volta a ricondurre le società a partecipazione pubblica alla categoria alla quale esse naturalmente dovrebbero appartenere.

D'altra parte, la ricostruzione proposta corre il rischio di trascurare le pur significative deviazioni dallo schema-tipo²⁰² che la partecipazione del socio pubblico alla struttura societaria inevitabilmente comporta.

Non si vuol dire, evidentemente, che debbano essere giustificate o addirittura auspicate progressive alterazioni della struttura societaria, quanto piuttosto che ridurre la partecipazione pubblica ad imprese private ad un qualsiasi azionariato equivarrebbe a cogliere del fenomeno solo l'aspetto "morfologico" e non quello "sostanziale"²⁰³.

¹⁹⁸ In questi termini, A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, *Riv. soc.*, 1958, 43 e segg.; A. GRAZIANI, *Partecipazioni pubbliche*, 406; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, *Riv. soc.*, 1958, 725; F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967, 272; G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 93 e segg.

¹⁹⁹ T. ASCARELLI, *Interesse sociale ed interesse comune nel voto*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, 1013 e segg.

²⁰⁰ In realtà, non vi era dubbio che l'ente pubblico solo in casi eccezionali intraprendesse di proposito attività commerciale al fine esclusivo di ricavarne lucro, poiché le ragioni per la costituzione di imprese pubbliche devono essere rintracciate in ragioni di interesse pubblico. Ciò nondimeno anche l'impresa pubblica dovrà uniformarsi al criterio del perseguimento del lucro dovendosi intendere piuttosto... come osservanza del criterio di economicità. V. OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, *Scritti Giuridici*, Vol. II, Milano, 1992, 98.

²⁰¹ Sono parole di G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche "privatizzate"*, *Riv. delle società*, 1994, 740.

²⁰² In particolare, l'ipotesi prevista dall'art. 2450 del c.c. disciplina l'ipotesi in cui l'ente pubblico interviene nella società non con una partecipazione capitalistica, ma riservandosi la nomina di uno o più amministratori o sindaci. Si tratta, in tal caso, di una deviazione notevole dallo schema della società e il carattere pubblicistico del terzo cui viene affidata la nomina di uno o più amministratori o sindaci può giustificare il dubbio che la società conservi...la caratteristica di ente di diritto privato. G. FRE', *Società per azioni*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1997, 729. Di contrario avviso, A. ROSSI, *Profili giuridici*, cit., 252, secondo il quale la partecipazione della P. A. alla società non altera in alcun modo la struttura formale dell'ordinamento sociale, nonostante le deroghe previste dagli artt. 2458 e segg. del c.c.; nel senso che l'atto costitutivo e lo statuto sociale non evidenziano deviazioni di sorta allorché nella società interviene la P.A.

Al contrario, la dottrina pubblicistica si è mostrata in più casi incline ad ammettere una commistione tra interesse pubblico e contratto sociale, cui conseguirebbe, peraltro, la prevalenza del primo sul secondo²⁰⁴, sia pure attraverso percorsi differenti.

Secondo una prima impostazione del problema, conflueno nella finalità pubblicistica nella causa sociale, lo scopo lucrativo sarebbe stato perseguibile solo in quanto non incompatibile con la prima²⁰⁵.

Secondo altra interpretazione, la capacità dell'interesse pubblico (in ogni caso estraneo alla finalità sociale) di imporsi sull'interesse sociale sarebbe derivata da una deroga dettata in tal senso dal legislatore²⁰⁶.

A mediare tra le due differenti ricostruzioni, la tesi di chi²⁰⁷ riteneva che, pur rimanendo quello pubblico l'interesse particolare di un socio, si dovesse interpretare l'interesse sociale in modo più elastico, fino a ricomprendervi non esclusivamente l'interesse alla realizzazione di utili ma una pluralità di scopi, inclusa la finalità propriamente pubblicistica.

Come si vede, le tesi pubblicistiche muovevano dal presupposto della svalutazione o dell'«appannamento»²⁰⁸ dello scopo di lucro nella società a favore di una presunta neutralità²⁰⁹ dello strumento societario, peraltro non confermata dal dato normativo²¹⁰.

²⁰³ Così scriveva M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche*, cit., 267. D'altra parte, autorevole dottrina sottolineava rispetto all'applicazione dell'art. 2362 del c.c. al caso di partecipazioni azionarie comunali come il diritto comune fosse applicabile nei confronti di un socio pubblico nei limiti in cui ciò non contrastasse con la speciale disciplina di diritto pubblico prevista a proposito di quel soggetto. A. ROSSI, *La partecipazione dei comuni a società commerciali e suoi limiti*, *Riv. dir. comm.*, 1958, 37-49.

²⁰⁴ Le partecipazioni pubbliche a società per azioni venivano tradizionalmente spiegate come ipotesi di negozio indiretto, vale a dire, di esercizio di attività di interesse pubblico attraverso una organizzazione ed un patrimonio autonomi e regolati dal diritto privato. O. GIACCHI, *Introduzione al problema giuridico delle partecipazioni economiche dello Stato*, *Riv. soc.*, 1956, 475 e segg. Negli stessi termini, T. ASCARELLI, *Simulazione e funzioni*, cit., 282.

²⁰⁵ In questo senso, in particolare, S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960, 212 e segg., il quale fa derivare la conseguenza richiamata dalla circostanza che la maggioranza delle partecipazioni finisce in mano pubblica in base alla legge istitutiva del Ministero delle Partecipazioni statali (legge 22 dicembre 1956, n. 1589), ma anche S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 192 e segg. A tale impostazione aderiscono però anche G. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa*, cit., spec. 75 e segg.

²⁰⁶ E' la tesi di V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, *Riv. soc.*, 1960, 1025 e segg.

²⁰⁷ Tra gli altri, G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 150 e segg.; G. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, *Arch. giur.*, 1965, 455 e segg.; G. ROSSI, *Impresa pubblica e riforma delle società per azioni*, *Riv. soc.*, 1971, 299; A. PAVONE LA ROSA, *Partecipazioni statali e gruppi di impresa*, in *I gruppi di impresa. Ricerca per uno studio critico*, Bologna, 1982, 191 e segg.

²⁰⁸ Sul tema si v. le considerazioni di F. GALGANO, *Della Società per azioni, Art. 2325-2341-ter, Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro V-Del lavoro*, Bologna, 2006, 21 e segg.

²⁰⁹ Sul tema, in particolare, G. SANTINI, *Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*, *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 155.

²¹⁰ In questi termini, A. ROSSI, *Profili giuridici*, cit., 65 e segg.

Un'impostazione differente della problematica considerata era invece quella di chi²¹¹, sottolineava come, l'ente pubblico, ogni qual volta assume una partecipazione (venendo a far parte di un contratto di società), si vede sottoposto alle regole dell'evidenza pubblica stipulando, di fatto, un contratto strettamente strumentale all'interesse pubblico in tutta la fase costitutiva ed esecutiva del rapporto.

Ciò avrebbe comportato, secondo l'autorevole Autore, la vincolatività del contratto di società per la pubblica amministrazione, solo nel caso in cui esso avesse contenuto clausole per la regolamentazione in via definitiva degli interessi delle parti²¹².

Non sarebbero state invece vincolanti, sempre secondo la dottrina richiamata, quelle clausole relative al solo funzionamento della società, che nulla disponessero rispetto alla prevalenza degli interessi in conflitto²¹³.

All'adesione ad una delle diverse prospettazioni del rapporto tra interesse pubblico e struttura societaria consegua, si diceva, l'ulteriore questione delle modalità di composizione del conflitto tra essi o, il che è lo stesso, delle modalità attraverso cui l'interesse pubblico può imporsi, (nella misura in cui ciò si ritenga ammissibile), sull'interesse sociale²¹⁴.

2. Le privatizzazioni e la questione delle "regole": il dibattito sul rapporto tra natura del soggetto e regime giuridico.

La proliferazione, in corrispondenza dei fenomeni di privatizzazione di cui si diceva, di società fortemente eterogenee rendeva opportuna, nell'impossibilità di individuarne un regime giuridico comune, quanto meno l'individuazione di criteri di applicazione generale²¹⁵.

²¹¹ A. ROSSI, *Profili giuridici*, cit., 26 e 27 e G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 84 e segg.

²¹² Mentre nei contratti di scambio, la composizione degli interessi delle parti si realizzerebbe con l'esecuzione delle prestazioni reciproche in quelli associativi, tra i quali evidentemente anche quello di società, l'interesse delle parti si realizzerebbe attraverso l'esercizio in comune dell'attività economica, la cui natura e le cui concrete realizzazioni solo in modo astratto e impreciso sono fissate dal contratto e che si fisseranno in modo effettivo solo durante lo svolgimento del rapporto. A. ROSSI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 7. Viene ripresa in proposito la distinzione tra norme materiali (solo quelle che disciplinano in via definitiva gli interessi delle parti) e norme strumentali le altre.

²¹³ E' evidente come l'aspetto problematico di tale ricostruzione sarebbe poi distinguere in concreto tra norme materiali e norme strumentali.

²¹⁴ In proposito, si rinvia peraltro anche alle considerazioni che saranno svolte nel capitolo quarto.

Cominciava a porsi, così, in particolare, la questione della loro natura²¹⁶. L'ampiezza e la complessità del fenomeno²¹⁷ consegnavano infatti agli interpreti una realtà multiforme, della quale si cercava affannosamente una qualche razionalizzazione.

Il tentativo di sistemazione delle diverse ipotesi di società a partecipazione pubblica seguiva, di fatto, due impostazioni principali. La prima, secondo cui tali società devono andare soggette al regime ordinario del codice civile²¹⁸, con qualche apertura da parte di una parte della dottrina tradizionale²¹⁹ solo nei casi di partecipazioni pubbliche di controllo. L'altra, sostenuta da quanti ritenevano che non fosse invece

²¹⁵ D'altra parte, le privatizzazioni danno vita ad un fenomeno per sua stessa natura bipolare, che si colloca in una zona grigia nella quale le categorie dommatiche si scoloriscono perdendo nettezza di contorni e la chiarezza dei concetti si stempera talvolta offuscandosi. In questi termini, A. LUMINOSO, *Privatizzazione sostanziale tra contrattazione di diritto privato e interesse pubblico*, *Contratto e impresa*, 2001, 73-74.

²¹⁶ Si v. F. GALGANO, *Pubblico e privato*, cit., 294, secondo il quale la qualificazione di un ente come pubblico non comporterebbe l'applicazione di una particolare disciplina quanto la *disapplicazione* di una disciplina e in particolare a norma dell'art. 11 c.c. la disciplina che alle persone giuridiche indirizza il codice. Sul tema, ancora, G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1987, 365 e segg e ID., *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, *Scritti giuridici*, Milano, 1987, vol. II, 819 e segg. Diversamente, invece, A. ROSSI, *Profili giuridici*, cit., 249, secondo il quale "il problema della natura pubblica o privata della società a partecipazione pubblica sarebbe un falso problema, poiché la società a partecipazione pubblica, anche se la presenza in essa determina delle modifiche dell'oggetto sociale non cessa di essere uno strumento negoziale di diritto privato e quindi, il soggetto che da tale struttura sorge non può che essere un soggetto privato". Sul tema della natura pubblica o privata con particolare riferimento alle società finanziarie regionali, G. SANVITI, *Società finanziarie regionali*, *Enc. giur.*, Roma, Vol. XXIX, 1993, 3.

²¹⁷ Gli interventi di privatizzazione, infatti, oltre ad aver moltiplicato le formule societarie, hanno prodotto una normativa atomistica, fatta di disposizioni emanate caso per caso, per tappare buchi o soddisfare esigenze contingenti, la cui sistemazione razionale si scontrava con la sua natura transitoria, derivante essenzialmente dal carattere meramente formale che aveva segnato la prima fase di tali interventi. G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale*, cit., 741.

²¹⁸ Così, V. OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica*, cit., 113, secondo cui la costituzione da parte dell'amministrazione, di società per azioni per lo svolgimento di attività di impresa dà luogo alla creazione di un organismo autonomo, rispetto all'amministrazione o ad altro ente pubblico e sottoposto per sua stessa natura al diritto privato. Negli stessi termini si esprimeva già, A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, *Riv. delle società*, 1959, 621. Dello stesso avviso, S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1139, che si chiede se sia sostenibile che "la presenza di una partecipazione sia pur maggioritaria dello Stato in una società per azioni la trasformi in una società per azioni e la trasformi in una società di diritto speciale"; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale*, cit e F. GALGANO, *Le società per azioni in mano pubblica*, in ID., (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Il nuovo diritto societario*. Padova, 2003, 440. In generale, sull'identità di disciplina giuridica tra impresa pubblica e impresa privata, B. VISENTINI, *Pubblico e privato*, cit., 7, nota 2. Di recente, si veda la ricostruzione di F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, spec. 132 e segg. Ciò appare, peraltro, più in sintonia con la disciplina del sistema economico prefigurata dalla Costituzione nella misura in cui essa all'art. 41 sottrae l'attività economica pubblica, benché attività pubblica, allo statuto della Pubblica amministrazione per sottoporla a quello dell'attività economica privata. Sul punto, F. GALGANO, *Art. 41*, in (dir.) G. BRANCA, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, II, Bologna-Roma, 1982, 1 e segg.

²¹⁹ Per tutti, A. GRAZIANI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 404.

possibile ignorare le peculiarità della presenza di un socio pubblico nella società, che finiva così per discostarsi in misura più o meno significativa dal modello codicistico per diventare un “modello organizzativo neutrale”²²⁰.

In questo contesto si inseriva la riflessione di chi²²¹, opportunamente, sottolineava “come altro fosse il dato organizzativo, altro l’aspetto causale dell’istituto; incentrato, il primo, non solo sugli organi ma soprattutto sulle azioni come frazioni di potere”.

Tale modello organizzativo sarebbe stato, concludeva l’autorevole Autore, facilmente comunicabile al pubblico e utilizzabile nella transizione da pubblico a privato e svincolato, peraltro, dal collegamento con il contratto e con la causa lucrativa.

A confrontarsi, in sintesi erano due impostazioni differenti del problema; una che, sul presupposto di un preteso tramonto dello scopo lucrativo nella società a partecipazione pubblica, ne affermava la neutralità; l’altra, che ne ribadiva in ogni caso la natura privatistica.

In realtà, l’idea delle due discipline (pubblicistica e privatistica) chiaramente distinte e applicabili rispettivamente a società a partecipazione pubblica qualificate come enti pubblici²²² o come società di diritto privato, finirà per rivelarsi insoddisfacente, presupponendo la validità dell’antica dicotomia diritto pubblico/diritto privato²²³, che, invece, cominciava a manifestare evidenti segni di crisi²²⁴.

²²⁰ M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997. Considerazioni simili in merito però alle società locali si trovano in F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società*, *Dir. Amm.*, 1995, 275 e segg. e M.T. SEMPREVIVA, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Riv. trim. app.*, 2000, 702 e segg.

²²¹ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., 40.

²²² Sui caratteri distintivi dell’ente pubblico, G. MIELE *La distinzione tra ente pubblico e privato*, cit., 365 e segg.

²²³ La bibliografia sul tema della dicotomia pubblico/privato è assai vasta, a cominciare da studi di storia e filosofia del diritto che ne hanno indicato il valore ricostruttivo o relativo. Tra gli altri, N. BOBBIO, *La grande dicotomia pubblico/privato*, in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 segg., In particolare, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma- Bari, 2001, 34, sottolineano, poi, come in realtà nello Stato premoderno alla cura di interessi generali si provvedesse secondo uno statuto legale non categorialmente distinto rispetto a quello che regolava le relazioni tra privati.

²²⁴ In questo senso, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 243-244. In proposito, può essere richiamata la nota sentenza della Corte Costituzionale 28 dicembre 1993, n. 466 in e segg., e *Giur. cost.*, 1993, con note di A. CERRI, *La mano pubblica e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto*, 3870 e segg. e C. PINELLI, *Prudenza e giurisprudenza in un’interpretazione adeguatrice*, 3872 e segg. La Corte infatti osserva come la dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata sempre più stemperando e che la stessa normazione sulle privatizzazioni abbia costituito un esempio di quanto si presentasse sfumata la linea di confine, che nell’ambito delle discipline speciali veniva a distinguere tra enti pubblici e società di diritto privato. Sul punto si v. però *infra*.

Su queste premesse veniva elaborata la nozione di “ente pubblico in forma societaria”²²⁵. Due, i presupposti fondamentali della ricostruzione in esame; che la forma delle figure giuridiche rimarrebbe ininfluente ai fini della determinazione della loro natura²²⁶; che l’istituto societario si presterebbe ad utilizzazioni differenti²²⁷, tra le quali, nel caso, quella di fornire la struttura organizzativa ad enti pubblici²²⁸.

In merito, ci pare, sono possibili almeno due osservazioni. Intanto, il rapporto tra forma, natura e disciplina del soggetto può essere letto in più modi.

Lo si può spiegare, come si è ricordato, affermando che l’ente pubblico può essere tale pur avendo una struttura societaria²²⁹. In proposito, è stato osservato, la realtà sostanziale degli organismi in questione non muterebbe, dal momento che essi continuano a godere i privilegi ed a subire i controlli che avevano con la precedente qualificazione pubblicistica.

La nuova veste giuridica avrebbe provocato qualche vantaggio in termini di non applicazione di alcuni vincoli connessi alla natura di ente pubblico, ma nello stesso tempo anche lo svantaggio dell’incertezza che deriva dal non appartenere a un sistema di regole in qualche modo definito²³⁰.

Una conclusione, questa, senza dubbio coerente con quella giurisprudenza prevalentemente amministrativa che, proprio postulando

²²⁵ La tesi è quella di G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria, Servizi pubblici e appalti*, 2004, 221 e segg., ma si tratta di opinione già altrove espressa dallo stesso autore, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991 e condivisa da V. CERULLI IRELLI, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico, enti pubblici*, cit., 84 e segg. Alla definizione dello statuto giuridico complessivo di queste figure soggettive e dunque delle conseguenze giuridiche che dovrebbero derivare dal riconoscimento della natura pubblica di un ente che possiede la struttura delle società per azioni, è dedicato anche il recente studio di G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato, Servizi pubblici e Appalti.*, 2004, 701 e segg.

²²⁶ Osservava in proposito G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, cit., 414, che solo nei casi dubbi la struttura dell’ente può offrire il suo aiuto e ciò solo nel senso che un ente organizzato secondo i criteri del diritto pubblico dovrà presumersi appartenente alla categoria degli enti pubblici: ma non già nel caso di un ente a struttura privatistica, il quale se l’ingerenza dello Stato assuma i caratteri già delineati, dovrà nondimeno classificarsi fra le persone giuridiche pubbliche.

²²⁷ M. RENNA, *Le società per azioni*, cit., 5 e segg. evidenzia “l’enucleabilità di una nozione autonoma di società anonima quale nozione o modulo meramente strutturale, cui, di volta in volta per volontà del legislatore o di soggetti privati e/o pubblici venga giustapposta nel momento genetico e costitutivo una funzione sostanziale, ora privatistica, ora pubblicistica”.

²²⁸ La tesi in questione viene poi argomentata attraverso un percorso attraverso il quale si individuano i caratteri in virtù dei quali possa parlarsi di ente pubblico in forma societaria, le conseguenze derivanti da tale qualificazione e la valutazione delle figure in questione.

²²⁹ G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, cit., 222.

²³⁰ G. ROSSI, *Pubblico e privato nell’economia di fine secolo*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 239.

la neutralizzazione della causa societaria, tratta tali società come fossero enti pubblici.

In alternativa, potrebbe sostenersi, però, sulla base di argomentazioni delle quali si darà conto poco oltre, che la forma nella quale il soggetto si presenta (quella appunto della società per azioni) dovrebbe automaticamente comportare come conseguenza l'assoggettamento alla disciplina corrispondente, indipendentemente da eventuali peculiarità della società in questione derivanti dalla natura pubblica di alcuni dei suoi soci.

Perciò, delle due l'una. Se la forma del soggetto è effettivamente irrilevante per individuarne la normativa di riferimento, allora occorrerà utilizzare altri criteri (la natura degli interessi perseguiti, dell'attività svolta o delle risorse utilizzate). Ne deriverebbe che neppure la qualificazione del soggetto come ente pubblico (in forma societaria) dovrebbe, però, automaticamente comportare conseguenze in ordine alla sua disciplina.

In senso opposto, invece, dovrà intendersi che la forma nella quale il soggetto si presenta porta con sé conseguenze delle quali non può non tenersi conto.

Rispetto, poi, al secondo dei due assunti dai quali muove la ricostruzione dell'ente pubblico in forma societaria, quello cioè della presunta neutralità²³¹ dalle società per azioni, e questa è l'altra osservazione generale, non sembra, a chi scrive, che debba giungersi a conclusioni necessariamente estreme.

Probabilmente, piuttosto che immaginare l'istituto societario come un "contenitore vuoto"²³² o, al contrario, interpretare qualunque adattamento della società alle finalità che essa persegue come il disconoscimento dell'ispirazione fondamentale che la caratterizza, può prospettarsi una soluzione intermedia²³³.

²³¹ L'art. 2247 nel definire lo schema causale della società esige che si tenda a realizzare utili da dividere tra i soci e non dunque che si tenda alla massimizzazione dei profitti. In questo senso, potrebbe parlarsi di "una sia pur relativa neutralità della forma giuridica della società per azioni, che si rivela idonea al raggiungimento di scopi diversi dalla massimizzazione dei profitti: idonea fra l'altro al raggiungimento degli scopi di pubblico interesse che può proporsi una società in mano pubblica. Così, F. GALGANO, *Le società in mano pubblica*, cit., 448. Proprio la presunta neutralità delle categorie privatistiche ne rappresenterebbe il limite, perché ne comporterebbe l'impoverimento, la distorsione e la contaminazione rispetto alla ragione che ne ha giustificato l'origine e l'uso, P. RESCIGNO, *L'itinerario del privatista*, Relazione al Convegno, *Interessi pubblici e diritto privato*, Roma, 6-7 aprile 2001, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2001, 20.

²³² Già in passato si era affacciata la possibilità di "neutralizzare" le finalità tipiche della società per azioni. Su questo, criticamente, T. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, *Riv. soc.*, 1959, 1013.

²³³ In questo senso può probabilmente essere interpretata la sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 5 febbraio 1992, nella quale la Corte, chiamata a valutare la legittimità di alcune disposizioni della legge della Regione Sicilia 19 giugno 1991, n. 39 istitutiva di una società finanziaria interamente capitalizzata dalla Regione e diretta ad agevolare la ricapitalizzazione dei maggiori istituti creditizi siciliani, ha riconosciuto al legislatore regionale la potestà di introdurre deroghe alla disciplina civilistica ogniqualvolta le stesse fossero esplicitamente preordinate ad

Non esisterebbe cioè un solo tipo²³⁴ ma una pluralità di modelli di società per azioni, tutti coerenti, sia pur nelle diversità che li caratterizzano, con lo schema descritto dal codice.

Il risultato sarebbe che, senza pretendere di neutralizzarne la causa tipica, nella struttura stessa del contratto sociale vi sarebbe spazio per un'ampia gamma di possibilità di utilizzazione.

In questo senso, appare anche più evidente come il punto fondamentale della questione della “natura” delle società a partecipazione pubblica rimanga sempre quello della qualità dell'interesse tutelato. Ciò vuol dire, lo si vedrà meglio nel quarto capitolo, che vi è una relazione indissolubile tra la natura del soggetto e l'interesse perseguito. Così, nella misura in cui nell'attività della società sono coinvolti interessi pubblici (perché ad esempio pubbliche sono le risorse utilizzate, perché vi è un rapporto di servizio con l'ente pubblico, e così via), inevitabili saranno i condizionamenti imposti al suo funzionamento.

Più complesso è, semmai, stabilire la “misura” di tollerabilità di tali condizionamenti; valutazione, questa, che dovrebbe derivare da un processo al termine del quale verificare se non sia possibile garantire allo stesso interesse una tutela efficace attraverso formule alternative.

Un approccio di questo tipo avrebbe il vantaggio, ci pare, di assecondare e valorizzare le specificità della partecipazione pubblica ad una società per azioni, pur riportandola, come chiede la dottrina²³⁵, alla sua disciplina tipica.

Ciò, peraltro, sarebbe anche più in armonia con lo spirito delle privatizzazioni, dalle quali molte di queste società derivano. Se, infatti, il

attuare la conformazione a finalità pubblicistiche dello strumento societario e a condizione che l'ente pubblico sovraordinato possieda la totalità o la maggioranza delle azioni. Come a dire, che le deroghe alla disciplina comune delle società per azioni non implicherebbero la neutralizzazione dell'istituto e sarebbero ammissibili solo nella misura in cui fossero preordinate ad attuare la conformazione a finalità pubblicistiche dell'istituto societario e l'ente pubblico detenesse la totalità o la maggioranza delle azioni. La sentenza è riportata in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, 1 e segg., con commenti di N. MARZONA e M.T. CIRENEI. Sul tema si veda, però, anche *infra*.

²³⁴ Ciò almeno utilizzando la parola “tipo”(analogamente a quanto fatto dal legislatore nell'art. 2249 del c.c.) nel senso di fattispecie negoziale, da intendersi come nucleo di precetti, modellato dalla legge, che presiede alla qualificazione dei regolamenti negoziali (atto costitutivo e statuto) dell'iniziativa funzionalmente societaria, onde richiamare l'applicazione di una o di altra disciplina inderogabile nei rapporti esterni e di una o di altra disciplina suppletiva nei rapporti interni. Così, P. SPADA, *Tipologia delle società e società per azioni quotata*, *Riv. dir. civ.*, 2000, 217-218.

²³⁵ Efficacemente viene osservato che se per le società che per alcune loro caratteristiche (modalità di costituzione, assetti proprietari, interessi perseguiti...) possono essere definite pubbliche la struttura societaria non può che essere neutra rispetto alla natura, essa rimane tuttavia rilevante rispetto alla disciplina di riferimento. Cosicché le società pubbliche rimangono disciplinate dal codice civile, salvo quanto deriva dalla loro natura pubblica. F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., 251. Sui requisiti per l'individuazione di una categoria giuridica unitaria delle società pubbliche, M.G. DELLA SCALA, *Le società legali*, cit., spec. 419-432.

legislatore ha optato per il modello societario e non ha continuato a servirsi di quelli di cui già disponeva, è stato probabilmente perché intendeva importarne la disciplina nello svolgimento di attività amministrative²³⁶.

Ad ogni modo, questo è il punto, non può fingersi che tale scelta non sia stata compiuta e che non comporti conseguenze in ordine alla disciplina di tali enti.

Così allora, alle “società pubbliche”²³⁷ dovrebbe applicarsi la disciplina codicistica in materia di società per azioni, integrata o derogata dalle disposizioni di legge *ad hoc*²³⁸.

Come si cercherà di dimostrare, infatti, il tentativo di riorganizzazione del sistema delle partecipazioni pubbliche in società per azioni attraverso la sua frammentazione e riconduzione alle due categorie originarie dell'ente pubblico o della società per azioni descritta dal codice civile, si rivelerà insoddisfacente, perché in più casi le società a partecipazione pubblica presentano i caratteri propri di entrambe le categorie e la loro disciplina pare piuttosto una sintesi, benché non sempre coerente, di regimi giuridici differenti²³⁹.

A queste difficoltà cerca di ovviare chi immagina una soluzione alternativa²⁴⁰, secondo la quale ad avere rilievo sarebbe il profilo oggettivamente pubblico dell'attività svolta, con la conseguenza che rimarrebbero invece indifferenti la natura giuridica dell'ente e il regime giuridico degli atti.

In questo modo, si dovrebbe arrivare a preconstituire un sistema unitario di regole di applicazione generale a tutte le attività pubblico-amministrative a prescindere dal tipo di personalità attribuita al soggetto.

Si tratterebbe, in altri termini, di individuare la persona giuridica pubblica in ragione della funzionalizzazione dell'attività da essa svolta, secondo un processo di pubblicizzazione dell'ente che diventa dunque

²³⁶ La società per azioni rappresenterebbe dunque lo strumento per garantire l'eguaglianza tra i soggetti economici. Non più l'antitesi tra enti pubblici e società per azioni, i quali pur s'incontrano o si scontrano negli affari dell'economia, ma la comune forma di società per azioni. Così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 111.

²³⁷ L'espressione società pubbliche viene usata in questo caso in senso sintetico e a-tecnico come comprensiva di tutte le diverse ipotesi di partecipazione pubblica in società per azioni, senza che ciò implichi considerazioni sulla misura o sulla tipologia di tale partecipazione. In questo senso, parla di società pubbliche, F.G. SCOCA, *Il punto sulle società pubbliche*, cit., 239 e segg.

²³⁸ S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Roma, 1984, 87.

²³⁹ In questi termini, si esprime il Tribunale di Sassari, (sentenza del 19 ottobre 2004), www.dirittodeiservizipubblici.it, precisando che ciò sarebbe tanto più vero nel caso delle società a capitale pubblico maggioritario.

²⁴⁰ G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica*, *Il dir. dell'ec.*, 2005, 657 e segg.

parte della pubblica amministrazione, a prescindere, come detto, dalla veste e dalla regolamentazione giuridico-formali²⁴¹.

La soluzione proposta certamente consentirebbe di accantonare definitivamente l'annosa e forse insolubile questione della "natura" del soggetto come presupposto per l'individuazione del regime giuridico.

Il problema si sposterebbe, però, sul riconoscimento delle attività oggettivamente pubbliche e sulla definizione *ex lege* dello statuto applicabile a qualsiasi soggetto (pubblico o privato) svolga quelle attività²⁴².

²⁴¹ Ancora, G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale*, cit., 673. E' lo stesso tipo di percorso argomentativo del quale si serve il diritto comunitario, ad esempio nel definire il concetto di organismo di diritto pubblico; lo osserva, G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 1999, 25.

²⁴² In proposito, può però osservarsi come proprio la constatata difficoltà di distinguere nell'ambito delle attività di servizio pubblico svolte da soggetti privati quelle riguardanti la gestione in senso stretto e dunque soggette a disciplina pubblicistica e quelle residuali, solo strumentali alla gestione, aveva indotto la giurisprudenza amministrativa ad utilizzare un criterio diverso. Partendo dalla connotazione in termini pubblicistici del soggetto svolgente attività di servizio pubblico, si finiva per ampliare il novero delle attività nel cui esercizio si imponeva il rispetto di principi pubblicistici, richiamandosi ad uno "statuto giuridico che disciplina i profili soggettivi dell'ente prima ancora che quelli oggettivi concernenti l'attività e che sottopone l'organismo societario ad un vincolo di scopo attestante la necessaria funzionalizzazione ad un interesse pubblicistico". Così Cons. Stato, sez. VI, n. 9829 del 14 dicembre 2001 (www.giustizia-amministrativa.it). Alla stessa difficoltà può essere ricondotta la previsione dell'art. 33 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, che attribuiva complessivamente alla competenza del giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva le controversie in materia di pubblici servizi. Sui rapporti tra servizi pubblici e giurisdizione amministrativa, G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione, Mercato, concorrenza e regole*, 2003, 537 e segg.; V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzioni di garanzia*, cit. Sul tema è intervenuta poi, come si sa, la sentenza della Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204, che nel ritenere l'estensione della giurisdizione esclusiva in violazione dell'art. 103 della Costituzione, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 33, 2 comma, d. lgs. 80/1998, dando vita ad un quadro frastagliato che dovrebbe recuperare una sua omogeneità nel riferimento a vicende correlate ad un potere amministrativo. In realtà, i confini della giurisdizione amministrativa in materia di servizi pubblici rimangono piuttosto frastagliati. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, 180. In proposito, sono interessanti due pronunce recenti. Con la prima il Tribunale di Sassari, 19 ottobre 2004, già citata, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative all'invalidazione totale o parziale dello statuto di una società per azioni mista, evidenziando contemporaneamente le peculiarità delle società mista (per la commistione che in esse si realizza tra momenti pubblicistici e profili pubblicistici), e la *ratio* della giurisdizione esclusiva (l'intreccio di diritti soggettivi e interessi legittimi che renderebbe complicata l'individuazione dell'autorità giurisdizionale competente). Con la seconda, il Tar Abruzzo, sez. L'Aquila, 4 febbraio 2005, n. 58 (www.dirittodeiservizipubblici.it), dichiara invece la propria incompetenza relativamente alle controversie promosse dagli enti locali relativamente alla validità del contratto sociale di società che gestiscono servizi pubblici, essendo le vicende relative alla validità del contratto sociale devolute al giudice ordinario. Le diverse conclusioni delle due magistrature su questioni che presentano analogie piuttosto evidenti è efficace esempio di quanto rimanga complesso il rapporto tra le società a partecipazione pubblica (soprattutto nell'ipotesi in cui gestiscono servizi) e l'individuazione del giudice competente. In proposito si v. anche, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione e "controversie societarie pubbliche"*, *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 263 e segg.

Una legge *ad hoc* dovrebbe definire istituti e principi generali, che possano disciplinare in maniera omogenea e nel rispetto delle garanzie dei cittadini lo svolgimento di attività pubblicistiche.

Il percorso proposto sarebbe dunque in senso inverso a quello tentato con le privatizzazioni formali, il cui obiettivo era proprio quello della sottoposizione di determinate attività al regime privatistico, pur se di fatto, in alcuni casi la pubblicità espulsa dalla natura del soggetto, divenuto privato, rientrava nella disciplina dell'attività²⁴³.

E' vero, peraltro, che la soluzione proposta appare rispettosa delle posizioni espresse, come si vedrà tra breve, quanto meno da una parte della giurisprudenza.

Altrettanto condivisibile, poi, è l'intento di tutelare l'applicazione di certi principi generali (trasparenza, responsabilità, giustiziabilità), che evidentemente rappresentano garanzie non trascurabili per i cittadini.

Solo qualche osservazione. Intanto, i requisiti di pubblicità dell'attività svolta, che implicherebbero l'applicazione dello statuto della persona giuridica pubblica non sembrano così facilmente definibili in concreto²⁴⁴.

Più semplicemente, definitivamente accantonata l'equazione soggetto pubblico-attività amministrativa, il processo di ricostruzione delle attività oggettivamente pubbliche rimane privo di solidi punti di appoggio²⁴⁵.

Neppure, ci sembra, potrebbe ritenersi che ogni attività di rilievo per la collettività e dunque oggettivamente pubblicistica debba solo per questo implicare necessariamente l'applicazione di uno statuto della persona giuridica pubblica.

Così ragionando verrebbero cancellati i risultati del dibattito che ha portato, anche in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, a ritenere che la soddisfazione di interessi della collettività potesse, anzi

²⁴³ S. CASSESE, *Gli enti privatizzati*, cit, 1139.

²⁴⁴ A testimonianza di ciò, Corte di Cassazione, SS. UU., 4 maggio 2006, n. 10218, con commento di M.A. SANDULLI, *Verso una coerente delimitazione dell'ambito pubblicistico alle attività di effettiva rilevanza pubblica: sottratti a gara e affidati al giudice ordinario l'affidamento delle aree commerciali della stazione Termini di Roma...e gli appalti sotto soglia dei privati gestori di servizi pubblici*, in www.giustamm.it.

²⁴⁵ Sul punto e con particolare riguardo alla difficoltà di distinguere nettamente le attività oggettivamente pubbliche da comuni attività d'impresa svolte da soggetti "privati" incaricati della gestione di servizi pubblici osservavano, però, E. CARDI, M. D'ALBERTI, *Note intorno alle de-stattizzazioni: i paradigmi legislativi di ferrovie e poste*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 70 che "le de-stattizzazioni consolidano una linea di tendenza che rende sempre meno possibile considerare l'esercizio di un pubblico servizio come fatto produttivo di effetti giuridici, nel quale viene assorbita l'intera attività di un'impresa pubblica. La realtà è che le ferrovie, le poste ed analoghe strutture accanto alle fondamentali attività di servizio pubblico svolgono numerose attività meramente imprenditoriali. In tali circostanze non può valere, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili, il criterio della prevalenza, ma occorre distinguere caso per caso l'una dall'altra attività esercitata".

dovesse passare anche attraverso il riconoscimento di un ruolo attivo dei privati²⁴⁶.

L'obiettivo era una limitazione del coinvolgimento "attivo" del pubblico e dell'applicazione della disciplina pubblicistica a favore di quella di cui i soggetti privati dispongono, alla riscoperta dei valori dell'efficienza, dell'economicità e del soddisfacimento del "risultato"²⁴⁷.

Peraltro, se effettivamente, come è stato osservato²⁴⁸, le privatizzazioni formali avrebbero dovuto rappresentare il primo momento di un fenomeno più ampio che avrebbe dovuto consentire "la depubblicizzazione" di alcune attività, si compirebbe in tal modo un passo indietro rispetto alla situazione attuale difficilmente giustificabile.

D'altra parte, ammettere che l'era delle privatizzazioni abbia in alcuni casi prodotto risultati non pienamente soddisfacenti e tradito qualche aspettativa²⁴⁹, non è una ragione sufficiente per disconoscere quanto di buono pure è stato fatto, per immaginare un anacronistico ritorno al passato.

Se poi, invece, l'obiettivo esclusivo o prevalente è l'individuazione di un nocciolo duro di principi fondamentali per la garanzia dei cittadini sempre e comunque applicabili, viene da chiedersi quanto effettivamente, allo stato attuale delle cose, vi sia realmente bisogno della definizione di uno statuto della persona giuridica pubblica e quanto cioè questo "nocciolo duro" di principi generali sempre applicabili non sia già un elemento acquisito del dibattito dottrinale, normativo e giurisprudenziale²⁵⁰.

Ci si potrebbe domandare, in definitiva, anticipando considerazioni che verranno sviluppate in seguito, quanto i valori della trasparenza, della responsabilità, della giustiziabilità debbano essere necessariamente garantiti attraverso una disciplina pubblicistica e non possano invece essere altrettanto efficacemente tutelati attraverso quella privatistica.

3. *Le soluzioni della giurisprudenza: il criterio "formale". Dalla natura del soggetto alla disciplina applicabile.*

²⁴⁶ A. MALTONI, *Sussidiarietà e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in "senso sostanziale/funzionale"*, Bologna, Clueb, 2001, *passim*.

²⁴⁷ Sul tema della valorizzazione del risultato come criterio di valutazione dell'attività amministrativa, si v., in particolare, L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, *Dir. Amm.*, 1999, 57 e segg.

²⁴⁸ Sul punto F. GALGANO, *Le società in mano pubblica*, cit., 444, che osserva come il passaggio dell'impresa in mani private dovesse essere destinato ad attuarsi con gradualità per evitare gli effetti negativi del massiccio collocamento sul mercato di ingenti pacchetti azionari che avrebbe depresso il prezzo delle azioni e provocato forti squilibri sul mercato.

²⁴⁹ G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni*, cit..

²⁵⁰ In proposito si rinvia però al §4.1.

Anche nelle posizioni espresse dalla giurisprudenza in materia di società a partecipazione pubblica possono evidenziarsi due orientamenti distinti; uno, tendenzialmente proprio della giurisprudenza ordinaria, secondo cui le società a partecipazione pubblica sarebbero generalmente riconducibili al modello codicistico; l'altro, sostenuto dai giudici amministrativi, secondo cui la natura sostanzialmente pubblica delle società in questione ne implicherebbe una disciplina in senso derogatorio (pubblicistico) rispetto a quella di diritto comune.

Partiamo dal primo. Le argomentazioni espresse dalla Corte di Cassazione sembrano seguire un'impostazione formalistica e generalizzante, orientata a considerare la forma societaria degli enti in questione come indicatore esclusivo della disciplina applicabile²⁵¹.

L'intento dei giudici è in astratto condivisibile e coerente con la volontà espressa dal legislatore delle privatizzazioni. L'attenzione al dato positivo condurrebbe, infatti, secondo la Corte, a ritenere che nella misura in cui non sono espressamente previste deroghe alla disciplina comune, alle società a partecipazione pubblica vada applicato il regime del codice civile.

In linea di massima, la Corte si è mantenuta fedele a tale impostazione, come nel caso di una recente pronuncia,²⁵² in cui la Corte era chiamata ad esprimersi sulla giurisdizione in materia di revoca degli amministratori di una società a partecipazione pubblica per la gestione di un pubblico servizio.

Nella specie, si trattava di una società a capitale interamente posseduto dal Comune di Verona, derivante da trasformazione di un'azienda speciale. La Corte ha negato che potesse rientrare nella materia dei pubblici servizi la controversia relativa alla nomina o alla revoca degli amministratori di una società che gestisce un pubblico servizio, in considerazione del fatto che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici ne detengano le azioni, in

²⁵¹ Così rispetto alle società a partecipazione locale: la sentenza 4 gennaio 1993 n. 3, in *Rass. giur. en. el*, 1994, 471 e segg.; la 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 1056 e segg., con nota di G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*. Tra le altre successive, a confermare tale impostazione: la sentenza 24 gennaio-27 marzo 1997, n. 2738, *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1997, 775 e segg.; la sentenza 5 febbraio 1999, n. 24 in *Giur. It.*, 1999, I, 1, 1510 e segg. e la sentenza 9 ottobre 2001, n. 12367, *ivi*, 2000, 174 e segg., con nota di M. PROTTO, *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*. Un'impostazione diversa è invece quella seguita dalla Corte in materia di giurisdizione della Corte dei Conti e responsabilità degli amministratori di s.p.a. miste. Ma per questo si rinvia al capitolo IV. Anche le sezioni penali della Cassazione hanno più volte affermato che la trasformazione di amministrazioni pubbliche in enti pubblici economici e poi in società per azioni non ne fa venir meno la natura pubblicistica. Così, tra le altre, Cass., Sez. I, pen., 22 giugno 2000, n. 10027, Aalam, per l'Ente Ferrovie dello Stato e Cass., sez. VI, pen., 8 marzo 2001, n. 20118, Di Bartolo per l'Ente Poste).

²⁵² La sentenza è la n. 7799 del 15 aprile 2005 delle SS. UU., consultabile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, (quale persona giuridica privata), opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico²⁵³.

La posizione espressa dalla Corte di Cassazione ha senza dubbio il pregio di evitare la labirintica questione della natura delle società a partecipazione pubblica. La forma di società per azioni è sufficiente, secondo la Corte, a giustificare l'applicazione della disciplina ad esse propria, indipendentemente da considerazioni ulteriori circa la composizione della compagine azionaria, l'attività svolta o gli interessi perseguiti dai soci.

D'altra parte, nella soluzione indicata potrebbe forse leggersi una leggera "miopia" nel guardare alle specificità della partecipazione del socio pubblico ad una società per azioni.

Sta di fatto che la scelta di un modello, implica la volontà di assoggettarsi alla sua disciplina²⁵⁴ e che anzi l'intento del legislatore delle privatizzazioni era proprio l'utilizzazione della disciplina privatistica.

Se si guarda all'assetto definitivo degli interessi da soddisfare, occorre però interrogarsi circa l'adeguatezza di una tale impostazione e sui risvolti della sua utilizzazione in termini di garanzia degli interessati.

In altre parole, la preferenza per una disciplina di diritto pubblico o di diritto privato più che valutata in astratto dovrebbe derivare da una intercambiabilità tra le stesse scientificamente accertata e che non comporti una rinuncia in termini di effettività di tutela degli interessi in gioco.

Più chiaramente, l'attenzione agli interessi prima che ai concetti rimane lo strumento più idoneo ad accompagnare periodi di transizione, perché consente di individuare soluzioni articolate, modellate su fattispecie concrete, alcune coerenti con le impostazioni tradizionali del diritto amministrativo, altre con lo spirito e la lettera del codice civile ed altre ancora diverse²⁵⁵.

Solo un mese dopo la pronuncia ricordata, però, la Corte²⁵⁶ chiamata a pronunciarsi sull'iscrizione dell'avvocato operante presso l'ufficio legale di un ente in forma di società per azioni nell'apposito albo

²⁵³ Negli stessi termini, la Corte si esprimeva nella già richiamata sentenza n. 4991 del 6 maggio 1995.

²⁵⁴ In questi termini, la già citata sentenza della Corte di Cassazione, SS. UU., 4 gennaio 1993, n. 3.

²⁵⁵ Così, G. ROSSI, G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, *Dir. pubbl.*, 1998, 689.

²⁵⁶ La sentenza è quella della Corte di Cassazione, SS. UU., del 3 maggio 2005, n. 9096, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1186 e segg., con commento di S. COGLIANI, E. GIARDINO, *S.P.A. partecipate da soggetti pubblici: l'iscrizione nell'elenco speciale ammesso all'albo degli avvocati*, nonché F. GOISIS, *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica, longa manus del socio dominante*.

speciale, che presuppone la qualifica di istituzione pubblica dell'ente, apre, sia pur timidamente, al riconoscimento della natura pubblicistica delle società per azioni.

Viene richiamato l'orientamento tradizionalmente seguito, secondo cui le società per azioni (anche nel caso in cui le loro azioni siano possedute da enti pubblici) costituiscono istituzioni private, che operano secondo le modalità e con gli strumenti degli enti privati. Subito dopo, però, la Corte sottolinea come "tale impostazione sia stata travolta con le privatizzazioni, poiché con le privatizzazioni...alcuni servizi pubblici, pur ritenuti essenziali sono stati affidati a società per azioni le cui quote sono di pertinenza prevalente se non esclusiva di enti pubblici e la giurisprudenza ha dovuto così prendere atto dell'esistenza di società per azioni che costituiscono istituzioni pubbliche".

La qualificazione dell'ente come società di capitali, precisa dunque la Corte, non è di per sé sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso, poiché a tal fine è necessaria una valutazione concreta fatta caso per caso.

La pronuncia in esame potrebbe rappresentare un primo passo per il superamento, (anche in accoglimento delle opinioni espresse dalla giurisprudenza comunitaria²⁵⁷), dell'indirizzo formalistico della giurisprudenza della Corte in materia di società a partecipazione pubblica.

Sul presupposto dell'insufficienza della forma del soggetto nella determinazione della disciplina ad esso applicabile dovrebbe concludersi che non esisterebbe, a tal fine, un criterio generalmente valido, essendo invece indispensabile una valutazione concreta, condotta caso per caso.

4. Il criterio "sostanzialistico". Dalla privatizzazione degli enti alla pubblicizzazione dei soggetti: l'approccio del giudice amministrativo.

La tentazione manifestata, da una parte (ancorché minoritaria) della dottrina, ad ammettere, sul presupposto della natura pubblicistica delle società a partecipazione pubblica e della loro qualificazione come enti pubblici l'estensione ad essi di prerogative o limitazioni proprie del

²⁵⁷ Nella pronuncia delle Sezioni Unite dell'8 febbraio 2006, n. 2637, consultabile al sito www.dirittodeiservizipubblici.it, viene, infatti, esplicitamente richiamato l'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui il carattere di diritto privato di un organismo non è di per sé idoneo ad escluderne la natura di diritto pubblico (Corte di Giustizia, 15 maggio 2003, causa, c. 214/2000).

regime pubblicistico si coglie, in misura anche più evidente, nella giurisprudenza amministrativa²⁵⁸.

Prima di richiamare le argomentazioni utilizzate dai giudici per affermare che le società a partecipazione pubblica, in ragione di una natura sostanzialmente pubblicistica debbano essere assoggettate ad una disciplina derogatoria rispetto a quella di diritto comune, sono necessarie alcune precisazioni.

Intanto, lo si diceva, il legislatore quasi mai²⁵⁹ si preoccupa di specificare se le società delle quali determina o integra la disciplina abbiano natura pubblica o privata.

Ne consegue che le deduzioni svolte in tal senso dagli interpreti risultano inevitabilmente arbitrarie, pur se finalizzate a soddisfare la naturale esigenza di selezionare indicatori attendibili per mezzo dei quali valutare l'applicabilità a tali soggetti di alcune norme piuttosto che di altre.

Ancora. La questione della natura delle società a partecipazione pubblica andrebbe declinata diversamente in ragione della misura della partecipazione pubblica nella società²⁶⁰. In parte diverse saranno, allora, le soluzioni adottate dalla giurisprudenza per le società a partecipazione integralmente o prevalentemente pubblica o a partecipazione pubblica minoritaria.

Per le prime, pur in assenza di un'esplicita previsione legislativa in tal senso, si è optato per una qualificazione in termini pubblicistici²⁶¹, in

²⁵⁸ L'origine di tale impostazione va ricercata nella giurisprudenza degli anni '90 che recuperava il concetto di organo indiretto della pubblica amministrazione. Sul tema, tra gli altri, F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, *Dir. Amm.*, 1995, 347 e segg.; R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materia (d.leg. 80/98)*, *Foro It.*, 1999, III, c. 180 e segg. In questo senso, allora, non è priva di fondamento l'idea che proprio le privatizzazioni abbiano sollevato la questione della natura delle società a partecipazione pubblica, probabilmente per far fronte al timore che il passaggio a forme giuridiche private potesse comportare una riduzione delle tutele. Così allora, non stupisce che in una decisione del 1951 (la n. 205 del 2 febbraio della sez. VI), il Consiglio di Stato a proposito della s. p. a. Cogne, osservasse che "le società aventi per oggetto l'esercizio di attività industriali hanno natura di enti di diritto privato anche se tali attività siano di interesse nazionale e se il capitale sociale sia costituito da azioni di proprietà dello Stato". Sul tema si v. il commento di M.S. GIANNINI, *Sulla natura giuridica della s.p.a. Cogne*, in ID., *Scritti*, vol. III, 1949-1954, Milano, 2003, 401 e segg.

²⁵⁹ L'eccezione è rappresentata, come si sa, da AGECONTROL s.p.a. costituita ai sensi dell'art. 18, co. 9, l. 22 dicembre 1984, n. 887, nella forma di società per azioni con personalità di diritto pubblico. Formula questa, che sembrerebbe escludere la sostanza o natura societaria dell'ente e che della società venga utilizzata solo la struttura organizzativa. C. IBBA, *Le società "legali"*, cit., 359.

²⁶⁰ O. CAGNASSO, M. IRRERA, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Società di interesse nazionale*, in *Giur. sist. di dir. civ e comm.*, (fondata da) W. BIGIAMI, Utet, 2° ed., 10-11.

²⁶¹ In questi termini, tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, n. 4082 del 7 novembre 2000. F.G. SCOCA, *Il punto sulle società pubbliche*, cit., 260, precisa che le società pubbliche e a capitale interamente pubblico non sono altro che appendici di enti pubblici, che non vanno verso il mercato, ma rispondono semplicemente ad esigenze di razionalità organizzativa ed efficienza

base alla considerazione che si tratterebbe in realtà di ipotesi nelle quali il legislatore intende soltanto servirsi della struttura organizzativa della società, che rimane tale solo formalmente, mancando della sostanza e dunque della natura dell'istituto²⁶².

Anche lasciando da parte, per ora, l'ipotesi della società a totale partecipazione pubblica²⁶³, la diversa misura della partecipazione pubblica alla società non rimane, come si vedrà, priva di conseguenze.

Il ragionamento seguito può essere sintetizzato come segue²⁶⁴. Muovendo dall'assunto della neutralità dell'istituto societario²⁶⁵, il giudice amministrativo ritiene ammissibili²⁶⁶ previsioni legislative dirette ad introdurre per specifiche tipologie societarie deroghe allo schema tipico delle società per azioni e si esprime in favore dell'astratta configurabilità di società "pubbliche".

L'analisi del dato positivo evidenzerebbe, così, l'esistenza di società derivanti dalla privatizzazione degli enti pubblici economici, caratterizzate da significativi profili di singolarità rispetto alla disciplina comune in materia di società per azioni, in ragione dei quali esse dovrebbero necessariamente essere considerate società di diritto speciale a cui applicare istituti tipici del diritto pubblico.

In questo quadro, la prevalente titolarità pubblica del capitale azionario costituisce, assieme ad altri, uno degli indici utilizzati dai giudici per desumere la natura pubblicistica delle società²⁶⁷.

I passaggi essenziali del percorso argomentativo in questione sono dunque due. Si guarda alla struttura e al funzionamento di tali società (costituzione, poteri speciali attribuiti ad alcuni azionisti, controllo pubblico, attività svolta...), per poi dedurne la natura sostanzialmente

operativa.

²⁶² E' il caso, ad esempio, delle società *in house*, rispetto alle quali peraltro oltre alla partecipazione pubblica totalitaria sono presenti altri requisiti che consentono di concludere per la natura pubblica di tali società. In proposito si è detto che si tratterebbe di un elemento di un fenomeno più ampio oggetto di organizzazione pubblicistica. F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche*, cit., 605.

²⁶³ Vedi, in senso contrario, F. GALGANO, *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, *Riv. delle soc.*, 1982, 435, secondo cui le società a partecipazione statale sarebbero comuni società per azioni regolate dal codice civile e lo Stato vi parteciperebbe in virtù della sua capacità di diritto privato occupando nelle suddette società la medesima posizione di qualsiasi altro azionista. L'autorevole Autore precisava, peraltro, come la giurisprudenza avesse sottolineato che tale impostazione sarebbe rimasta immutata anche nel caso di società a totale partecipazione pubblica (si trattava di Pret. Torino, 12 dicembre 1978, *Giur. Comm.*, 1980, II, 248).

²⁶⁴ *Ex multis*, la citata pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, n. 9829 del 14 dicembre 2001.

²⁶⁵ In questi termini, tra le tante, Cons. Stato, VI, del 14 dicembre 2001, n. 1303/2002, www.giustizia-amministrativa.it

²⁶⁶ La Corte costituzionale si è espressa in questi termini, con la citata sentenza n. 35 del 1992 *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 1993, 1. Sul tema si v. *infra*.

²⁶⁷ Così la già citata sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 4082 del 2000.

pubblicistica e concludere per l'applicabilità ad esse di una disciplina appunto "speciale"²⁶⁸.

Ad avviso del Consiglio di Stato, dunque, la ricorrenza di indici di pubblicità condurrebbe a qualificare in senso pubblicistico anche enti dotati della forma della società per azioni.

Un percorso, quello seguito dai giudici amministrativi, analogo a quello utilizzato dalla dottrina per la ricostruzione della nozione di ente pubblico attraverso predefiniti indici di riconoscibilità della categoria²⁶⁹.

Più volte, nel riproporre le conclusioni indicate, il Consiglio di Stato si è richiamato alla già citata pronuncia della Corte costituzionale n. 466 del 1993, nella quale la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla competenza della Corte dei Conti all'esercizio nei confronti di Iri, Eni, Ina e Enel, del controllo sulla gestione finanziaria previsto dalla legge 21 marzo 1958, n. 259, per gli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, anche dopo che tali enti erano stati trasformati in società per azioni.

La Corte costituzionale, per ammettere il controllo della Corte dei Conti anche nei confronti delle società derivanti dalla privatizzazione di enti pubblici economici, si serve essenzialmente di due argomenti.

Il primo. Si tratterebbe di società di diritto speciale, perché disciplinate da una normativa *ad hoc* e perché caratterizzate in maniera singolare rispetto alle società di diritto comune (relativamente alla costituzione, ai poteri speciali dell'azionista pubblico e così via).

Ciò comporterebbe che la disciplina ad esse applicabile possa derogare a quella del codice civile ed essere dunque "speciale".

²⁶⁸ Sulla base di tale percorso argomentativo, nella sentenza n. 315/2005 del 21 dicembre 2004 (www.giustizia-amministrativa.it), il Consiglio di Stato, sez. IV, chiamato a valutare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo per una controversia relativa ad un'asta pubblica gestita da Scip s.r.l., rinvia al compimento di un'adeguata istruttoria, volta a considerare assetto e funzionamento interno della società in questione, al fine di stabilire se ci si trovi dinanzi ad un caso di privatizzazione solo formale dell'esercizio di funzioni, tale da sottrarre la società "ad un inquadramento nella sfera del diritto privato e configurare una *longa manus* ed una portatrice di poteri autoritativi propri". In merito, il Consiglio di Stato, sez. IV., con la pronuncia del 30 gennaio 2006, n. 308, (consultabile su www.dirittodeiservizipubblici.it), che proprio in ragione del tipo di attività svolta, dei vincoli posti al suo esercizio e dei penetranti poteri spettanti al socio pubblico, "essendo assente l'autonomia nella posizione funzionale della Scip e nell'esercizio dell'attività demandata dal legislatore, apparendo la stessa, al contrario, soggetta in tale ambito all'esercizio del potere gestionale discrezionale e totalizzante dell'Amministrazione di riferimento di incidere in maniera del tutto pervasiva sulla sua solo presunta autonomia, così divenendo di fatto essa stessa strumento per l'esercizio di poteri pubblicistici" la controversia in esame rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

²⁶⁹ In merito, autorevole dottrina sottolineava, però, come probabilmente il metodo degli indici di riconoscibilità avesse fatto il suo tempo e come il quesito da porsi non dovesse essere solo "quando un ente è pubblico" ma anche "perché un ente è pubblico", con ciò evidenziando uno scontro tra qualificazione formale e realtà sociale ed un'insofferenza dell'ordinamento rispetto a problemi di qualificazione. V. CAIANIELLO, *Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtà sociale*, *Dir. soc.*, 1992, 197-198.

In secondo luogo, il carattere formale delle privatizzazioni in questione e la circostanza che lo Stato o altro ente pubblico detenga la totalità o comunque il controllo delle azioni di tali società rende ancora necessario e comunque opportuno lo svolgimento del controllo da parte della Corte dei Conti sulle società in questione.

Detto altrimenti, non sarebbero venute meno, a seguito di privatizzazioni (solo formali) le ragioni che giustificano l'esercizio del controllo sulla gestione finanziaria degli enti ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria, dal momento che, precisa la Corte, la titolarità del controllo o addirittura della totalità delle azioni equivarrebbe ad una forma di contribuzione in via ordinaria da parte dello Stato.

Punto centrale della pronuncia della Corte non è, dunque, l'affermazione di una natura pubblicistica delle società a partecipazione pubblica.

La Corte, infatti, non si spinge a tanto²⁷⁰ e si limita ad osservare che “le società per azioni derivate dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici, conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica”.

Il pregio della pronuncia in esame sta, invece, nell'aver sottolineato come il controllo della Corte dei conti sulle società derivanti dalla privatizzazione perda la propria ragion d'essere non in ragione del solo mutamento della veste formale dei soggetti ad esso sottoposti, ma nel momento in cui il processo di privatizzazione attraverso l'effettiva dismissione delle quote azionarie in mano pubblica avrà assunto connotati sostanziali, tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica.

Si tornerà più avanti sul tema della considerazione dello scopo perseguito dalla norma per valutarne l'applicabilità ai diversi soggetti dell'ordinamento, al quale la pronuncia richiamata sembra offrire validi punti di appoggio.

Per rimanere, invece, alle posizioni della giurisprudenza amministrativa è appena il caso di precisare come alla presunta mancanza²⁷¹ della pronuncia della Corte costituzionale, abbia rimediato l'altrettanto nota sentenza del Consiglio di Stato n. 498 del 20 maggio 1995²⁷².

²⁷⁰ Una diversa conclusione è, invece, quella raggiunta nella sentenza n. 363 del 19 dicembre 2003, rispetto a Italia lavoro s.p.a. che presenta, a detta della Corte costituzionale alla luce dell'analisi compiuta rispetto alla sua costituzione, alle attività da essa svolte e alla misura della partecipazione pubblica al capitale, “tutti i caratteri propri dell'ente strumentale, salvo quello di rivestire, per espressa disposizione legislativa la forma di società per azioni”. La sentenza è consultabile su www.giurcost.or. Nello stesso senso pare poi la nota pronuncia della Corte n. 29 del 2006, sulla quale si tornerà in seguito.

²⁷¹ Sono le parole utilizzate dai giudici amministrativi nella richiamata pronuncia n. 9829 del 2001 del Consiglio di Stato.

Nel sancire la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative agli affidamenti di lavori effettuati da Ferrovie dello Stato S.p.a., il Consiglio di Stato afferma, infatti, esplicitamente che le società derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici “continuano ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici la cui tutela...non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico, che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica”.

La qualificazione come società di diritto speciale determinerebbe, ad avviso del giudice amministrativo, l'incompatibilità della causa lucrativa con le finalità pubblicistiche che F.S. S. p. a. è chiamata a perseguire, con la conseguenza che tale società, fino a che rimarrà di proprietà maggioritaria o esclusiva dello Stato, “non potrà pretendere di essere o agire alla pari di una normale società di diritto privato”.

Pur se con considerazioni opinabili²⁷³, la pronuncia citata, apre all'affermazione nell'ambito della giurisprudenza amministrativa della nozione di “pubblico sostanziale”²⁷⁴, derivante dal riconoscimento della valenza oggettivamente pubblicistica dell'attività svolta, pretendendo di collocarsi sulla stessa scia degli indirizzi emersi in sede comunitaria²⁷⁵.

Emerge chiaramente dalle argomentazioni utilizzate il timore che sembra ispirare l'orientamento del Consiglio di Stato in merito alla natura delle società a partecipazione pubblica.

Il pericolo secondo i giudici è che “la tutela dei rilevanti interessi pubblici affidati a tali società possa risultare soppressa in conseguenza del mutamento della sola veste formale di un soggetto giuridico che per il

²⁷² La sentenza si trova in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1134 e segg. con commento di S. CASSESE. Sul tema si veda poi A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di diritto speciale: problemi di giurisdizione*, *Dir. proc. amm.*, 1996, 158 e segg.

²⁷³ Si veda in proposito S. CASSESE, *Gli enti privatizzati*, cit., 1138-1140.

²⁷⁴ Per una critica all'uso generalizzato dell'accezione di pubblico sostanziale, A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche*, cit., spec. 179-190.

²⁷⁵ Così esplicitamente Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005 n. 5830, (consultabile su www.dirittodeiservizipubblici.it), secondo cui “devono considerarsi enti pubblici anche le società che svolgono attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenute ad operare come pubbliche amministrazioni...nella considerazione dell'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione attualmente riferita...non al regime giuridico formale cui gli enti sottostanno quanto piuttosto ai dati sostanziali che ne caratterizzano la struttura, l'attività e la funzione”. L'orientamento in esame sembra trovare conferma in quel filone giurisprudenziale che tende a far rientrare le società a partecipazione pubblica nella categoria degli organismi di diritto pubblico per poi concludere per l'estensione a tali soggetti della disciplina pubblicistica. In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, n. 2724 del 4 giugno 2002, le cui considerazioni sono poi riprese da Corte dei Conti, sez. giurisd. per la Regione Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114. Sul tema si veda anche Cons. Stato, Ad. Plen., 23 luglio 2004 n. 9 su www.giustizia-amministrativa.it, con commento di G. BACOSI, *Sulla giurisdizione la Consulta chiama (204.04)..la Plenaria risponde (9.04)..*

resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica”²⁷⁶.

La questione nei termini in cui è posta dai giudici è chiara, se un soggetto persegue finalità pubbliche, esse devono godere della stessa tutela della quale godrebbero se fossero perseguite per mezzo di strumenti di diritto pubblico, indipendentemente dal fatto che il soggetto agente sia “formalmente” pubblico o privato.

Non colpisce l'intento dei giudici di assicurare una tutela dello stesso grado a interessi pubblici a prescindere dal soggetto che ne risulti affidatario. Il punto è, semmai, domandarsi se la disciplina pubblicistica, a cui instancabilmente si ricorre sia davvero l'unica in grado di assicurare una tale tutela.

Ci si chiede, in altre parole, se l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa non nasconda qualcosa d'altro, per esempio una tendenza all'espansione incontrollata della propria giurisdizione²⁷⁷.

5. Il criterio della provenienza delle risorse utilizzate. La definizione dei confini tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria.

Significativa ai fini della presente indagine è, poi, anche la posizione espressa dalla Corte dei Conti in merito alla configurabilità di ipotesi di responsabilità amministrativa anche nei confronti di amministratori di società a partecipazione pubblica²⁷⁸.

In diverse occasioni, la Corte ha avuto modo di precisare come la forma assunta dall'ente altro non è che lo strumento attraverso il quale viene svolta l'attività amministrativa che rimane finalizzata al

²⁷⁶ In questo contesto sembrano collocarsi le pronunce del giudice amministrativo volte ad estendere a soggetti formalmente privati alcuni obblighi di stampo pubblicistico. Così, il Cons. Stato, Adu. Plen., 5 settembre 2005, n. 5, su *Foro Amm. - Cds.*, 2006, 769 e segg., con commento di M.G. DELLA SCALA, secondo cui “la nuova società per azioni risulta vincolata al perseguimento di quegli stessi fini istituzionali ai quali attendeva l'ente pubblico soppresso”, con la conseguenza che “l'obbligo pubblicistico di esibizione dell'atto non si pone come incompatibile con l'acquisizione della veste privatistica di società per azioni conseguita dalla nuova istituzione, risultando la detta società per gli interessi pubblici perseguiti sottoposta *iure proprio* al regime pubblicistico dell'accesso.

²⁷⁷ Ancora, S. CASSESE, *Gli enti privatizzati*, cit., 1140, che parla di “giudice amministrativo onnivoro”. La pronuncia è peraltro la prima ad occuparsi del tema della giurisdizione sugli atti delle società derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici. Nello stesso senso, si è detto che il giudice amministrativo fungerebbe da “moltiplicatore della ripubblicizzazione”, G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo*, cit., 538.

²⁷⁸ Il tema verrà ripreso al capitolo quarto.

perseguimento di interessi pubblici, pur se disciplinata nelle forme del diritto privato.

La conclusione, sostiene la Corte, è che il dato cui bisogna guardare è quello della provenienza pubblica o privata delle risorse utilizzate²⁷⁹; ciò perché l'intento del legislatore del 1994 era quello di tutelare il patrimonio delle amministrazioni e degli enti pubblici, rimanendo a tal fine irrilevante la qualificazione pubblicistica o privatistica del soggetto agente e gli strumenti attraverso i quali le finalità pubbliche vengono realizzate²⁸⁰.

Anche secondo una certa giurisprudenza della Corte dei Conti, dunque, in considerazione dell'evoluzione che ha caratterizzato l'ordinamento della pubblica amministrazione a partire dagli anni '90 attraverso i processi di privatizzazione e aziendalizzazione ciò che rileva ai fini dell'applicazione di una disciplina pubblicistica²⁸¹ (nel caso di specie l'istituto della responsabilità amministrativa) non è la qualificazione formale assunta dal soggetto.

La constatazione che attività qualificabili come amministrative possano essere svolte anche da soggetti non pubblici diventa allora il presupposto sulla base del quale si giustifica l'estensione di istituti pubblicistici a soggetti formalmente privati.

L'assunto dell'irrelevanza della forma assunta dal soggetto agente non legittima però a dedurre la natura sostanzialmente pubblicistica. La richiamata giurisprudenza della Corte dei Conti si segnala infatti, proprio perché ponendo al centro del dibattito in tema di responsabilità degli amministratori la qualificazione oggettivamente pubblica delle risorse finanziarie gestite²⁸², suggerisce una ricostruzione secondo cui

²⁷⁹ In merito, viene richiamata la giurisprudenza della Corte di Cassazione (tra le altre si vedano le già richiamate, Cass. SS. UU., ord. 19667/2003 e Cass. SS. UU., 3899 del 2004) e da ultimo Corte di cassazione, 1 marzo 2006, n. 4511, su www.lexitalia.it, secondo cui l'elemento discriminante tra le due giurisdizioni sarebbe dato dalla natura pubblica o privata delle risorse di cui il soggetto si avvale. Sul tema, M. PERIN, *I recenti orientamenti della Cassazione sui confini della giurisdizione contabile di responsabilità amministrativa*, su www.lexitalia.it.

²⁸⁰ A queste conclusioni la Corte dei Conti giungeva nella pronuncia della sez. giurisd. per la Regione Abruzzo del 14 gennaio 2005, n. 67 (consultabile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it), nella quale aveva affermato la propria giurisdizione nei confronti degli amministratori di un Consorzio pubblico nonostante la trasformazione in S.p.a.

²⁸¹ Sul tema della disciplina della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, la magistratura contabile ha avuto modo di pronunciarsi anche nella sentenza, III sez. giurisd. centr. d'appello, 4 giugno 2004 n. 284, (su www.dirittodeiservizipubblici.it), nella quale ha osservato come "la partecipazione da parte di un Ente pubblico al capitale di una società comporta che in caso di perdite, la copertura deve avvenire nella stessa percentuale del capitale versato. Nel caso in cui per il risanamento delle perdite l'erogazione ecceda tale limite gli amministratori che hanno provveduto in tal senso devono risarcire il danno ingiusto per aver indebitamente utilizzato risorse pubbliche".

²⁸² Nel caso di specie la Corte aveva evidenziato la sussistenza di un rapporto di concessione tra il Ministero dell'Agricoltura e Foreste e la Società C a r. l. Frigomacello Consortile del Molise e che pertanto a prescindere dalla sua natura privatistica la Società risultava comunque investita dell'esercizio di funzioni rivolte alla cura di interessi pubblici. La pronuncia, Corte dei

l'attenzione allo scopo della norma considerata (nel caso di specie la previsione di una responsabilità in capo a soggetti che in virtù della propria posizione causano un danno al patrimonio pubblico), comporta che nella misura in cui l'esigenza tutelata continui a manifestarsi l'applicazione rimanga opportuna e necessaria, a prescindere dalla veste giuridica del soggetto.

Di recente²⁸³, peraltro, la Corte dei Conti si è ancora richiamata, sia pur in via non esclusiva, al criterio della provenienza delle risorse utilizzate precisando come, anche in conseguenza delle fenomeni che hanno coinvolto le strutture organizzative della pubblica amministrazione, si sia compiuto un passaggio “dalla responsabilità amministrativa dei soli amministratori e dipendenti pubblici per il danno patrimoniale da essi determinato alle finanze dell'amministrazione di appartenenza in relazione alla violazione di obblighi di servizio, alla “responsabilità finanziaria”, intesa come una generale forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze, in cui possono incorrere tutti i soggetti che abbiano maneggio o che utilizzino pubbliche risorse e che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione delle risorse pubbliche”.

Ad onor del vero, va però precisato come nell'ultima pronuncia richiamata, relativa ad un'ipotesi di responsabilità per danno erariale in capo ad amministratori di società in mano pubblica (Enelpower s.p.a.), appartenente al gruppo Enel s.p.a., la Corte, in accordo con l'orientamento più volte sostenuto dal Consiglio di Stato in materia di società a partecipazione pubblica, ha ritenuto che, nonostante la trasformazione in società per azioni e in ragione della sua struttura e del suo funzionamento interno, Enel s.p.a. “rivesta natura di ente pubblico ovvero di organismo di diritto pubblico”²⁸⁴.

Le conclusioni raggiunte dalla Corte nella pronuncia in esame, rimangono coerenti con la giurisprudenza in precedenza richiamata, secondo cui la veste formale di società per azioni non esclude l'applicabilità dei principi in materia di responsabilità amministrativa a coloro che ne sono amministratori.

Tuttavia, la Corte, pur riproponendo l'attualità del criterio della natura delle risorse utilizzate, si mostra in qualche modo incline a recepire le argomentazioni più volte espresse dai giudici amministrativi e già richiamate.

Conti, sez. giurisd. per la Regione Molise, 7 ottobre 2002, n. 234 è consultabile sul sito www.giustamm.it.

²⁸³ Corte dei Conti, sez. giurisd. per la Regione Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

²⁸⁴ Di recente, sugli elementi che debbono sussistere affinché una società possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico, Tar Friuli Venezia Giulia, 26 ottobre 2006, n. 698, su www.dirittodeiservizipubblici.it.

6. *Le società a partecipazione pubblica dopo la legge n. 15 del 2005.*

Al dibattito sul fenomeno di scomposizione e ricomposizione di regimi giuridici sviluppatosi a seguito della penetrazione di figure soggettive private nell'amministrazione pubblica ha contribuito anche la riforma delle regole dell'azione amministrativa, operata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

Due sono, in particolare, le disposizioni rilevanti sul punto. Intanto, l'art. 1-*bis* della legge che afferma che "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente"²⁸⁵.

Della disposizione ci si occupa, qui, perché pur non contenendo un esplicito riferimento all'utilizzazione dello strumento societario da parte dell'amministrazione in qualche modo è il segno del consolidarsi di una tendenza²⁸⁶.

²⁸⁵ Diversa formulazione era stata adottata invece nel progetto di riforma della Costituzione presentato dalla Bicamerale (ai sensi della l. cost. n. 1/97), che prevedeva che le pubbliche amministrazioni "salvi i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme di diritto privato" (art. 106). Come si vede si tratta di una soluzione diversa al problema del rapporto diritto pubblico e diritto privato nell'attività amministrativa dal momento che effettivamente in tal caso le uniche limitazioni all'uso del diritto privato da parte dell'amministrazione sarebbero state date dall'esistenza di norme inderogabili che imponessero la scelta di un determinato modello e l'impossibilità di ottenere gli stessi effetti attraverso i diversi strumenti. Sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, *Dir. Amm.*, 2003, 234. In proposito è osservato, poi, come l'angolo visuale delle situazioni soggettive consente di cogliere maggiormente il differenziale tra un regime pubblicistico dell'azione ed uno integralmente privatistico, poiché il primo regime consente la tutela di quei terzi che il diritto privato normalmente non contempla. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, *Dir. pubbl.*, 2003, 425. L'accoglimento di un'impostazione del tipo di quella indicata avrebbe comportato, come opportunamente è stato sottolineato, il venir meno di tutte quelle "interpretazioni che si muovono sotto l'egida della naturale supremazia dell'amministrazione". G. MORBIDELLI, *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, *Dir. pubbl.*, 1997, 817.

²⁸⁶ Più che di intreccio tra pubblico e privato nell'attività amministrativa ma di funzionalizzazione della distinzione tra pubblico e privato all'assoggettamento dei principi fondamentali del diritto europeo parla S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, cit., 909. L'autorevole autore sottolinea infatti come l'ultima direzione nella quale si muove il diritto europeo non sia quella verso l'indifferenza della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato quanto quella definizione di una distinzione ad assetto variabile. Si allarga o si restringe l'area pubblicistica a seconda delle norme europee da applicare.

La norma citata, infatti, non dice nulla di nuovo²⁸⁷, se si conviene che l'affermazione di un teorico primato del diritto privato viene di fatto smentita dalle due correzioni poste al principio espresso, vale a dire quella dell'esclusione degli atti autoritativi e l'altra, relativa alla possibilità di deroghe poste dalla legge.

La disposizione ora richiamata si presta, peraltro, a letture differenti; una delle quali più innovativa, l'altra, invece, che si limiterebbe a ribadire il principio per cui per l'emanazione di un atto di natura autoritativa è subordinata all'attribuzione di un potere conferito dalla legge, mentre non sarebbe necessaria alcuna legittimazione normativa all'utilizzo degli strumenti di diritto privato.

Molto diverso sarebbe, invece, pretendere dalla norma qualcosa in più e dedurre un'astratta sostituibilità tra diritto pubblico e diritto privato o la necessità da parte dell'amministrazione di valutare la possibilità anche in sede procedimentale di concludere accordi con soggetti privati.

Una tale prospettiva che rappresenterebbe una decisa virata verso il diritto privato come criterio ordinatore dell'azione amministrativa apre però una serie di questioni problematiche.

In particolare, ammettere che con l'art 1-*bis* si volesse attribuire definitivo e generale riconoscimento all'ingresso del diritto privato nell'attività amministrativa, imporrebbe di interrogarsi non solo sul modo in cui il diritto privato potrà condizionare l'attività amministrativa, ma anche su quanto il diritto privato utilizzato dall'amministrazione possa subire l'influenza del diritto pubblico²⁸⁸.

Ad ogni modo, se così fosse, dovrebbe verificarsi la tenuta del sistema in termini di garanzia degli interessi pubblici²⁸⁹ e rispetto dei valori dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa²⁹⁰.

²⁸⁷ Il principio secondo cui l'amministrazione opera nelle forme del diritto pubblico, con la conseguenza che l'adozione del diritto privato sarebbe soltanto un'eccezione, poteva infatti già ritenersi superato sia nella prassi che nelle ricostruzioni tanto giurisprudenziali che dottrinali. In questi termini, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, www.giustamm.it. In particolare, autorevole dottrina sottolinea l'inutilità della norma, nella misura in cui sembra voler dire che l'atto, ancorché autoritativo, di diritto privato di una pubblica amministrazione non può essere che un atto esecutivo, il quale, ancorché di diritto privato, essendo esecutivo, è del tutto simile ad un tradizionale atto amministrativo. F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, *Dir. Amm.*, 2004, 655.

²⁸⁸ In questo senso, D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, www.giustamm.it, 2.

²⁸⁹ In questi termini si esprimono anche alcune delle prime sentenze sul tema; tra le altre: Tar Lombardia, Brescia, 25 febbraio 2005, n. 99, (www.giustamm.it), nella quale si afferma testualmente che secondo un principio pacifico di cui l'amministrazione è portatrice può essere perseguito anche mediante l'uso di moduli di diritto comune qualora siano congrui rispetto agli obiettivi prestabiliti.

In ogni caso, il futuro della norma in questione sembra dipendere dal grado di flessibilità con il quale verranno interpretate le due limitazioni poste dalla legge all'indiscriminata applicazione del diritto privato.

In primo luogo, se non è per niente evidente che cosa debba intendersi per "atto autoritativo"²⁹¹, non meno complesso è riempire di contenuto l'espressione "salvo che la legge disponga diversamente"²⁹².

Alla stessa esigenza di contemperare, si potrebbe dire, privatizzazioni e funzionalizzazione dell'azione amministrativa si ispira anche la seconda delle due disposizioni dedicate dalla nuova legge 241 al rapporto tra amministrazione e diritto privato.

Si tratta dell'art. 1-ter, secondo il quale "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1"²⁹³. La norma codifica un principio abbastanza consolidato nelle pronunce giurisprudenziali che si sono occupate dello svolgimento di attività amministrative da parte di soggetti privati.

Il tema è stato già affrontato. Basti solo ricordare che secondo l'impostazione che qui si è prescelta l'applicazione di una disciplina pubblicistica ad un soggetto "privato" non deriverebbe dalla sua qualificazione in termini pubblicistici quanto dalla necessaria conservazione di valori dal rispetto dei quali l'esercizio di attività amministrativa, in qualunque forma, non può prescindere²⁹⁴.

²⁹⁰ Sul punto, G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 484. In proposito, parte della dottrina ritiene che la collocazione dell'attività amministrativa nel diritto privato impone di ricercare all'interno di questo gli spazi per soddisfare le insopprimibili esigenze di imparzialità e buon andamento. Così L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, www.giustamm.it. Dello stesso avviso, pare, F. TRIMARCHI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, *Dir. Amm.*, 2004, 689.

²⁹¹ Per un'analisi della tematica si rinvia a B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000. Sul tema interviene, peraltro, una recente pronuncia del Tar Campania, Salerno, 19 maggio 2005, n. 2496, ([su www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)) nella quale, in ragione della qualificazione della convenzione costitutiva di consorzio fra enti locali come esempio di accordo tra amministrazioni pubbliche si conclude per l'applicazione dei principi in materia di recesso dalle persone giuridiche sorte *ex facto*, in ossequio proprio alla disposizione contenuta nell'art. 1 comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990). In proposito, anche Tar Friuli Venezia Giulia, 16 dicembre 2005, n. 1074, www.giustamm.it, nella quale si afferma che "l'autorità procedente ponendo in essere un atto paritetico (nella specie un provvedimento dell'Agenzia del demanio del Friuli Venezia Giulia con il quale viene respinta la domanda della ricorrente all'acquisto di un immobile), ha agito *iure privatorum*", circostanza dalla quale si fa derivare l'applicazione al caso di specie dell'art. 1-bis della legge 241 del 1990 e che comporterebbe il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, dal momento che la posizione fatta valere sarebbe una posizione di diritto soggettivo.

²⁹² G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa*, cit., 485-486.

²⁹³ Il 1 comma dell'art. 1 della nuova versione della l. 241 del 1990, oltre al riferimento ai principi di efficienza, economicità, trasparenza e pubblicità, si richiama infatti espressamente ai principi dell'ordinamento comunitario.

²⁹⁴ In proposito, si v. Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2006, n. 229, consultabile su www.giustamm.it), secondo cui anche l'attività di diritto privato posta in essere dai gestori del servizio, pur non costituendo gestione del servizio ma rimanendo collegata a quest'ultima da un nesso di

E' proprio questo l'aspetto per il quale la disposizione citata va sottolineata. Essa sembra poter ridurre il rischio di improprie operazioni di riqualificazione pubblicistica della natura di soggetti privati²⁹⁵, nella misura in cui esplicitamente impone il rispetto dei principi fondamentali in materia di amministrazione anche ai soggetti *privati*.

Per questo, allora, le due disposizioni richiamate sono rilevanti. Intanto, viene codificato il principio, già operante nella prassi, di equiparazione tra diritto pubblico e diritto privato, sia pur nei modi che si è detto; sotto altra prospettiva viene esplicitamente sostenuta l'applicabilità della disciplina pubblicistica a soggetti che svolgono attività amministrativa.

7. Autonomia regionale e società a partecipazione pubblica. Il limite del "diritto privato" nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Nell'illustrare le problematiche sottese all'individuazione della disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica non può non darsi conto di un'ulteriore elemento di mobilità del sistema²⁹⁶, derivante dal riconoscimento della possibilità per le Regioni di disciplinare alcuni degli aspetti relativi alle strutture societarie operanti nel territorio regionale.

La questione richiamata, rappresenta, com'è evidente, solo una delle declinazioni possibili dell'applicazione del limite del diritto privato alla potestà legislativa regionale.

Come si sa, l'espressa formulazione del limite del diritto privato è piuttosto risalente²⁹⁷. Una prima spiegazione che sia dottrina che

strumentalità derivante anche, sul versante soggettivo, dall'intensa conformazione pubblicistica, rimarrebbe soggetta alle disposizioni sull'accesso, anche in considerazione "dell'unitarietà del trattamento e di favore per l'accesso piuttosto che per la riservatezza degli atti", richiamando proprio la formulazione dell'art. 1 *ter* della legge 241/90 nuova versione.

²⁹⁵ Così, G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa*, cit., 487, che, peraltro, opportunamente sottolinea come il problema potrebbe poi essere semmai quello della definizione delle attività amministrative, sottoposte ad un regime tipico.

²⁹⁶ Osservava, infatti, M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e legislatori nazionali nella sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 1992: verso la formazione di un diritto societario regionale*, *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, 12, che l'ammissione di una competenza regionale alla disciplina delle società a partecipazione pubblica, in deroga al sistema codicistico rischierebbe di "esasperare la tendenza alla frantumazione del modello codicistico, avallando la proliferazione anche a livello regionale di società a partecipazione pubblica di diritto speciale o meglio di diritto singolare".

²⁹⁷ L'origine di tale limite può infatti essere rintracciato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, degli anni '50, quando la Suprema Corte svolgeva il controllo di costituzionalità della legge con effetti limitati al caso concreto. Sulla ricostruzione dell'origine del limite del diritto privato nel testo costituzionale previgente, E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*,

giurisprudenza indicavano a fondamento dell'esclusione del diritto privato dalle "materie" oggetto di competenza legislativa regionale, stava nell'incerta collocazione della legge regionale nel sistema delle fonti.

In altri termini, si riteneva che la denominazione di legge fosse impropria per le leggi delle Regioni, dal momento che la potestà legislativa regionale sembrava piuttosto assimilabile alla potestà regolamentare attribuita agli enti autarchici territoriali²⁹⁸.

D'altra parte, negli anni successivi alla formazione delle Regioni e fino alla riforma della Costituzione con la legge n. 3 dell' 8 ottobre 2001, la dottrina aveva più volte osservato la scarsa consistenza della produzione normativa regionale²⁹⁹.

Tuttavia, da parte di alcuni,³⁰⁰ l'imposizione del limite del diritto privato alla normativa regionale veniva indicata come uno dei fattori, che avevano contribuito alla progressiva svalutazione delle leggi regionali. Secondo altri³⁰¹, invece, era proprio la concezione prevalentemente amministrativa dell'ente regionale a giustificare l'emersione del limite del diritto privato.

Ad accomunare le diverse ricostruzioni della questione della potestà legislativa regionale in materie privatistiche, era in ogni caso l'idea che il fondamento del limite del diritto privato andasse ricercato nell'art. 5 della Costituzione³⁰².

In altre parole, si temeva che il frazionamento della disciplina privatistica potesse rappresentare una frattura per l'unità politica così faticosamente raggiunta.

Sotto altra prospettiva, e oltre al significato politico di garanzia dell'unità nazionale, l'idea di un diritto privato uniforme in tutto il territorio sembrava ricollegarsi anche al carattere della transnazionalità del diritto commerciale³⁰³, che mal si sarebbe accordata con la presenza di discipline differenti in ogni singola Regione.

Nel dibattito su quelle che potevano essere le ragioni da porre a fondamento della previsione del limite del diritto privato alla potestà

Padova, 2005, 11-95.

²⁹⁸ In particolare, G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in (diretto da) P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico della Costituzione*, Firenze, 1950, 62, affermava che la denominazione di legge regionale non dovrebbe intendersi in senso tecnico di leggi formali, perché tale denominazione è riservata ai soli atti espressione di sovranità quali non sarebbero gli atti legislativi della Regione.

²⁹⁹ In questo senso, tra gli altri, G. MOR, *Le Regioni a statuto speciale nel processo di riforma costituzionale*, *Le Regioni*, 1999, 201.

³⁰⁰ Si v., in particolare, l'impostazione di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 299-302.

³⁰¹ In questi termini, G. BERTI, *Relazione*, in N. OCCHIOCUPO, (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1984, 184.

³⁰² C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nella nuova Costituzione*, *Riv. dir. pubb.*, 1948, 196-198.

³⁰³ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 19.

legislativa regionale, sembrava tuttavia rimanere in ombra la riflessione dalla quale tutte le altre derivavano, vale a dire quella sulla relazione tra diritto pubblico e diritto privato³⁰⁴.

Il tema sul quale, per altri versi, ci si è soffermati nelle pagine precedenti, veniva sempre solo sfiorato dalla giurisprudenza, che lasciava in tal modo una sensazione di profonda insoddisfazione nell'interprete che vi si accostava³⁰⁵.

Anche nel dibattito dottrinale si faceva sempre più sfuggente una distinzione che solo in origine poteva apparire così netta. Il lento ma progressivo attenuarsi della corrispondenza tra interesse individuale e diritto privato³⁰⁶, che costituiva il parametro principale per mantenere ferma la distinzione in esame, imponeva di accettare l'avvenuta commistione tra i due settori³⁰⁷.

Diversamente, la Corte costituzionale si ancorava alla distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, non più fondandola sulla natura individuale o meno degli interessi tutelati quanto sul grado di specialità delle due discipline.

Più semplicemente, dalle pronunce della Corte emergeva una contrapposizione tra un "diritto generale", dettato per qualunque soggetto ed un "diritto speciale"³⁰⁸, nel senso di "diritto rivolto solo alle amministrazioni"³⁰⁹.

La conseguenza che tale contrapposizione comportava era quella dell'attribuzione del diritto privato, come diritto generale, alla sola fonte statale e l'apertura del diritto pubblico anche alla disciplina regionale.

Così ricostruiti sinteticamente i termini della questione del limite del diritto privato alla potestà legislativa regionale, è possibile analizzarne

³⁰⁴ In proposito, è utile richiamare l'osservazione di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato, Enc. Dir.*, Milano, 1962, vol. XII, 696 e segg., secondo cui "la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico non può affrontarsi correttamente se non su un piano storico..."

³⁰⁵ Nella giurisprudenza costituzionale degli anni tra il 1956 e il 1962 emergeva come possibile criterio distintivo quello degli interessi pubblici o privati, perseguiti rispettivamente dal diritto pubblico e da quello privato. In proposito, si rinvia alla ricostruzione di, E. LAMARQUE, *op. cit.*, 28-35 e 40-51.

³⁰⁶ Opportunamente, veniva osservato come la svolta decisiva nella storia del diritto privato derivasse dal passaggio da una valutazione "soggettiva" ad una valutazione oggettiva o "meglio" "contenutistica". Proprio tale significato contenutistico avrebbe permesso l'ingresso di nuovi operatori economici costituiti dagli enti pubblici, in seguito al quale il diritto privato indicava (o tornava ad indicare) una serie di regole dirette a disciplinare talune attività della vita sociale, nelle quali vengono adoperati taluni strumenti giuridici. Così, M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini, Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 402-403.

³⁰⁷ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato, Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 602 e segg.

³⁰⁸ E' significativo, peraltro, come la Corte costituzionale pur non esprimendosi, nella giurisprudenza che si è richiamata nelle pagine precedenti, esplicitamente a favore della qualificazione delle società a partecipazione pubblica derivanti dalla privatizzazione di enti pubblici economici, come enti pubblici, le definisse, tuttavia, "società di diritto speciale".

³⁰⁹ Così, G. ALPA, *Diritto privato "e" diritto pubblico. Una questione aperta, Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, *Teoria generale e storia del diritto*, Milano, 1998, 46.

le ricadute sul più circoscritto ambito che qui interessa, vale a dire quello della disciplina regionale delle società a partecipazione pubblica.

Ciò su cui ci si interroga è, dunque, la possibilità per le Regioni di incidere attraverso lo strumento legislativo sui rapporti societari soprattutto in considerazione del mutato assetto costituzionale.

Prima della riforma costituzionale del 2001, infatti, sia pur con qualche apertura³¹⁰ (probabilmente più apparente che reale)³¹¹, rimaneva valido il principio secondo il quale al legislatore regionale era precluso sostituirsi tanto al legislatore nazionale che all'autonomia statutaria delle parti³¹².

Alla conclusione indicata si giungeva in base alle stesse motivazioni in precedenza richiamate a giustificazione dell'esistenza di un generale limite del diritto privato alla potestà legislativa regionale (essenzialmente, la considerazione della natura di diritto comune del diritto privato non frazionabile come tale in difformi diritti regionali)³¹³.

Dove³¹⁴ la Corte costituzionale aveva aperto alla disciplina regionale delle società a partecipazione pubblica³¹⁵, lo aveva fatto invocando l'esistenza di una relazione di strumentalità tra la Regione e la "propria" società, tale da attrarre quest'ultima nell'orbita organizzativa della Regione³¹⁶, che per tale ragione era legittimata alla sua disciplina³¹⁷.

³¹⁰ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 5 febbraio 1992, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 1993, 1, con note di N. MARZONA, *Strumentalità pubblicistica e disciplina di diritto privato nel regime di una società finanziaria regionale*, *ibidem*, 7 e segg. e M.T. CIRENEI, *ivi*, *La società per azioni a partecipazione regionale*, cit., 12 e segg. In generale sulle società finanziarie regionali, G. SANVITI, *Società finanziarie*, cit.

³¹¹ Si v. in proposito le considerazioni di N. MARZONA, *Strumentalità pubblicistica*, cit., 9.

³¹² M. DUGATO, *Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*, *Dir. Amm.*, 1995, 437.

³¹³ Si trattava di tesi, peraltro, già criticata in passato da autorevole dottrina per la sua inattualità, F. GALGANO, *Le regioni ed il governo della società civile, commento a Corte Cost.*, 20 gennaio 1977, n. 38, *Giur. cost.*, 1977, I, 331.

³¹⁴ Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una legge regionale istitutiva di una società finanziaria con capitale interamente sottoscritto dalla Regione, la Corte si era limitata, nella pronuncia da ultimo citata, ad ammettere la costituzionalità della sola norma che prevede l'integrale sottoscrizione regionale del capitale e ciò appunto ricorrendo al criterio della strumentalità dell'organismo societario rispetto alle finalità pubbliche perseguite dalla Regione.

³¹⁵ Sui limiti dell'utilizzo della formula societaria da parte delle Regioni, si v. anche Corte costituzionale, 2 febbraio 1990, n. 51, *Le Regioni*, 1991, 206 e segg. con nota di M. CAMELLI, *S.p.a. a partecipazione regionale: la Corte chiude un problema se ne aprono altri*.

³¹⁶ Tale era, ad esempio, la tesi espressa in merito alle società finanziarie regionali da A. PREDIERI, *Le società finanziarie regionali*, Milano, 1972.

³¹⁷ Più esattamente, la Corte, nel ribadire l'esistenza del limite del diritto privato alla potestà legislativa regionale, afferma che "deroghe alla legislazione di diritto privato sono ammesse nell'area dei rapporti intercorrenti tra società privata e amministrazione regionale, nella misura in cui prevale la connotazione relativa alla strumentalità della società rispetto alle finalità pubbliche che la regione persegue nei campi rientranti nelle competenze ad essa costituzionalmente attribuite". D'altra parte, anche la scelta di risolvere la questione per mezzo del criterio di strumentalità a finalità pubbliche è sembrata poco confacente alle valutazioni di conformità costituzionale, trattandosi di un criterio, di elaborazione del giudice amministrativo, pensato piuttosto per la verifica della legittimità dell'azione amministrativa rispetto alla legge. Così, N. MARZONA, *Strumentalità pubblicistica*, cit., 11.

Un'impostazione del tipo di quella indicata, oltre a non aver prodotto risultati applicativi di particolare rilievo, suscita perplessità, nella misura in cui sembra porsi nel solco di un'interpretazione delle società a partecipazione pubblica, come enti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici, in ragione del vincolo di strumentalità al perseguimento di finalità pubbliche che li caratterizza e in merito alla quale si sono già espresse riserve³¹⁸.

La stessa Corte, sembra in parte correggere il tiro con una pronuncia di poco successiva rispetto a quella prima ricordata. Posta l'indubitabile esistenza di un limite del diritto privato alla potestà legislativa regionale (per evidenti ragioni di garanzia dell'uniformità di disciplina dei rapporti tra privati sul territorio nazionale), la Corte costituzionale, infatti, ammette deroghe alla disciplina civilistica statale nell'area dei rapporti che intercorrono tra la società privata e l'amministrazione regionale, purché ciò non comporti la violazione dei principi civilistici, ancorché indiretta, e non risultino manifestamente irragionevoli³¹⁹.

Ad ogni modo, anche le posizioni espresse dalla Corte costituzionale, dovevano riadattarsi al mutato assetto costituzionale della ripartizione della funzione legislativa tra i diversi soggetti dell'ordinamento.

E' solo con l'ultima pronuncia della Corte relativa al previgente assetto costituzionale, la sentenza del 6 novembre 2001, n. 352, che si avverte un'attenuazione del limite del diritto privato.

La Corte afferma, infatti, che l'incidenza sulla competenza regionale del limite del diritto privato non opera in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire qualche adattamento, purché tale adattamento a) risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale; b) risponda al criterio della ragionevolezza³²⁰.

Senza entrare qui nel merito delle questioni aperte dalla riforma del titolo V della Costituzione e per l'analisi delle quali si rinvia a specifici contributi sul tema³²¹, si tenterà nelle pagine che seguono di verificare se

³¹⁸ In merito, si rinvia alle osservazioni svolte precedentemente rispetto alla c.d. pubblicizzazione degli enti pubblici economici privatizzati. Viene peraltro sottolineato come la forza espansiva del criterio della strumentalità pubblicistica potrebbe peraltro arrivare a giustificare la sottrazione del modello regionale a gran parte della disciplina comune. M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione regionale*, cit., 22.

³¹⁹ Sono le osservazioni della Corte nella sentenza del 23 dicembre 1994, n. 441, nella quale la Corte aveva dichiarato l'illegittimità della normativa laziale, che aveva disposto in ordine agli organi di una società regionale, derogando alle disposizioni afferenti i poteri dell'assemblea, degli amministratori e dei sindaci previsti dal codice civile. Sul punto, si v. le riflessioni di M. DUGATO, *Potestà legislativa regionale*, cit., 426 e segg.

³²⁰ In merito, si rinvia alle considerazioni di E. LAMARQUE, *op. cit.*, 77-82.

³²¹ Tra gli altri, si v. R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo importante chiarimento*, (nota a Corte cost., sent. 282 del 2002), *Le Regioni*, 2002, 1445 e segg.; M. CAMMELLI,

il rinnovato assetto delle autonomie imponga di rivedere le conclusioni raggiunte in merito alla competenza regionale in materia di diritto privato o se, invece, l'attribuzione della materia dell'“ordinamento civile” alla competenza esclusiva statale³²² rappresenti una riproposizione, sotto altra forma, del tradizionale limite del diritto privato.

Per far questo, occorrerà innanzitutto definire il contenuto dell'espressione utilizzata dal legislatore costituzionale³²³.

Sono sostanzialmente di due tipi le ricostruzioni dottrinali della nozione di ordinamento civile. Da un lato, vi è chi ritiene non vi sia alcun collegamento tra la formula in questione e il preesistente limite del diritto privato³²⁴, dal momento che nell'attuale sistema delle competenze legislative sarebbe attribuito alle Regioni tutto ciò che non è espressamente attribuito allo Stato (come appunto il diritto privato che non figura negli elenchi di materie del 117 Cost.).

Diversamente, è stato sostenuto, che pur essendo ravvisabile una sorta di continuità tra limite del diritto privato ed ordinamento civile, tale formula costituzionale debba essere intesa in maniera innovativa; ciò peraltro seguendo percorsi argomentativi differenti.

Alla tesi di chi accoglie un'interpretazione più ampia del concetto di ordinamento civile, che comporterebbe un'ulteriore riduzione degli spazi

Amministrazione e interpreti davanti al nuovo Titolo V della Costituzione, Le Regioni, 2001, 1273 e segg.; ID., *Dopo il titolo V: quali poteri locali?*, *Le Regioni*, 2002, 3 e segg.; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, *Le Regioni*, 2001, 1223 e segg.; G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, *Le Regioni*, 2001, 1247 e segg.; E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile", di esclusiva competenza statale*, *Le Regioni*, 2001, 1343 e segg.; M. OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali*, in AA. VV., (a cura di), T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, 2^a ed., Torino, 2003; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, *Le Regioni*, 2001, 1173; ID., *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto ordinario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, *Le Regioni*, 2003, 599 e segg.; G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, *Dir. pubbl.*, 2002; 767 e segg.; A. RUGGERI, *La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie e le nuove frontiere della normazione*, *Le Regioni*, 2002, 699 e segg.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004; L. TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, *Le Regioni*, 2002, 343 e segg.

³²² La tematica non è peraltro esclusiva pertinenza del nostro testo costituzionale, si v., ad esempio, l'art. 149 della Costituzione spagnola che indica tra le materie riservate allo Stato la legislazione civile, facendo salvi il mantenimento, la modifica e lo sviluppo da parte delle Comunità autonome dei diritti civili, forali o speciali ove esistano.

³²³ In proposito, si v. E. LAMARQUE, *op cit.*, spec. 262-277. Anche l'atteggiamento della Corte costituzionale nei confronti della formula dell'ordinamento civile ha fatto registrare nel periodo successivo alla riforma del 2001 orientamenti ondivaghi, il cui denominatore comune sembra essere l'adozione di una concezione di "ordinamento civile" come "materia" e non più come "limite". A. M. BENEDETTI, *L'ordinamento civile come materia o come limite? Ovvero: Il federalismo italiano tra rigidità delle formule e ragionevolezza delle soluzioni*, *Pol. Dir.*, 2005, 471 e segg.

³²⁴ E' questa ad esempio la posizione di N. IRTI, *Sul problema delle fonti di diritto privato*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 702, nota 2, secondo il quale l'ordinamento civile in ragione della sua collocazione (tra le norme processuali da un lato e la giustizia amministrativa dall'altro) indicherebbe l'ordinamento giudiziario.

di autonomia del legislatore regionale in materia di diritto privato³²⁵, si è affiancata quella di chi sostiene che la definizione del limite del diritto privato debba essere conservata solo nel suo significato minimale, così ammettendo la competenza regionale laddove già precedentemente veniva ammessa. Ciò non vuol dire, si è pure precisato, che il nuovo assetto costituzionale abbia aperto la strada ad ogni intervento regionale nella materia³²⁶.

Vi è, infine, variamente argomentata, la posizione di chi ritiene che la previsione dell'ordinamento civile tra le materie riservate alla competenza dello Stato rappresenti in sostanza la riproposizione del tradizionale limite del diritto privato³²⁷.

Secondo una prima ricostruzione³²⁸, per individuare gli spazi della competenza regionale, occorrerebbe ragionare in una duplice prospettiva; di contenuto, per escludere la competenza regionale rispetto a quanto effettivamente rientri nell'ordinamento civile e (dunque nella competenza esclusiva dello Stato) e di metodo, per precisare che tipo di normazione possa essere quella regionale in materia di diritto privato.

Per farlo, occorrerebbe in primo luogo distinguere norme di diritto privato in senso proprio e norme che effettivamente tali non sono³²⁹.

³²⁵ Così, in particolare, D. SORACE, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni*, *Le Regioni*, 2002, 765-766, secondo il quale l'ordinamento civile deve essere inteso come comprensivo tanto dell'attività amministrativa derogatoria del diritto privato che può concernere strumenti per il resto soggetti al diritto comune, tanto i diversi aspetti che definiscono il particolare regime di certi poteri amministrativi e la loro tipologia.

³²⁶ G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, *Contratto e impresa*, 2002, 605.

³²⁷ In questi termini, E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari*, cit., 1344.

³²⁸ E' la tesi di V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. In lavoro complicato per la Corte costituzionale*, *Corr. giur.*, 2005, (pubblicato anche in *Pol. dir.*, 2005, 377 e segg), secondo cui nell'introdurre il limite così formulato (*i.e.* dell'ordinamento civile) il legislatore del 2001 abbia voluto semplicemente "trasformare in *written law*... né più né meno che il vecchio "limite del diritto privato", quale si era venuto costituendo- a mero livello di *case law*- in quasi mezzo secolo di giurisprudenza costituzionale" (p. 1308).

³²⁹ V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, *Riv. dir. priv.*, 2003, 32-33, note 58-59. Sulla base della distinzione in esame, peraltro, la Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 2002, respinge la censura espressa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nei confronti della l. n. 26 del 13 novembre 2001 della Regione Marche, nella parte in cui contiene una disciplina diretta ad incidere sulle regole della responsabilità civile, affermando che "altro sono i principi e i criteri della responsabilità (che indubbiamente appartengono all'area dell'ordinamento civile), altro le regole concrete di condotta, la cui osservanza o violazione assuma rilievo in sede di concreto accertamento delle responsabilità...". Sul tema, R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative*, cit.

La distinzione in esame³³⁰ comporterebbe sul piano applicativo conseguenze importanti, nella misura in cui consentirebbe di “salvare” normative regionali la cui incidenza sul diritto privato propriamente inteso rimanga marginale; concentrandosi esse piuttosto sulla disciplina delle modalità o dei presupposti dell’azione pubblica e rimanendo, di fatto, norme regolatrici di attività amministrative della Regione o di altri enti pubblici soggetti al suo potere normativo³³¹.

Diversamente, la produzione di norme di diritto privato in senso proprio rimarrebbe subordinata al rispetto di limiti rigorosi. Così, in particolare, posto che tale competenza privatistica regionale dovrebbe riguardare materie che appartengono alla competenza legislativa della Regione, dovranno in ogni caso salvaguardarsi il principio di uguaglianza sostanziale ed il principio di ragionevolezza “intrinseca”, (intesa come intima connessione tra la norma di diritto privato regionale e la materia oggetto di competenza legislativa della Regione) ed “estrinseca” (derivante dal rispetto del valore dell’uniformità territoriale del diritto privato)³³².

Alle Regioni rimarrebbe preclusa, in conclusione, anche alla luce del mutato assetto costituzionale delle autonomie, l’introduzione di discipline che non costituirebbero semplici adattamenti alla disciplina comune ma “strappi significativi”³³³.

³³⁰ Si tratta di distinzione non sempre semplice da cogliere in concreto. Lo testimonia, sia pur indirettamente, anche la recente pronuncia della Corte costituzionale del 14 dicembre 2006, n. 411, www.dirittodeiserviziubblici.it, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 18, c. 13, secondo periodo, della l. R. Lombardia 13 febbraio 2003, n. 1 (Riordino della disciplina delle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza operanti in Lombardia), nella parte in cui dispone che al personale assunto successivamente alla trasformazione delle IPAB in persone giuridiche di diritto privato, in sede di contrattazione decentrata, è stabilita l’applicazione di contratti in essere o di contratti compatibili ed omogenei con quelli applicati al personale già in servizio. Il legislatore regionale, sostiene la Corte, ha perseguito una finalità riconducibile all’intento (generico) di “tutelare il lavoro”, ma lo strumento utilizzato, l’obbligo di contrattare, attiene certamente all’ordinamento civile, in quanto si risolve nel vincolo, imposto ad un soggetto privato, di tenere un comportamento prescritto dalla legge e, quindi, in un vincolo destinato ad incidere sul suo potere di autodeterminarsi. Così, dunque, nel caso in esame, per valutare la legittimità della disposizione regionale, la Corte costituzionale ritiene che debba guardarsi non al fine tutelato dalla norma, (astrattamente riconducibile alle competenze legislative regionali) quanto allo strumento utilizzato.

³³¹ Ancora V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 31-35. Esemplicativamente viene richiamata una legge della Valle d’Aosta 1° aprile 2004, n. 3, che nel quadro della disciplina degli interventi a favore dello sport, contiene all’art. 22 una norma dal titolo “Contratto di sponsorizzazione”, nella quale si definiscono una serie di elementi relativi al rapporto contrattuale tra la Regione sponsorizzante e il soggetto sportivo sponsorizzato, tra i quali la durata del contratto, i diritti contrattuali attribuiti alla regione, gli impegni assunti dal soggetto sponsorizzato e così via. Come è stato osservato, si tratta di norma sull’azione pubblica con la quale essa autoregola la propria futura azione amministrativa. Così V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., 1304.

³³² In questi termini, V. ROPPO, *op. ult. cit.*, che riprende e sviluppa alcune delle considerazioni della Corte nella già richiamata sentenza 352/2001.

³³³ Così, ad esempio, probabilmente inficiato da vizio di illegittimità costituzionale sarebbe stato l’art. 11 della legge del Friuli Venezia Giulia 1° ottobre 2002, n. 25, “Disciplina dell’Ente Zona Industriale di Trieste”, che conteneva disposizioni in tema di nullità degli atti di

In senso solo parzialmente diverso, va ricordata la posizione di chi, nel concordare con l'impostazione secondo cui l'inclusione dell'ordinamento civile tra le materie riservate allo Stato confermerebbe l'esistenza del limite del diritto privato, aggiunge però che tale formulazione non starebbe ad indicare qualunque norma incidente sui rapporti privatistici, ma solo quelle che nel loro insieme determinano il sistema³³⁴.

Alla tesi che immagina una continuazione ideale tra ordinamento civile e limite del diritto privato aderisce, infine, anche la maggior parte degli studiosi di diritto civile, che ritiene che il principio della statualità del diritto privato possa essere derogato, come avveniva già nel precedente assetto costituzionale, solo in quegli specifici ambiti rispetto ai quali è possibile immaginare una disciplina locale³³⁵.

Alla luce delle diverse ricostruzioni della questione della competenza legislativa regionale in materia di diritto privato, è possibile tentare di rispondere alla domanda che ci si era posti in apertura di paragrafo, ovvero, quale spazio riconoscere alle Regioni in merito alla disciplina delle società a partecipazione pubblica.

La risposta può essere cercata seguendo due strade; verificando se esista un titolo che abiliti le Regioni a legiferare nell'ambito indicato, oppure ragionando *a contrario*, e cioè escludendo che esistano ragioni impeditive all'esercizio di una tale competenza.

Si è ricordato come la dottrina, sia pur nelle sfumature delle diverse impostazioni richiamate, propenda per un approccio "continuista", in base al quale l'ordinamento civile dovrebbe essere inteso allo stesso modo in cui si intendeva il limite del diritto privato.

Si è detto, poi, che secondo la ricostruzione del limite del diritto privato elaborata dalla giurisprudenza costituzionale, doveva escludersi la competenza regionale alla disciplina di rapporti privatistici, tutte le volte che non fossero interessate l'organizzazione o l'attività di una pubblica amministrazione³³⁶.

trasferimento della proprietà, che a detta del giudice *a quo* costituivano un'illegitima violazione del limite di competenza dell'ordinamento civile, prefigurando ipotesi di nullità di tali atti che si ponevano al di fuori del regime previsto dall'art. 1418 del codice civile. La Corte aveva rinviato gli atti al giudice senza pronunciarsi sul punto, dal momento che la Regione con nuova e successiva legge aveva sostituito il preesistente art. 11 con altra disciplina. In merito si v. le considerazioni di A.M. BENEDETTI, *L'ordinamento civile*, cit., 474.

³³⁴ G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione, Le Regioni*, 2001, 1247.

³³⁵ Per tutti, P. SCHLESINGER, *Ordinamento civile*, in AA. VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, cit., 31-32.

³³⁶ In questi termini, Corte costituzionale n. 173 del 20 aprile 2006 (www.giurcost.org), nella quale viene ritenuta illegittima una norma regionale (art. 4, co. 1, l. Piemonte, 24 dicembre 2004, n. 39), che opera un trasferimento di beni da una persona giuridica "del tutto estranea all'ordinamento sanitario regionale" ad un'azienda locale ed incide sul patrimonio della persona stessa, invadendo la competenza statale in materia di ordinamento civile.

Ebbene. La prima risposta che potrebbe fornirsi al quesito che ci è posti è che, laddove si ritenesse che le società a partecipazione pubblica regionali, pur avendo formalmente una veste privatistica, siano ascrivibili all'organizzazione della Regione, si potrebbe concludere a favore di una competenza regionale integrativa della loro disciplina³³⁷.

Ma come si anticipava tale conclusione non convince. Più plausibile sarebbe ritenere che, pur riconoscendosi nell'ordinamento civile la riproposizione del limite del diritto privato, vi sono, (come vi erano anche nel precedente sistema costituzionale), degli spazi per la normazione privatistica regionale di carattere integrativo e nel rispetto dei generali principi di uniformità del diritto privato sul territorio nazionale e di uguaglianza sostanziale.

Si potrebbe dunque pensare ad una competenza all'emanazione di quelle che si sono definite norme di diritto privato non in senso proprio, che dovrebbero disciplinare cioè, sia pur attraverso strumenti di tipo privatistico, l'esercizio di attività amministrativa da parte della Regione.

In concreto, a parere di chi scrive, possono dunque ammettersi, anche in armonia con il più incisivo ruolo riconosciuto alle Regioni nel rinnovato assetto costituzionale delle autonomie, quelle disposizioni di carattere integrativo relative ai rapporti tra la Regione e la società³³⁸ da essa partecipata, che operi in settori nei quali la Regione abbia competenza legislativa (il governo del territorio e le società a partecipazione pubblica che in esso operano, ad esempio), purché in armonia con i principi generali più volte richiamati e le regole fondamentali imposte dal diritto societario³³⁹.

³³⁷ Una tale impostazione viene negata, però, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 300 del 29 settembre 2003, nella quale viene esplicitamente negato che le fondazioni di origine bancaria e le loro attività rientrino in una nozione per quanto lata di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo. Sul tema, G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine bancaria nell'ordinamento civile: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata*, *Corr. Giur.*, 2003, 1576 e segg. In argomento, si rinvia alle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti in merito alla questione della natura delle società a partecipazione pubblica. In senso contrario e con qualche contraddizione si v., però, la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 29/2006 in *Urb. e app.*, 2006, 551 con commento di O.M. CAPUTO.

³³⁸ In questo senso, il riferimento potrebbe essere all'art. 2450 del c.c. a norma del quale la disposizioni in materia di nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e di enti pubblici si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuiscono tale nomina allo Stato o agli enti pubblici anche in mancanza di partecipazione azionaria. In particolare, potrebbe intendersi il rinvio operato alla legge dall'art. 2450 in senso ampio e quindi comprensivo anche delle leggi regionali. Sul tema della nomina degli amministratori in società a partecipazione pubblica si rinvia peraltro al capitolo seguente.

³³⁹ Più significative incursioni regionali nel diritto societario potrebbero determinare, come pure è stato osservato, una diminuzione di tutela della concorrenza, della quale il diritto societario senza dubbio rappresenta uno degli strumenti principali. Sul tema, M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione regionale*, cit., 20, secondo la quale "la diversità di regime giuridico rischia per sé di alterare la parità nella concorrenza e quindi le prospettive concorrenziali delle imprese".

8. *Ancora a proposito delle “regole”. Un’ipotesi ulteriore: dalla natura del soggetto allo scopo della norma da applicare.*

L’esame delle diverse posizioni sostenute dalla dottrina e soprattutto dell’approccio seguito dalla giurisprudenza consentono di svolgere qualche considerazione di ordine generale.

E’ emersa una contrapposizione piuttosto evidente tra una giurisprudenza (quella della Corte di Cassazione), secondo cui, (tranne alcune aperture in senso contrario recentemente manifestate), le società a partecipazione pubblica dovrebbero essere considerate e disciplinate al pari delle ordinarie società di diritto comune e quella amministrativa, invece tendenzialmente propensa ad ammettere che, pur avendo natura formalmente privata, le società a partecipazione pubblica presenterebbero nei fatti una sostanza pubblicistica, che ne richiederebbe la disciplina in senso derogatorio rispetto a quanto disposto dal codice civile.

Si è ricordata, poi, la posizione della Corte dei Conti, che nell’estendere la propria giurisdizione agli amministratori di società a partecipazione pubblica, suggerisce di guardare alla natura pubblica o privata delle risorse utilizzate, unico criterio attendibile a scapito di quello (ritenuto insufficiente) della veste formale del soggetto agente.

Rispetto al quadro schematicamente delineato degli orientamenti giurisprudenziali in tema di società a partecipazione pubblica sono emersi, però, alcuni elementi di mobilità.

Da una parte, le oscillazioni della Corte di Cassazione³⁴⁰, apparsa recentemente disponibile ad ammettere l’esistenza di enti, che pur “presentando una struttura societaria, andrebbero qualificati come istituzioni pubbliche”.

Dall’altra, la Corte dei Conti, che pur richiamandosi al criterio della natura delle risorse utilizzate, sembra aderire poi all’orientamento del giudice amministrativo, secondo cui al verificarsi di determinate condizioni anche alcune società per azioni rivestirebbero natura di ente pubblico³⁴¹.

³⁴⁰ Interessante, in proposito, la già richiamata pronuncia della Corte di Cassazione, SS. UU., del 9 novembre 2006, nella quale si sostiene che per l’equiparazione di un concessionario di pubblico servizio privato all’amministrazione è necessaria una valutazione sui poteri al primo attribuiti che devono eccedere quelli derivanti dalle norme applicabili ai rapporti tra privati.

³⁴¹ Sono le conclusioni raggiunte dalla Corte nella sentenza della sez. giurisd. per la Regione Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114.

Sullo sfondo, infine, la posizione della Corte costituzionale³⁴², che in qualche caso finisce per ammettere che la società per azioni possa rappresentare la struttura organizzativa di un ente strumentale³⁴³, con le evidenti conseguenze che da ciò derivano.

Apparentemente prive di incertezze, sembrerebbero invece le conclusioni espresse dal Consiglio di Stato, in merito all'affermazione della natura sostanzialmente pubblicistica, benché formalmente privatistica delle società a partecipazione pubblica.

Evidente, dunque, la difficoltà di individuare un criterio di applicazione generale che consenta di determinare la disciplina applicabile alle diverse ipotesi di partecipazione pubblica a società per azioni.

Ciò principalmente perché l'espressione "società a partecipazione pubblica", lo si diceva, non rappresenta una realtà unitaria ma una vasta gamma di ipotesi estremamente eterogenee tra loro, rispetto alle quali unico fattore di sintesi rimane la partecipazione azionaria dello Stato o di altro ente pubblico³⁴⁴.

D'altro canto, ad avviso di chi scrive, i criteri di cui la giurisprudenza si è servita si sono rivelati, sia pur per ragioni diverse, inadeguati. La veste formale del soggetto non ne garantisce l'agevole riconducibilità a categorie astrattamente predefinite; l'indagine sulla "natura sostanziale" del soggetto pare, d'altro canto, irrispettosa di ciò che invece l'opzione per un determinato modello comporta³⁴⁵.

La ricerca spasmodica di criteri di applicazione generale rappresenta, dunque, la reazione dell'ordinamento alla "penetrazione di soggetti privati nell'ordinamento amministrativo"³⁴⁶ e alla conseguente moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali.

In alcune ipotesi, ciò ha comportato una sorta di "pubblicizzazione"³⁴⁷ delle figure soggettive private, in nome della quale

³⁴² Si veda, in particolare, la già richiamata sentenza n. 29 del 2006 nella quale la Corte, chiamata a verificare la legittimità costituzionale della legge regionale Abruzzo, n. 23 del 2004 in materia di servizi pubblici a rilevanza economica, si pronuncia per la non fondatezza della questione di illegittimità dell'art. 7, comma 4, lett. f) della suddetta legge regionale nella parte in cui obbliga le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizio pubblico al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, in base alla considerazione che "la società, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico ad enti pubblici".

³⁴³ In questi termini la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 363 del 2003.

³⁴⁴ In questo senso, S. CASSESE, *Il controllo delle partecipazioni statali*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1980, 1231.

³⁴⁵ F. DE LEONARDIS, *Legalità autonomie e privatizzazioni*, *Dir. Amm.*, 2000, 244.

³⁴⁶ S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1985, 381. Sul tema, G. BERTI, *Introduzione*, cit., 13 e segg.

³⁴⁷ Così, ad esempio, nella pronuncia del Tar Lazio, sez. III, 4 dicembre 2006, n. 13599, esplicitamente si afferma che "l'attività degli enti pubblici economici e dei gestori di pubblici

si è estesa l'applicazione di una determinata normativa pensata per gli enti pubblici a soggetti privati³⁴⁸.

Più di frequente, come si è visto, è la giurisprudenza (amministrativa), a rincorrere le rassicuranti certezze di letture dicotomiche³⁴⁹ e a tentare la riqualificazione di soggetti privati in enti pubblici.

In proposito, si è però osservato³⁵⁰ come “l'indagine sulla “vera natura” del soggetto per valutare l'applicabilità di una disciplina pubblica comporti forzature improprie e conclusioni rigide che impedirebbero la ricerca di soluzioni differenziate”.

Risulterebbe inutile³⁵¹ oltre che sbagliato³⁵² affermare che tali soggetti sia pur formalmente privati siano in realtà enti pubblici; l'analisi

servizi, quando coinvolge interessi pubblici rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 97 Cost., essendo svolta, pur se sottoposta di regola al diritto comune, oltre che nell'interesse proprio, anche per soddisfare quelli della collettività”. La pronuncia in materia di accesso agli atti degli enti pubblici economici e dei gestori di pubblici servizi è consultabile al sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

³⁴⁸ Si pensi, ad esempio, all'estensione delle norme sull'accesso ai documenti anche ai soggetti privati. Di recente, Tar Veneto, 23 novembre 2006, n. 3899, su www.dirittodeiservizipubblici.it, secondo cui il gestore privato di un pubblico servizio non può nascondersi dietro alla sua natura privata per sottrarsi all'obbligo di esibire gli atti e i documenti richiesti. In proposito si veda però la nuova formulazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 su cui *infra*. Anche sul piano processuale si assiste allo stesso fenomeno. La giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici viene attribuita al giudice amministrativo a prescindere dalla natura pubblica o privata del gestore. Su questo, però, si è già richiamato il ruolo svolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004. Il fenomeno è chiaramente visibile nell'ordinamento comunitario che si serve del criterio della “natura delle cose” per la definizione della nozione di organismo di diritto pubblico in sede di applicazione della normativa sugli appalti. In proposito, F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1997, 42 e segg. e A. SANDULLI, *Natura delle cose, principi generali di azione, limiti del legislatore*, *Annuario AIPDA 2004*, spec. 25-28. In altra prospettiva, il ricorso al criterio della natura delle cose diventa meccanismo elettivo di armonizzazione tra sistemi nel passaggio da una dimensione ordinamentale statale ad una europea. Sul tema, L. TORCHIA, *Concorrenza tra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, in S. CASSESE, A. ZOPPINI, (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, 109 e segg. In generale, invece, sulla nozione di organismo di diritto pubblico, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, *Annuario AIPDA 1999-2000*, Milano, 79 e segg.; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, *ibidem*, 7 e segg.; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica*, cit.; ID., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico*, cit.; A. PIOGGIA, *Sulla natura dei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale (a proposito della nozione di organismo pubblico)*, nota a Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, C- 360/96, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 1999, 61 e segg. F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house, Servizi pubblici e appalti*, 2006, 27 e segg.

³⁴⁹ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”*, *Dir. Amm.*, 2003, 828.

³⁵⁰ Ancora, G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 802.

³⁵¹ Così, V. CAIANIELLO, *Gli enti pubblici*, cit., 197-198.

³⁵² Solo la disarticolazione delle discipline e la verifica caso per caso delle loro condizioni di applicazione sarebbe infatti in grado di assicurare all'ordinamento la flessibilità necessaria a conciliare esigenze di efficacia dell'azione amministrativa e tutela della sfera privata. G. NAPOLITANO, *Soggetti privati, op. ult. cit.*, 823.

del dato positivo mostra infatti una realtà più variegata, che va ricostruita sulla base di una disciplina pubblica e privata insieme³⁵³.

Ci sembra, dunque, che alla frammentazione del sistema dei modelli organizzativi possa risponderci diversamente, verificando volta per volta le finalità perseguite e gli interessi protetti dalla norma pensata per l'ente pubblico per poi stabilire se sia applicabile anche a soggetti privati³⁵⁴.

Le regole di azione da applicarsi ai soggetti privatizzati costituirebbero, dunque, il risultato di un'analisi complessiva, svolta caso per caso, che tenga conto di elementi differenti³⁵⁵ (la funzione svolta, l'eventuale finanziamento da parte dello Stato), ma sempre guardando alle finalità perseguite dalle norme da applicare³⁵⁶.

Ciò perché il risultato dell'analisi compiuta sugli enti privatizzati dovrebbe condurre non all'individuazione di una categoria ibrida³⁵⁷ di enti né pubblici né privati, quanto all'idea che la pubblicità dell'ente è sempre funzionale e dunque esige la consapevolezza degli scopi da esso perseguiti, per verificare quali conseguenze se ne possono di volta in volta trarre, fondatamente in termini di regime della sua attività³⁵⁸.

Una simile conclusione trova un saldo punto d'appoggio nell'unica interpretazione possibile del concetto di neutralità dello strumento societario. Come a dire, che affermare che le società sono un istituto "neutrale" non vuol dire negarne le caratteristiche essenziali, quanto, semmai, sottolinearne l'elasticità e adattabilità alle più diverse esigenze da perseguire, anche pubblicistiche.

Come si cercherà di dimostrare, infatti, le sovrapposizioni tra pubblico e privato che ne derivano possono essere rilette proprio alla

³⁵³ D'altra parte, l'idea che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non fosse fondata sul soggetto e sulla natura ma sugli strumenti giuridici utilizzati, era già di S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 23.

³⁵⁴ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 241.

³⁵⁵ F. DE LEONARDIS, *Legalità, autonomie*, cit., 272 e segg.

³⁵⁶ Alle stesse premesse sembra riconducibile una recente sentenza della Corte di Giustizia, sez. II, 23 marzo 2006, C- 237/04 in materia di poteri speciali di recesso nelle società pubbliche, nella quale la Corte nel prendere atto dello "strano intreccio" tra norme speciali e norme di diritto comune conclude non nel senso della prevalenza dell'una o dell'altra disciplina ma della maggior compatibilità degli effetti economici dell'una o dell'altra, rispetto alle regole comunitarie della concorrenza e del divieto di aiuti di Stato. La sentenza con commento di C. PINOTTI è commentata su, *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2006, 379 e segg.

³⁵⁷ Un'ipotesi particolare è quella relativa allo sdoppiamento degli enti creditizi, a seguito della loro ristrutturazione prefigurata dalla legge Amato 30 luglio 1990 n. 218 e alla trasformazione in società per azioni. Gli enti creditizi per una parte rimanevano enti pubblici, per l'altra si trasformavano in società per azioni, le cui partecipazioni erano detenute appunto dall'ente pubblico. Il tema è affrontato da F. MERUSI, *Metamorfosi degli enti pubblici creditizi, Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, 2.

³⁵⁸ D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 82.

luce dell'esclusiva attenzione all'interesse tutelati e dell'idoneità della disciplina (pubblicistica o privatistica) al raggiungimento del risultato.

9. *Le "sociedades mercantiles" per la gestione dei servizi pubblici locali in Spagna.*

A conclusione dell'analisi condotta sulla disciplina delle società a partecipazione pubblica ci sembra utile accennare a come il tema viene affrontato nell'ordinamento spagnolo.

Premessa necessaria alle brevi considerazioni che si svolgeranno è che l'analisi delle *sociedades mercantiles*, è il loro inquadramento nell'organizzazione amministrativa attraverso la nozione di "*personificaciones instrumentales*"³⁵⁹.

In altre parole, per la ricostruzione del sistema amministrativo spagnolo agli enti territoriali vanno aggiunte le organizzazioni dotate di personalità giuridica propria, formalmente indipendenti dall'ente di riferimento, ma che, essendo create per lo svolgimento di funzioni o l'esercizio di servizi propri del primo, appaiono ad esso fortemente vincolate³⁶⁰.

Si è, infatti, assistito (tanto nell'amministrazione statale che in quella locale) alla proliferazione di organismi costituiti secondo i moduli propri del diritto pubblico o secondo formule caratteristiche del diritto privato, tra le quali, appunto, quella delle *sociedades mercantiles*³⁶¹.

Com'è facilmente intuibile, uno dei problemi principali dell'impostazione in esame è quello classificatorio³⁶². La molteplicità e varietà di figure appartenenti alla categoria delle *personificaciones instrumentales* e la pluralità di fonti che direttamente intervengono a disciplinarle, ne rende difficile, in concreto, la distinzione³⁶³.

Lo stesso concetto di impresa pubblica si è progressivamente frantumato in una miriade di figure giuridiche, distinte in ragione della disciplina applicabile (pubblicistica o privatistica), delle relazioni con l'ente di riferimento e così via.

³⁵⁹ Parlano, in proposito, di "*administración institucional*", E. GARCIA DE ENTERRIA, T.R. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, cit., 389 e segg.

³⁶⁰ Al tema della c.d. amministrazione strumentale è dedicato il lavoro coordinato da A. PEREZ MORENO, *Administracion instrumental*, cit.

³⁶¹ In proposito, E. ROCA ROCA, *Las tecnica societarias en la administracio publica española*, in A. PEREZ MORENO (coord.), *Administracion instrumental*, I, cit., 752, parla di "auténtico abuso de técnicas societarias".

³⁶² J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de dercho administrativo general*, I, Madrid, 2004, 685.

³⁶³ Per un tentativo di sintesi del quadro normativo in materia di *personificaciones instrumentales*, ancora J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios*, cit., 685-690.

Ne è derivata, in particolare, l'elaborazione di una serie di proposte per l'approvazione di una legge generale che definisse uno statuto dell'impresa pubblica³⁶⁴

Ad ogni modo, ciò che qui interessa, è che la categoria delle *sociedades mercantiles* va ricondotta alla nozione di amministrazione strumentale. Si tratta di una questione, come si vedrà, dai risvolti importanti sulla disciplina di queste figure.

Non è possibile in questa sede ripercorrere l'origine e l'evoluzione delle società di cui sopra e per esse si rinvia a più puntuali analisi³⁶⁵.

³⁶⁴ Sul punto, E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas*, cit., 299 e segg. In proposito, si v. anche il Decreto Legislativo 2/2002 del 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985 de 29 marzo, del Estatuto de la Empresa pública, su. <http://noticias.juridicas.com>. Dell'opportunità di uno "statuto dell'impresa pubblica", sia pur con riferimento all'ordinamento comunitario, parlava M. CAMMELLI, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 1178.

³⁶⁵ AA. VV., *La Empresa Pública en España*, Madrid, 1970; A. ALONSO UREBA, *La empresa pública. Aspectos constitucionales y de Derecho económico*, Madrid, 1985; ID., *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Madrid, 1988; G. ARIÑO ORTIZ, *De la empresa pública a la empresa con participación pública: privatización o reforma? Quizás ambas cosas*, *Revista de administración pública*, 1995, núm. 138, 7 e segg.; ID., *La empresa pública*, in F. GARRIDO FALLA (ed.), *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981, II, 13 e segg.; ID., *Principios de derecho público económico*, Granada, 2004; J. M. AYALA MUNOZ, *Sobre la sujeción de las sociedades estatales a las normas de contratación de las Administraciones públicas*, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 23, 2004, 227 e segg.; E. CARBONELL PORRAS, *Algunas reflexiones sobre la empresa pública como concesionaria de servicios públicos: régimen de responsabilidad*, in A. PEREZ MORENO (Coord.) *Administración Instrumental*, t. II, cit., 1071 e segg.; T. FONT Y LLOVET, *Empresas públicas. Comentarios el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcellona, 1990, 793-810; E. GARCIA DE ENTERRIA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, *RAP*, núm. 17, 1955, 87 e segg.; E. GARCIA DE ENTERRIA, T. R. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1998; ID., *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª ed., Madrid, 1989, t. II; E. GARCÍA RUIZ, *El nuevo marco legal de la sociedad mercantil estatal*, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 23, 2004, 451; C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Madrid, 1991; ID., *La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades*, in A. PEREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental*, cit.; t. II, 1191; R. MARTIN MATEO, *Liberalización de la economía. Mas Estadoy menos Administración*, Madrid, 1988. ID., *Derecho Público de la Economía*, Madrid, 1985. ID., *Organización del sector público en España*, Madrid, 1973. S. MARTIN RETORTILLO BAQUER, (dirigido por), *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1991, 215 e segg.; ID., *Organización administrativa de las empresas públicas en España*, *Revista Internacional de ciencias administrativas*, 1966, 1 e segg.; ID., *La empresa pública como alternativa*, in *La empresa pública*, vol. I, *Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia*, Zaragoza, 1970; S. MARTIN RETORTILLO, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, in A. PEREZ MORENO, *Administración instrumental*, t. II, cit., 1015; S. MARTIN RETORTILLO, *Reflexiones sobre las privatizaciones*, *RAP*, 1997, núm. 144, 7. E. MONTOYA MARTIN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, 1996; S. MUÑOS MACHADO, *La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad*, in A. PEREZ MORENO (Coord.) *Administración Instrumental*, t. II, cit., 1251 e segg. F. MURILLO FERROL, *El poder económico*, *RAP*, núm. 3, 1950, 255 e segg.; A. PEREZ MORENO, *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969; T. R. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, *Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública*, *RAP*, 46, 1965, 95 e segg.; ID., *Empresa pública y servicio público: el final de una época*, *Revista española de derecho administrativo*, 1996, núm. 89, 37 e segg.; E. RIVERO YSERN, *Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas*, *RAP*, núm. 86, 1978, 11; E. ROCA ROCA, *Las técnicas societarias en la administración pública española*, in

E' sufficiente precisare, coerentemente con quanto ricordato in precedenza, che nell'ordinamento spagnolo il dibattito sul rapporto tra strumenti societari e finalità pubbliche si inserisce in un contesto per certi versi analogo a quello che si è descritto nel primo capitolo.

Così, in particolare, la privatizzazione delle imprese pubbliche e liberalizzazione del mercato³⁶⁶; la ridefinizione della nozione di servizio pubblico³⁶⁷; la riconsiderazione del ruolo dell'amministrazione³⁶⁸ ed il regime giuridico delle imprese pubbliche in forma societaria³⁶⁹, sono oggetto di discussione in anche Spagna, con esiti non di rado analoghi a quelli descritti nelle pagine precedenti.

A. PEREZ MORENO (Coord.) *Administración instrumental*, cit., 737 e segg.; L. RODRIGUEZ ARANA, *La privatización de la empresa pública*, Madrid, 1997; F. SOSA WAGNER, *La sociedad de capital integralmente público*, en A. PEREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental*, cit., t. II, 1421 e segg.; ID., *Organización y control del sector público en España*, Madrid, 1971. E. VERDERA, *La empresa pública*, Bolonia, 1973. J. L. VILLAR PALASI, *La actividad industrial de el Estado en Derecho administrativo*, RAP, 3, 1950, p. 53 e segg.; ID., *Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las administraciones públicas*, en A. PEREZ MORENO (Coord.), *Administración instrumental*, cit., 151 e segg.

³⁶⁶ Così G. ARIÑO ORTIZ, nel suo *Principios de derecho público económico*, cit., afferma a proposito dell'impresa pubblica, "la idea de la empresa pública como brazo armado de la política industrial está bastante abandonada..."(p. 465). Rispetto alla nozione di servizio pubblico, lo stesso Autore, *ivi*, registra il passaggio "de un sistema de titularidad pública sobre la actividad... a un sistema abierto, presidio por la libertad de empresa..libertad de entrada con determinadas obligaciones o cargas de servicio público.. Por tanto el cambio fundamental es que se produce la *despublicatio*.... Ahora las actividades son todavía de *responsabilidad* estatal en la medida que sus prestaciones en un determinado nivel deban llegar a todos sus ciudadanos"(p. 609-610). Ancora, G. ARIÑO ORTIZ, *El proceso de liberalización gasista español en el contexto regulatorio europeo*, in *El derecho de la energía, XV Congreso Italo- Espanol de profesores de derecho administrativo*, Sevilla, 2006, 268, con particolare riferimento ai sistema dell'energia sottolinea, però, come "los diferentes grados de apertura del mercado están distorsionando las condiciones en las que tienen que competir pequeñas y medianas empresas..". J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo. Parte special*, Madrid, 1999, 791, precisa, poi, che "el binomio intervención-liberalización se presenta históricamente en una relación de movimiento pendular, conforme a la qual, se van sucediendo distintas etapas en las que el eje de fuerza de la relación pasa de un extremo a otro, según la tendencia universalmente sentida". Con particolare riferimento alla privatizzazione in ambito locale si v. invece, J. M. DIAZ LEMA, *La privatización el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)*, *Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, 282, 2000, 71 e segg.

³⁶⁷ In proposito, si v., tra gli altri, F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público en derecho español*, RAP, 135, 1994, 7 e segg.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía*, *Justicia Administrativa*, 18, 2003, 7; T. R. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, *Empresa pública y servicio público: el final de una época*, *Revista española de derecho administrativo*, 89, 1996, 48.

³⁶⁸ Nelle sue *Reflexiones sobre las privatizaciones*, cit., 36, S. MARTIN RETORTILLO BAQUER, sottolinea, in particolare, come "el fenómeno privatizador representa tan sólo uno de los aspectos de una compleja mutación en los Poderes públicos".

³⁶⁹ Così, S. MARTIN RETORTILLO BAQUER, *Derecho administrativo económico*, cit., 260, afferma che "el regimen jurídico de las empresas públicas es distinto, según adopten la forma de organismo autónomo o de sociedad mercantil...Es obligado considerar sempre la forma que adoptan las empresas públicas". D'altra parte, E. RIVERO YSERN, *Derecho público y derecho privado*, RAP, 86, 1978, 27, precisava che "no puede sostenerse que las empresas públicas..[en forma de] sociedades anonimas sean equiparables a cualquier sociedad privada.

Ci si soffermerà brevemente, invece, sulle caratteristiche delle società partecipate dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici³⁷⁰, per valutare se e in che misura possano registrarsi differenze significative rispetto all'ordinamento italiano.

E' utile precisare, innanzitutto, che anche nell'ordinamento spagnolo, tra le società a partecipazione pubblica, quelle che gestiscono un servizio pubblico presentano caratteristiche peculiari.

Semplificando, posto il rinvio alla disciplina comune in materia di società, le deroghe più significative riguardano proprio le società che oltre ad essere partecipate da enti pubblici sono incaricate della prestazione di attività di servizio pubblico³⁷¹.

Ma guardiamo più da vicino i tratti essenziali della disciplina di queste società. Per farlo, è necessario partire dall'art. 85 della LBRL (Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local), che tra le forme di gestione diretta del servizio³⁷² include "società commerciali il cui capitale appartenga integralmente all'ente locale o ad

³⁷⁰ Sul tema, si v. , tra gli altri, F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, 1960; A. ALONSO UREBA., *La sociedad mercantil como forma de gestión de los servicios locales*, S. MUÑOS MACHADO, (ed.) *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, 1988, 1301 e segg.; A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, M. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales*, Madrid, 2005; E. CARBONELL PORRAS, *El municipio como socio único de sociedades mercantiles: naturaleza y control de las decisiones del Pleno*, *Revista española de derecho administrativo*, 120, 2003, 539 e segg.; R. DE VICENTE DOMINGO, *Los servicios públicos locales en la jurisprudencia*, Madrid, 1998; J. M. ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, *Las sociedades mercantiles participadas por el municipio. Particularidades más relevantes de su régimen jurídico*, *REALA*, 270, 1996, 363 e segg.; F. LLISSET BORREL, *Las sociedades privadas de los entes locales*, in *Homenaje al profesor Garrido Falla*, v. II, 1992, 825 e segg.; J. F. MESTRE DELGADO, *Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la concesión*, in S. MUÑOS MACHADO, *Tratado de derecho municipal*, T. II, 2ª ed., 2003, 1441 e segg.; J. A. MOLTÓ CARBONELL, *Tre tipos de participación local en la empresa*, *REALA*, 289, 2002, 141 e segg.; J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de los Servicios Públicos Locales Esenciales*, *RAAP*, 11, 1992, 27 e segg.; F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*; Madrid, 1999; J. TORNOS MAS, *Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos*, *REALA*, 250, 1990, 23 e segg.; L.F. PRIETO GONZALES, *Las empresas mixtas locales*, Madrid, 1996;

³⁷¹ E' l'opinione di A. UREBA, *La sociedad mercantil como forma de gestión de los servicios locales*, cit., 1325-1326. Del resto, in questo senso, depono la formulazione utilizzata dall'art. 104 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 abril. Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local, BB.OO del Estado, núms 96 y 97 de 22 y 23 abril; rect. BB.OO del Estado, núms 165 y 282 de 11 julio y 25 noviembre (RCL 1986, 1238, 2271, 3555). Lo stesso articolo richiede, però, che si tratti di "especialidades, sin perjuicio de tercero, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta", come dire garantire il controllo o l'influenza del socio pubblico per assicurare l'interesse pubblico che si persegue attraverso la partecipazione alla società. F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos*, cit., 195.

³⁷² Le altre forme indicate dalla legge sono: a) *por la propia entidad local*; b) *por organismo autonomo local*; c) *por una entidad publica empresarial local*. Alla gestione diretta (che a norma del n. 3 dell'art. 85 è l'unica possibile "per servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad"), si contrappone quella indiretta che può svolgersi nelle forme previste per la normativa generale in materia di contratti di gestione di servizi pubblici. Sull'interpretazione di questa parte della norma si v., però, J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de los servicios públicos*, cit., 39.

un suo ente pubblico” e tra quelle di gestione indiretta la società a capitale misto³⁷³.

Una precisazione preliminare riguarda alcuni elementi di complessità che caratterizzano l’assetto normativo del sistema dei servizi pubblici locali. Intanto, l’approvazione della Ley de modernización del gobierno local” (Ley 57/2003)³⁷⁴, che interviene a riscrivere alcuni aspetti del governo locale³⁷⁵, tra cui l’erogazione di servizi pubblici³⁷⁶.

In secondo luogo, la sovrapposizione della disciplina relativa alla gestione dei servizi pubblici locali con quella in materia di contratti della pubblica amministrazione³⁷⁷.

Rispetto a tale ultimo aspetto la questione sembra, tuttavia, essere risolta per effetto dell’espresso rinvio dell’art. 85 LBRL alla normativa generale in materia di contratti³⁷⁸.

Ci si chiede qui, in particolare, se e in che misura il regime giuridico delle società che gestiscono servizi pubblici debba definirsi di diritto pubblico o privato.

Occorre considerare separatamente, come si è detto, l’ipotesi in cui l’ente tramite la società intenda continuare a gestire direttamente il servizio, da quella della gestione indiretta, in cui la società, benché partecipata dall’ente locale, stipula un contratto con l’amministrazione al pari di qualsiasi altro soggetto privato.

³⁷³ Così è per espresso rinvio dell’art. 85 all’art. 156 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones publicas, che disciplina, appunto, le modalità di contratto per la gestione del servizio, tra le quali appunto la società mista.

³⁷⁴ Per un’analisi dei contenuti della legge si rinvia a J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (dir.), *La modernización del gobierno local*, Barcellona, 2005 e O. SALAZAR BENITEZ, *La tímida modernización del gobierno local*, *Revista jurídica de Castilla La Mancha*, 37, 2004, 195 e segg.

³⁷⁵ In generale, sul sistema dell’amministrazione locale, S. MUÑOS MACHADO, (dir.) *Tratado de derecho municipal*, Madrid, 2ª ed., 2003; L. ORTEGA ALVAREZ, *Las competencias propias de las corporaciones locales*, *ibidem*, 239 e segg., L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Básico de la administración local*, Barcellona, 1988.

³⁷⁶ In particolare, come si precisa nella exposición de motivos, “se establece una nueva clasificación de las diversas formas de gestión, incorporando al ámbito local una figura que la experiencia ha demostrado eficaz en otras Administraciones públicas, como son las entidades públicas empresariales. Por otra parte, se incorpora a la ley la regulación sustancial necesaria de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo reguladas parcialmente en norma reglamentarias”. La legge è pubblicata sul Boletín Oficial del Estado núm. 301 del 2003, del 17 de diciembre.

³⁷⁷ Il riferimento è al Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas che al titolo II (rtt.154- 170) disciplina i contratti di gestione dei servizi pubblici. In proposito, occorre poi considerare il Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre que aprueba el reglamento general de la Ley de Contratos de las administraciones públicas, che al titolo II (artt. 180-186) disciplina i contratti per la gestione di gestione del servizio.

³⁷⁸ In questi termini, A. NOGUEIRA LÓPEZ, *La gestión de servicios públicos locales en la nueva Ley de modernización del gobierno local*, in J.L. CARRO FERNÁNDEZ- VALMAYOR (dir.), *La modernización del gobierno local*, cit., 68.

A distinguere le due ipotesi considerate la misura della partecipazione pubblica nelle società³⁷⁹. Nel primo caso, infatti, il capitale della società è integralmente di titolarità dell'ente locale o di un suo ente pubblico. Negli altri casi, la costituzione di una società per la gestione del servizio dovrà essere ricondotta alle ipotesi di gestione indiretta.

Dalla misura della partecipazione pubblica discende, dunque, un trattamento differenziato della società. In proposito può osservarsi quanto segue.

Da una parte, la limitazione delle modalità di ricorso allo strumento societario per la gestione del servizio a due sole ipotesi, dalle quali discendono conseguenze profondamente diverse, dovrebbe semplificare la questione dell'individuazione del regime delle società .

Solo quando l'ente ne detenga integralmente le azioni, potrà utilizzare la società come fosse una propria struttura per gestire direttamente il servizio. Da precisare, però, che l'art. 85 citato, ammette che la partecipazione sia imputabile integralmente all'ente locale, o ad un "ente público de la misma" .

Qualche difficoltà potrebbe sorgere in questo secondo caso per la ricostruzione delle relazioni tra l'ente locale ed altri enti pubblici³⁸⁰, per il verificarsi delle condizioni richieste dalla legge ai fini della configurabilità dell'ipotesi di gestione diretta.

Ad ogni modo, al verificarsi dei requisiti indicati, la società è soggetta al diritto delle società di capitali³⁸¹.

³⁷⁹ Analogamente, in ambito statale, "el dato relevante para la consideración de las sociedades mercantiles como sociedades estatales sigue siendo el dato cuantitativo de la participación mayoritaria, esto es, una titularidad accionarial en manos públicas superior a la mitad del capital social". J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo*, cit., 919. Come opportunamente è stato osservato, l'assolutizzazione del criterio della misura della partecipazione pubblica lascerebbe fuori dal sistema delle imprese pubbliche quelle imprese sulle quali l'amministrazione eserciti una direzione effettiva pur non possedendone la maggioranza delle azioni. J. C. LAGUNA DE PAZ, *La empresa pública*, cit., 1197. In proposito, va ricordata l'approvazione della Ley 33/2003 de 3 noviembre. Ley de Patrimonio de las administraciones públicas, in BOE, núm. 264, 4 noviembre (RCL, 2003, 2594), dopo aver definito all'art. 166 sociedades mercantiles estatales quelle nelle quali la partecipazione diretta o indiretta dello Stato sia superiore al 50%, distingue poi le società a partecipazione totalmente pubblica. A queste ultime si applicherà l'ordinamento giuridico privato, salvo nelle materie in cui siano di applicazione la normativa in materia di bilancio, contabile, di controllo finanziario e di contrattazione. Altra singolarità delle società a totale partecipazione pubblica è l'esonero da responsabilità di diritto societario per gli amministratori che abbiano seguito diligentemente le direttive degli organi politici (art.179). In generale alle società statali si applica, invece, l'art. 180 che prevede la nomina di amministratori da parte del Ministro de Hacienda. In tema, era intervenuta anche la Ley 47/2003 de 26 noviembre, General Presupuestaria. Per un'analisi dei provvedimenti richiamati si rinvia a E. GARCÍA RUIZ, *El nuevo marco legal de la sociedad mercantil estatal*, *Revista de derecho de sociedades*, 23, 2004, 451 e segg.

³⁸⁰ Il tema, con riguardo alla relazione di strumentalità tra "ente institucional" ed "ente matriz", viene affrontato da E. GARCIA DE ENTERRIA, T. R. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 399-404.

³⁸¹ Esplicitamente, F. SOSA WAGNER, *La sociedad de capital íntegramente público*, in A. PEREZ MORENO, *Administración instrumental*, I, cit., 1421.

Ciò vuol dire che, salve le previsioni “speciali” contenute nella normativa in materia di servizi pubblici (quella generale e quella relativa ai singoli servizi) e di contratti della pubblica amministrazione si applicheranno le disposizioni comuni in materia di società per azioni³⁸².

Così, in particolare, saranno disciplinate dal diritto comune, sia pure con qualche adattamento³⁸³, la costituzione della società, la nomina e le attribuzioni degli organi³⁸⁴.

D'altra parte, le ragioni alla base del ricorso allo strumento societario per la gestione diretta del servizio possono essere individuate proprio nella volontà dell'ente di sottrarsi alla rigidità delle disposizioni in materia di bilancio, di contratti amministrativi e selezione del personale, attraverso un soggetto finanziato e dominato in via esclusiva dall'ente locale, ma formalmente dotato di autonomia³⁸⁵.

Nondimeno, il timore che l'abuso della forma societaria per il perseguimento di finalità di interesse pubblico privi delle dovute garanzie i cittadini conduce ad estendere alle suddette società istituti tipicamente pubblicistici quale, ad esempio, quello della responsabilità amministrativa della società³⁸⁶.

Abbastanza evidenti, fin qui, le analogie rispetto al nostro ordinamento. Alle società a partecipazione integralmente pubblica si applicano la disciplina ordinaria in materia di società e le norme che ad esse si riferiscono in ragione della natura pubblica del socio e dell'attività di servizio pubblico esercitata³⁸⁷.

Ad una prima impressione sembrerebbe di trovarsi di fronte un sistema normativo che tende a semplificare la realtà. Più semplicemente, il fatto che l'ente locale detenga integralmente le partecipazioni della

³⁸² Si v. Part. 85-ter della Ley 57/2003.

³⁸³ Così è per la possibilità della Corporación local di riservarsi il controllo della società attraverso la nomina degli amministratori. Sul punto, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos*, cit., 95.

³⁸⁴ Su questo, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos*, cit., 85-114.

³⁸⁵ Lo precisava già, F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión*, cit., 346. Si tratta di una delle conseguenze del più ampio fenomeno di *huida del dercho administrativo general*. Sul punto, S. MARTIN RETORTILLO, *Las empresas públicas*, cit., spec. 1016-1020.

³⁸⁶ E', ad esempio, quanto afferma J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas*, cit., 334-335, partendo dal presupposto della “inadecuación de la forma jurídica” delle sociedades mercantiles. Lo stesso Autore in *La empresa pública*, cit., 1231, distingue, tra l'altro, il caso in cui la società operi “en un sector regido por una normativa precisa, garante de los distintos derechos e interesse en juego, como es la del servicio público” o esclusivamente secondo le regole del mercato. In tale ultimo caso, infatti, il rispetto di interessi di carattere generale, attraverso formule privatistiche, sarebbe il risultato della volontà del gestore e non del sistema normativo. Sul tema, anche, F. LLISSET BORREL, *Las sociedades privadas*, cit., 832.

³⁸⁷ Tra le altre, una delle questioni che principalmente hanno occupato la dottrina è stata quella relativa alla relazione tra la natura pubblica dei beni da attribuire alla società e quella privata della stessa. Tra gli altri, F. SOSA WAGNER, *La sociedad de capital íntegramente público*, cit., 1431-1433 e A. UREBA, *La sociedad mercantil como forma de gestión de los servicios locales*, cit., 1332-1344.

società determina una forma di gestione diretta del servizio con tutte le conseguenze che da ciò derivano.

Diversamente, quando ciò non si verifichi, la società dovrà sottostare ad una condizione analoga a quella di qualsiasi privato che contratti con l'amministrazione la gestione del servizio³⁸⁸.

In concreto, però, la diversa misura della partecipazione, anche al di fuori dell'ipotesi della partecipazione totalitaria dell'ente locale produce conseguenze non irrilevanti³⁸⁹.

Ad ogni modo, come si anticipava, nel riferirsi alla gestione indiretta, l'art. 85 non richiama esplicitamente la società mista, ma rinvia alla normativa in materia di contratto per la gestione di servizio pubblico, limitandosi ad escludere il ricorso a società commerciali (né a capitale integralmente pubblico, né misto), per la gestione indiretta nel caso di servizi pubblici che implicino esercizio di autorità.

Esplicitamente, del resto, l'art. 182 del Real Decreto 1098/2001 de 12 octubre, (Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas), precisa che “en los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contraente con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos”³⁹⁰.

Dall'analisi del dato normativo può osservarsi quanto segue. A seconda della misura della partecipazione la società può essere considerata una sorta di “prolungamento” dell'Amministrazione³⁹¹ o invece un soggetto privato al pari degli altri che stipula un contratto con l'amministrazione³⁹².

Soluzioni diverse richiederà in ciascuno dei due casi la problematica del controllo³⁹³ sulla società.

³⁸⁸ Più precisamente, però, nell'ipotesi della società mista non si verificherebbe “la presencia de dos personas con la misma indispensabilidad con la que el arquetipo literario que se llama el Quijote exige la persona del escudero” e che determina la relazione giuridica tipica della concessione. F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios*, cit., 208.

³⁸⁹ Così, in particolare, è per la responsabilità dell'ente rispetto all'erogazione del servizio, che nell'ipotesi di società mista varia in ragione della misura della partecipazione (art. 107 RDleg 781/1986). Lo sottolinea, J. MESTRE DELGADO, *Las formas de prestación de los servicios públicos locales*, cit., 1474.

³⁹⁰ Il decreto è pubblicato sul BOE núm 257 de 26 octubre 2001; rect BOE núm 303 de 19 diciembre y rect BOE núm 34 de 8 febrero 2002 (RCL 2001, 2594 y 3102 y RCL 2002, 3881).

³⁹¹ Lo osserva, J. F. MESTRE DELGADO, *Las formas de prestación de los servicios públicos locales*, cit., 1462. In base a questo presupposto si giustifica l'esercizio del controllo sulle società a partecipazione integralmente pubblica da parte del Tribunal de Cuentas. Si v., però, in proposito, A. UREBA, *La sociedad mercantil como forma de gestión de los servicios locales*, cit., 1366.

³⁹² In questo caso, vi sarebbe coincidenza tra l'amministrazione che partecipa alla società e l'amministrazione che stipula un contratto per la prestazione del servizio. Com'è stato osservato, contraente sarebbe la società mista, mentre l'amministrazione acquisterebbe unicamente la posizione di socio nella società. J.A. MOLTÓ CARBONELL, *Tre tipos de participación local en la empresa*, REALA, 289, 2002, 164.

³⁹³ J.A. MOLTÓ CARBONELL, *Tre tipos de participación*, cit., 148 e segg. In particolare, l'autore distingue un controllo di tipo politico e legalità, un controllo di tipo economico finanziario

Così, in particolare, nell'ipotesi di società a partecipazione integralmente pubblica, il controllo sarà assicurato dalla titolarità pubblica del capitale e dell'attribuzione alla *Corporación local* delle funzioni proprie dell'assemblea della società, e di conseguenza della decisione finale su ciascuna operazione.

Diversamente, nel caso della società mista, la diversa misura della partecipazione dell'ente potrà consentire un più o meno penetrante controllo sulla società.

Ciò, peraltro, a maggior ragione in ipotesi in cui la società veda, ad esempio, la partecipazione di una pluralità di soci pubblici; posto che, perché possa validamente costituirsi una società mista, rimane comunque indispensabile la partecipazione di soggetti privati³⁹⁴.

Resta inteso, peraltro, che in tal caso l'amministrazione dispone di forme di controllo sulla società che derivano dal contratto stipulato per la gestione del servizio.

Altra differenza nelle due ipotesi considerate riguarderà il ruolo del Consiglio di Amministrazione.

E' evidente, infatti, che nelle ipotesi in cui l'ente locale condivide la gestione della società con altri soggetti, si porrà un problema di rappresentatività³⁹⁵ del Consiglio di Amministrazione rispetto ai diversi azionisti e di conseguenza di reale incidenza dell'ente sull'attività sociale per mezzo dell'organo amministrativo³⁹⁶.

In conclusione, nel quadro di una sostanziale assimilabilità delle questioni dibattute e delle soluzioni previste rispetto al tema delle società per la gestione dei servizi pubblici locali in Spagna, dato di sintesi è il timore che la generalizzazione e la progressiva estensione di deroghe al comune diritto delle società, nella disciplina delle società partecipate da enti pubblici comporti allo stesso tempo la fuga dal diritto amministrativo e dal diritto privato³⁹⁷.

svolto dal Tribunal de cuentas.

³⁹⁴ L.F. PRIETO GONZALES, *Las empresas mixtas locales*, cit., 72.

³⁹⁵ Sul punto, J. M. ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, *Las sociedades mercantiles*, cit., 396.

³⁹⁶ Sul punto, ancora, A. UREBA, *La sociedad mercantil como forma de gestión de los servicios locales*, cit., 1354.

³⁹⁷ E. CARBONELL PORRAS, *El municipio como socio único*, cit., 565, che, a proposito delle società partecipate interamente dall'ente locale, afferma che si "el legislador excluye la aplicación de los preceptos mercantiles que garantizan la transparencia en las relaciones entre la sociedad y el socio y se tolera que los administradores sean miembros de la Corporación local y escapen del régimen mercantil propio de los administradores, no parece exagerado afirmar que se huye del Derecho administrativo y del Derecho mercantil.

CAPITOLO TERZO

**Società per la gestione dei servizi pubblici locali e strumenti di
*governance.***

SOMMARIO: Premessa. Servizi pubblici locali e strumenti societari: il lento e complicato processo di riforma del settore. - 1. La gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica. Le società proprietarie delle reti. - 1.1. Il principio di separazione tra la gestione delle reti e degli impianti e l'erogazione del servizio: le diverse opzioni organizzative. - 2. La gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica: cenni. - 3. La *public governance* nei servizi pubblici locali: le funzioni di indirizzo e controllo dell'ente locale. - 4. *Governance* e imprese pubbliche locali: problematiche di gestione e controllo delle partecipate. - 4.1. Sistemi di *governance* e tipologie societarie per la gestione del servizio. - 5. *Governance* "alta". La relazione tra la società e l'ente pubblico nelle società "chiuse": il modello *in house*. - 5.1. Organizzazione *in house* e diritto societario: compatibilità e limiti. - 6. *Governance* "bassa": controllo "endosocietario" dell'ente e amministrazione della società aperta. - 6.1. Nomina, revoca e ruolo degli amministratori. - 6.2. Indirizzo e definizione dell'attività sociale: i nuovi margini dell'autonomia statutaria e il ruolo dei patti parasociali.

Premessa. Servizi pubblici locali e strumenti societari: il lento e tormentato processo di riforma del settore.

Si è già sottolineato nel primo capitolo come il ricorso allo strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali rappresenti un'esperienza ormai nota e dalle caratteristiche consolidate³⁹⁸.

A spingere verso una sempre più netta affermazione del modello³⁹⁹, in particolare, la prospettiva per l'ente locale di poter incidere significativamente sulle strategie aziendali delle imprese locali, garantendo a queste ultime un più ampio margine di autonomia operativa, in contesti spesso caratterizzati da un livello basso o nullo di competitività.

E' stato peraltro opportunamente osservato⁴⁰⁰ come l'esperienza della gestione societaria dei servizi pubblici locali si sia rivelata per certi aspetti insoddisfacente, in particolare, sotto il profilo della sua effettiva capacità di soddisfare le reali esigenze degli utenti del servizio.

A condizionare l'efficienza delle società per la gestione del servizio pubblico locale, una serie di fattori concatenati l'uno all'altro, che hanno inciso profondamente sul sistema complessivamente considerato.

³⁹⁸ Si è osservato, d'altra parte, come si tratti di un'esperienza comune in altri ordinamenti. Interessanti, in proposito, le considerazioni emerse tra i pubblicisti francesi in un dibattito tenuto al Senato il 27 maggio 2005 sul tema, *Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives*, *Revue française de droit administratif*, 2005, 946 e segg.

³⁹⁹ Alcuni studi dimostrano che dal 1997 al 2003 il ricorso alla società per azioni come forma istituzionale per la gestione dei servizi pubblici è cresciuta dal 23 al 44%, principalmente a svantaggio di consorzi e aziende speciali. I dati sono quelli riportati da G. VALLOTTI, *I nuovi modelli di corporate governance delle imprese pubbliche locali*, in M. ELEFANTI, (a cura di), *L'evoluzione delle imprese pubbliche locali. Il caso Enia*, Bologna, 2006, 98.

⁴⁰⁰M. CAMELLI, *Concorrenza, mercato*, cit., 516.

In termini generali, intanto, la soggezione delle imprese locali al regime privatistico imponeva la ridefinizione dei ruoli e delle responsabilità nelle relazioni tra l'ente e la "sua" impresa. Operazione resa ancor più problematica dal modificarsi degli assetti proprietari delle imprese locali per effetto della progressiva fuoriuscita dell'ente dal capitale sociale e dalla frammentazione e diversificazione della partecipazione societaria conseguente ai processi di quotazione in borsa⁴⁰¹.

D'altro canto, non può trascurarsi che molte delle attività svolte dalle imprese locali sono regolate da norme che attribuiscono poteri ad altri enti, principalmente Regioni e Province.

La tendenza all'affermazione di una funzione principalmente regolatrice dell'amministrazione si scontra, infatti, con la frammentazione delle competenze tra i diversi livelli istituzionali nella determinazione di alcuni dei momenti essenziali allo svolgimento del servizio (definizione di *standards* qualitativi, modalità contrattuali, tariffe), con un conseguente "effetto dissolvenza" delle responsabilità specifiche di ciascun livello di governo.

Le ricadute di questi processi sono evidenti sia sotto il profilo delle dinamiche conflittuali (che si amplificano), che sotto quello della tutela garantita al cittadino (che rischia di diminuire).

Sullo sfondo, ancora, il progressivo superamento della concezione secondo cui la salvaguardia delle prerogative dei servizi pubblici doveva avvenire per mezzo della proprietà pubblica delle imprese, i cui risultati si erano rivelati, peraltro, poco soddisfacenti.

In questo scenario, però, sono sensibilmente diverse le esperienze delle singole realtà locali⁴⁰². In alcuni casi, le società partecipate dagli enti locali si sono dimostrate capaci di affermarsi come attori economici di riferimento anche in ambito nazionale; in altri esse hanno finito per conservare il ruolo di "azienda del comune" pur se in una rinnovata veste giuridica⁴⁰³.

⁴⁰¹ In proposito, si rinvia alle considerazioni di G. CAIA, *La quotazione in borsa delle società a prevalente capitale pubblico locale, Servizi pubblici e appalti*, 2003, 333 e segg. In proposito è interessante considerare a titolo esemplificativo gli schemi organizzativi di Hera s.p.a. e AMGA s.p.a.

⁴⁰² Un'indagine realizzata da Mediobanca per conto della Fondazione Civicum i cui risultati sono reperibili sul sito www.civicum.it, evidenzia significative differenze in termini di efficienza delle utilities nei diversi settori di attività (energia, rifiuti, trasporti) tra Nord e Sud, sotto il profilo della continuità dell'erogazione del servizio, sulla percentuale di fondi pubblici assorbiti ecc.

⁴⁰³ Sul punto, si v. la l'indagine condotta sui bilanci delle 21 principali società controllate dai comuni di Roma, Milano, Napoli e Torino, operanti nel settore delle *utilities* (8 nei trasporti locali, 5 nei servizi ambientali, 3 nella distribuzione di energia elettrica e gas, 2 nella distribuzione dell'acqua, 1 nei servizi aeroportuali e 2 rispettivamente in servizi di ingegneria e parcheggio veicoli) dall'Ufficio Studi di Mediobanca per Fondazione Civicum, i cui risultati sono pubblicati su *Amministrare*, 2006, 133 e segg.

Si tratta, com'è facile intuire, di un contesto assai variegato nel quale non è semplice individuare caratteristiche comuni; un contesto nel quale operano imprese di piccole e medie dimensioni, imprese miste pubblico-privato, imprese a integrale partecipazione pubblica e così via.

Con riferimento alla presente indagine si tratta di una circostanza di grande rilievo. Non solo infatti diventa impossibile considerare unitariamente la categoria delle società a partecipazione pubblica; nel più circoscritto ambito della gestione dei servizi pubblici locali le diverse esperienze mostrano, infatti, significative differenze in ordine alle problematiche connesse alla gestione delle partecipate comunali. Inevitabile dunque, come vedremo, immaginare soluzioni, anche di organizzazione interna delle società, che tengano conto di queste differenze.

Ad accomunare le diverse realtà rimane, però, la difficoltà del nuovo modello di ente regolatore, che controlla la qualità ed equità dell'erogazione del servizio, ad affermarsi definitivamente in un sistema ancora costellato da imprese solo parzialmente privatizzate e non in grado di garantire un sufficiente grado di competitività tra gli operatori.

A queste esigenze hanno tentato di rispondere i molteplici e contraddittori interventi di riforma che hanno caratterizzato il sistema dei servizi pubblici locali negli anni scorsi, su cui ci si è soffermati nel capitolo primo e al quale si rinvia.

Ciò premesso, il dato generale dal quale si intende partire è che nel mutato sistema dei servizi pubblici locali la società a partecipazione pubblica rimane la forma privilegiata di gestione del servizio.

Tale circostanza, che rappresenta il principale risultato della complessiva attività di riordino del settore, da un lato, consente agli enti locali di continuare ad usufruire di una maggiore snellezza operativa e della possibilità di svincolare lo svolgimento del servizio dalle regole pubblicistiche.

D'altro canto, essa sembra non tenere in sufficiente considerazione le diversità territoriali, economiche e dimensionali degli enti locali, limitandone di fatto l'autonomia istituzionale in una delle sue manifestazioni più significative (vale a dire quella dell'organizzazione discrezionale della gestione dei propri servizi). Ciò, peraltro, proprio quando "le spinte federaliste" sembrano voler caricare gli enti locali di nuove funzioni rendendoli, di fatto, più sensibili alla tutela dei propri spazi di autonomia.

La contraddizione che ne deriva è evidente. I cambiamenti epocali, derivanti dal tentativo di adeguamento della disciplina del settore alle politiche comunitarie di liberalizzazione e apertura del mercato, che sembrava dovessero investire i servizi pubblici locali, hanno incontrato la

decisa resistenza proprio da parte di coloro che avrebbero dovuto esserne i più accesi sostenitori⁴⁰⁴.

Gli enti locali, infatti, lungi dal rinunciare definitivamente ad un ruolo di gestione diretta dei servizi, continuano ad operare per mezzo di società delle quali in molti casi detengono la maggioranza (o la totalità) delle azioni, mentre la società per azioni da tipologia gestionale del servizio tra le varie astrattamente disponibili per l'ente locale, diventa (in virtù della sua presunta neutralità), forma giuridica esclusiva⁴⁰⁵ di gestione del servizio in cui il ruolo dell'ente locale è, a seconda dei casi, più o meno incisivo.

1. La gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica. Le società proprietarie delle reti.

Come si è già ricordato, la riforma avviata con l'approvazione dell'art. 35 della l. 448 del 2001 presupponeva in primo luogo la distinzione dei servizi in industriali e non industriali, che però a seguito delle modifiche apportate nel 2003 era stata superata, a favore di quella, attualmente valida, tra servizi economici e servizi non economici⁴⁰⁶.

Soffermandoci, allora, per il momento sul sistema dei servizi pubblici economici, conviene richiamare alcuni aspetti della normativa vigente che caratterizzano le società locali.

Uno dei principi costantemente ribaditi dal 2001 ad oggi è quello della proprietà pubblica delle reti. In particolare, la rilevanza della disciplina della proprietà delle reti e degli altri beni strumentali alla produzione del servizio consegue all'affermazione del principio generale della separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio, in base al quale i due momenti non convergono più in un unico soggetto.

La nuova impostazione della questione deriva però anche ad una rinnovata considerazione di tali beni sotto la prospettiva del valore

⁴⁰⁴ Parla in proposito di "neo- statalismo municipale", R. POLATO, *Sì, siamo noi: piccole Iri crescono*, *Corriere economia*, 23 ottobre 2006.

⁴⁰⁵ Come già ricordato, nell'ultima versione del disegno di legge per il riordino dei servizi pubblici locali viene ripristinata la gestione in economia, sia pure come ipotesi residuale.

⁴⁰⁶ Sul tema, di recente, il Tar Lazio, sez. II, 23 agosto 2006, n. 7373, (su www.dirittodeiservizipubblici.it), che precisa che "la differenza tra i servizi a rilevanza economica e quelli ne sono privi si può rinvenire nel fatto che un servizio ha rilevanza economica quando si innesta in un settore in cui esiste, perlomeno in potenza, una redditività e, quindi, una competizione sul libero mercato, indipendentemente da forme di finanziamento pubblico, più o meno cospicuo, dell'attività in questione". Le conseguenze che se ne traggono nella pronuncia citata sono importanti; il settore del restauro e quello della valorizzazione sono considerati servizi a rilevanza economica e che come tali possono essere oggetto di affidamento *in house* in accordo con quanto previsto dall'art. 113 del Testo Unico.

patrimoniale che essi possiedono⁴⁰⁷, del quale oggi l'ente può beneficiare,⁴⁰⁸ anche qualora si veda "costretto" a rinunciare alla gestione diretta dello stesso.

L'analisi del regime positivo dei beni strumentali alla produzione del servizio, ne presuppone però la definizione⁴⁰⁹.

Secondo la disciplina vigente, gli "enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici", salvo poi optare per regimi proprietari alternativi, quale, in primo luogo, quello del conferimento della titolarità dei beni in questione a società capitale interamente pubblico⁴¹⁰.

La disposizione in esame solleva un'interessante questione circa il rapporto tra la natura pubblicistica dei beni in oggetto e quella privatistica del soggetto che ne diventa proprietario. Si tratta in verità di una situazione anomala, che darebbe luogo ad una nuova tipologia di beni⁴¹¹, che, pur se soggettivamente privati, non possono essere sottratti alla loro funzione strumentale allo svolgimento del servizio né ceduti, neppure con la garanzia del mantenimento della loro funzionalizzazione al servizio risultando in tal modo assai simili ai beni demaniali⁴¹².

Tra le previsioni dell'art. 113 che incidono direttamente sul regime delle società locali, va poi richiamata quella secondo cui la partecipazione dell'ente nella società è incredibile; previsione, che evidentemente risponde alla necessità di mantenere, sia pur tramite la società, la proprietà pubblica dei beni strumentali al servizio.

⁴⁰⁷ Ciò, del resto, è espressione di una tendenza che ha riguardato più in generale il patrimonio immobiliare pubblico, valutato, in una prospettiva dinamica, come strumento di una più efficace politica economica. Sul punto, P.L. PORTALURI, *Diritto comune e obblighi di servizio pubblico nella gestione e valorizzazione della proprietà immobiliare pubblica*, *Foro Amm.-Tar*, 2006, spec. 832-836.

⁴⁰⁸ Sul punto, si v. le considerazioni di M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, *Riv. trim. app.*, 2003, 522.

⁴⁰⁹ Se per reti ed impianti può dirsi abbastanza semplicemente che si tratta di attrezzature su cui corre il prodotto dell'attività (le prime) e strutture connesse ma allocate in un unico luogo (i secondi), più complessa è l'individuazione delle altre dotazioni patrimoniali, che secondo un'interpretazione più rigorosa, ma che pare più ragionevole, possono essere individuate nei soli beni diversi da reti ed impianti che siano essenziali alla produzione del servizio, senza i quali cioè il servizio non esisterebbe (autobus, cassonetti dell'immondizia, ecc.). Così M. DUGATO, *Proprietà e gestione*, cit., 525.

⁴¹⁰ Va ricordato, in proposito, che prima della riforma del 2003, l'articolo 113 prevedeva per l'ipotesi in questione che solo dovesse trattarsi di società a maggioranza pubblica, con la conseguenza che nei fatti non era possibile assicurare all'ente locale l'effettiva titolarità dei beni. L'attuale formulazione della norma esclude peraltro l'ulteriore rischio della partecipazione alle società in questione di soggetti privati, circostanza questa che avrebbe potuto rappresentare una violazione del principio di separazione di non scarso rilievo. Sul tema, M. LAMANDINI, *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, *Riv. trim. app.*, 2003, spec. 542- 545.

⁴¹¹ Sul tema si rinvia alle considerazioni di M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, spec. 109-255.

⁴¹² In questo senso, ancora M. DUGATO, *Proprietà e gestione*, cit., 529.

Ancora. Le società proprietarie dei beni non potranno risultare affidatarie della gestione del servizio, proprio al fine di evitare l'elusione del principio della separazione, che rimane uno dei canoni fondamentali del nuovo assetto dei servizi pubblici locali.

Alle società in questione viene invece richiesto, eventualmente, l'esperimento delle gare per conto degli enti locali per la scelta dei gestori, mentre direttamente esse potranno gestire le reti delle quali si trovino ad essere proprietarie.

Le società proprietarie dei beni strumentali, infine, sono obbligate a mettere le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori del servizio⁴¹³ (nel caso in cui tale gestione sia separata da quella della rete).

Alla stessa tipologia societaria gli enti locali potranno poi ricorrere anche nel caso in cui, trovandosi a detenere la maggioranza del capitale sociale delle società a cui sia stata affidata la gestione dei servizi pubblici al momento di entrata a regime del nuovo sistema, dovranno incorporare i beni e conferirne la proprietà.

In deroga alle ipotesi ora richiamate, tuttavia, l'art. 113 prevede che gli enti locali possono dismettere le partecipazioni di maggioranza detenute nelle società proprietarie dei beni, ma solo nel caso in cui tali società siano già quotate o quando entro il 1 gennaio 2002 gli enti abbiano avviato il procedimento per la quotazione in borsa da concludersi entro il 31 dicembre 2003.

Ultimo caso, probabilmente più interessante perché in forte contrasto con la disciplina ora ricordata, è quello nel quale proprietario dei beni strumentali sia un soggetto diverso dall'ente locale e al quale l'art. 113 consente che venga affidata anche la gestione del servizio, "a condizione che vengano rispettati gli *standards* previsti dal comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale..".

Paleso la distanza rispetto alle ipotesi prima richiamate. Non solo, infatti, non trova applicazione il principio della proprietà pubblica delle reti ma neppure quello della separazione tra gestione delle reti ed erogazione dell'attività.

Come a dire, che l'affermazione di principi particolarmente innovativi rispetto al passato deve trovare un contrappeso nella previsione di deroghe significative in grado di adattarsi alle diverse esperienze in concreto attuate dagli enti locali.

⁴¹³ Si tratta di una prescrizione il cui senso è piuttosto evidente. La separazione tra rete e servizio se consente, almeno in astratto, di liberalizzare i servizi a rete, non garantisce di per sé la libertà di iniziativa economica. Infatti se l'infrastruttura non è accessibile in misura tale da soddisfare la richiesta potenziale la libertà di entrata produce un fenomeno detto di "bottleneck", in base al quale gli operatori non sarebbero di fatto in grado di svolgere l'attività a causa del freno imposto dall'infrastruttura. Sul tema, M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei servizi pubblici a rete, Mercato, concorrenza e regole*, 2001, 371.

In conclusione, delle società proprietarie dei beni possono sottolinearsi in linea generale la natura strumentale e il carattere di funzionalità rispetto agli scopi che l'ente locale persegue⁴¹⁴.

In questo senso depongono fattori diversi. Intanto, la ragione per la quale esse vengono costituite e cioè la possibilità per l'ente locale di cedere ad esse la titolarità formale dei beni pur restandone di fatto proprietario.

Per ottenere tale risultato, la legge da un lato richiede che la partecipazione alle società in esame sia integralmente pubblica e dall'altro definisce tale partecipazione incredibile, con ciò consentendo all'ente locale, che si spogli della gestione del servizio (in ossequio al ricordato principio di separazione⁴¹⁵), di conservare saldamente la proprietà dei beni definiti essenziali alla produzione dello stesso.

A sostegno della tesi della natura strumentale delle società di cui sopra, poi, la possibilità che esse svolgano per conto dell'ente locale le gare per l'individuazione dei gestori del servizio.

Se così è, l'impressione che se ne può trarre è che la società diventi nell'ipotesi in esame una sorta di "prolungamento" dell'ente locale, del quale esso si serve per godere dei vantaggi del modello societario per il perseguimento dei suoi scopi istituzionali, secondo un regime che si presenta però in più punti derogatorio rispetto a quello ordinario⁴¹⁶.

Come si vedrà, si tratta di una tendenza generale degli ultimi anni, che trova la sua più compiuta espressione nel modello *in house* (sul quale v. *infra*) e che lascia perplessi nella misura in cui sembra suggerire una sorta di disconoscimento dell'istituto societario quando viene utilizzato per finalità pubblicistiche.

La domanda che occorre porsi è dunque che senso abbia per l'ente locale utilizzare uno strumento per poi privarlo delle sue caratteristiche essenziali.

Una risposta che ci sembra plausibile è che questo modo di procedere rappresenta in realtà una reazione degli enti locali di fronte all'invadenza del legislatore statale, che disciplina puntualmente le forme di gestione del servizio, obbligando, di fatto, l'ente a ricorrere alle società, senza che possa disporre di alternative.

Società che, infatti, in alcuni casi e a determinate condizioni, vengono utilizzate semplicemente come fossero strutture interne all'ente, come nel sistema precedente alle riforme degli anni scorsi generalmente avveniva.

⁴¹⁴ M. DUGATO, *Proprietà e gestione*, cit., 527.

⁴¹⁵ Sul tema, in generale, H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2001, 169 e segg.

⁴¹⁶ Sul punto, si v. le considerazioni di M. LAMANDINI, *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali*, cit., 541 e segg.

1.1. *Il principio di separazione tra la gestione delle reti e degli impianti e l'erogazione del servizio: le diverse opzioni organizzative.*

Come si è ricordato, uno dei principi fondamentali in materia di servizi pubblici locali introdotti con la riforma del 2001 e confermati nel quadro normativo attuale è quello secondo cui, ove esista una prescrizione in tal senso da parte delle normative di settore, è possibile per l'ente locale separare l'attività di gestione della rete da quella di erogazione dell'attività⁴¹⁷.

L'operatività del principio di separazione comporta, com'è noto, l'avvicinarsi di modalità differenti di organizzazione del servizio⁴¹⁸. In particolare, nel caso in cui gestione delle reti ed erogazione del servizio rimangano congiunte l'ente locale potrà disporre di alternative gestionali diverse.

Intanto, potrebbe risultare che tanto l'attività di gestione delle reti che quella di erogazione del servizio risultino attratte dal regime dei beni e vengano quindi assegnate alla società che di essi è proprietaria e che è stata a tal fine costituita dall'ente.

Diversamente, invece, l'ente potrebbe ritenere che l'attività di erogazione sia dotata di rilevanza autonoma, con la conseguenza che in tali ipotesi sarà la società incaricata della gestione della rete ad essere incaricata anche della gestione del servizio.

Infine, come si anticipava, potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui proprietario delle reti sia un soggetto diverso dall'ente locale, al quale potrebbe quindi essere affidata anche la gestione del servizio.

Anche nella diversa ipotesi in cui la gestione della rete rimanga separata dall'erogazione del servizio, l'ente locale avrà a disposizione una pluralità di modelli organizzativi.

⁴¹⁷ In proposito, è stato opportunamente rilevato come la prescrizione contenuta nell'art. 113 non debba essere intesa in modo rigido, nel senso cioè di ritenere che solo ove vi sia un'espressa previsione in tal senso sia possibile separare gestione delle reti ed erogazione del servizio. Così ragionando, si finirebbe per rinviare l'operatività della riforma ad un momento successivo, di approvazione di normative di settore che si esprimano nel senso indicato. Sul punto si v. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 263. Di conseguenza allora dovrà intendersi ammissibile la separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio anche quando il legislatore abbia ommesso di pronunciarsi sul punto, dovendo invece concludersi per un obbligo per l'ente di gestione integrata quando la normativa di settore espressamente lo richieda. In merito, si rinvia a J. BERCELLI, *I servizi pubblici locali tra disciplina generale e discipline di settore*, cit., 740 e segg. Com'è si è ricordato, poi, la gestione di reti e impianti non costituisca un'attività supplementare alla gestione del servizio ma vera e propria gestione del servizio e in alcuni casi il cuore del servizio stesso, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2601.

⁴¹⁸ Per un'accurata analisi dei presupposti di applicazione e delle caratteristiche delle diverse modalità organizzative del servizio, si rinvia a G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., spec. 251- 290.

Più precisamente, l'ente locale dovrà decidere se optare per l'affidamento diretto del servizio a società *in house* o se, all'opposto, per l'esternalizzazione della gestione a favore di una impresa selezionata attraverso una procedura di evidenza pubblica.

Analogamente, per quanto riguarda la vera e propria erogazione del servizio. L'attuale formulazione dell'art. 113 prevede, infatti, una gamma di possibilità rispetto alle quali il ruolo dell'ente locale si fa progressivamente più incisivo.

Il primo schema disponibile è quello che delinea un modello di concorrenza per il mercato, nel quale cioè l'ente locale avvia una procedura di evidenza pubblica per la selezione del gestore esternalizzando il servizio.

Per certi versi questo passaggio della disposizione avrebbe dovuto essere il più innovativo, quello cioè attraverso il quale avrebbe dovuto avviarsi il processo di rinnovamento del settore dei servizi pubblici locali, attraverso l'introduzione di un meccanismo grazie al quale instaurare un regime di libertà e parità tra tutti gli operatori, e realizzare un livello di liberalizzazione "accettabile"⁴¹⁹.

Le modifiche apportate all'art. 113 dopo il 2001 hanno però mutato sensibilmente il quadro d'insieme rendendo l'esternalizzazione del servizio solo una delle alternative possibili e probabilmente non quella prediletta dagli enti locali⁴²⁰.

Nella sua formulazione attuale l'art. 113 consente, infatti, all'ente locale di utilizzare la vecchia e rassicurante formula della società mista pubblico-privato⁴²¹ o di affidare il servizio direttamente ad una società a

⁴¹⁹ Sul punto si v. le considerazioni di L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448 del 2001*, cit., spec. 622 e segg.

⁴²⁰ Di ciascuna delle tre modalità di affidamento del servizio cercherà di darsi conto nelle pagine che seguono.

⁴²¹ In proposito, va richiamato il dibattito in merito al futuro delle società miste in relazione all'orientamento restrittivo più volte manifestato dalla Corte di Giustizia, relativamente al modello dell'affidamento *in house*. In proposito infatti parte della dottrina, sul presupposto che, nel rispetto degli orientamenti manifestati in sede comunitaria le società miste dovrebbero sostenere due procedure selettive, una per la scelta del socio, l'altra per l'affidamento del servizio, tali società diventerebbero di fatto scarsamente appetibili per i privati, arriva a decretarne la fine. E' la posizione espressa da R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, *Dir. Amm.*, 2005, 179 e segg. Di contrario avviso, coloro che si mostrano favorevoli ad un'interpretazione più elastica, in base alla quale si ammette l'affidamento diretto alla società a condizione che il socio sia stato scelto con procedura di evidenza pubblica e l'oggetto sociale sia limitato all'affidamento del servizio. In questi termini, M. DUGATO, *Le società miste alla luce della recente giurisprudenza italiana*, Relazione al Convegno, *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 18 novembre 2005, *datt.*; M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici tra diritto comunitario e diritto italiano*, *Riv. Ita. Dir. Pubb. Com.*, 2004, 942; G. PIPERATA, *L'affidamento in house alla luce della giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico-privato*, *Dir. Amm.*, 2005, 950. Negli stessi termini, Cons. Stato, sez. V., 3 febbraio 2005, n. 272, su www.dirittodeiservizipubblici.it. Il tema verrà però ripreso anche nel capitolo quarto.

capitale interamente pubblico legata all'ente da una relazione di delegazione interorganica, optando per la c.d. "interiorizzazione" il servizio⁴²².

2. *La gestione dei servizi privi di rilevanza economica: cenni.*

Una volta considerati i principali profili relativi all'organizzazione e alle problematiche dei servizi di rilievo economico è possibile accennare all'altra tipologia di attività, che il legislatore ha ricondotto a quei servizi rispetto ai quali manchi il requisito dell'economicità.

Come si sa, la disciplina dei servizi privi di rilievo economico era contenuta nell'art. 113 *bis* del Testo Unico, che confermava per tale tipologia le modalità organizzative che tradizionalmente venivano utilizzate per i servizi pubblici locali.

In particolare, in seguito alla riforma del 2001 le formule organizzative dei servizi privi di rilievo economico erano riconducibili a tre diversi modelli: a) esternalizzazione del servizio (tramite affidamento ad un gestore selezionato a seguito di procedura ad evidenza pubblica); b) cooperazione pubblico - privato, (il cui esito poteva essere una società mista, un'associazione o una fondazione)⁴²³; c) "intervento diretto", (gestione in economia, affidamento del servizio ad istituzioni⁴²⁴ o aziende speciali dell'ente locale).

Anche i servizi privi di rilievo economico sono stati nuovamente interessati da interventi di riforma con i provvedimenti normativi del 2003⁴²⁵, in base ai quali veniva eliminata la possibilità di affidamento a terzi⁴²⁶ del servizio a seguito di procedura di evidenza pubblica e di ricorso a società mista. In compenso, però, si estendeva anche a tale diversa tipologia di servizi la formula dell'affidamento *in house*.

Tuttavia, la stabilità del rinnovato assetto dei servizi non economici sarebbe stata minata ulteriormente, anche se questa volta per effetto di una pronuncia della Corte costituzionale.

⁴²² Ancora, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 266.

⁴²³ Su tali modalità di gestione del servizio come essa veniva disciplinata nel d.d.l 4014, G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, *Aedon*, 3, 2000.

⁴²⁴ In particolare, sulle perplessità avanzate dalla dottrina circa la validità e la scarsa utilizzazione del modello dell'istituzione, G. FRANCHI SCARSELLI, *Appunti sul modello dell'istituzione per l'esercizio dei diritti sociali*, *Le Regioni*, 1999, 925 e segg.

⁴²⁵ In proposito si v. G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, *Aedon*, 3, 2003.

⁴²⁶ In merito, si v. la ricostruzione di G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, www.giustizia-amministrativa.it 2004.

Con la già richiamata sentenza n. 272 del 2004 la Corte⁴²⁷ dichiarava, infatti, l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis*, in base alla considerazione che nel caso dei servizi non economici non vi era alcun titolo in base al quale lo Stato potesse disciplinare la materia.

In altre parole, secondo i giudici, la disciplina statale dei servizi non economici non trovava fondamento nelle ragioni di tutela della concorrenza,⁴²⁸ che giustificavano la regolamentazione statale dei servizi di rilievo economico, con la conseguenza che essa di fatto comprimereva illegittimamente l'autonomia regionale e locale⁴²⁹.

Ciò posto, rimaneva da stabilire quale fosse la disciplina applicabile ai servizi non economici, in seguito all'apparente vuoto normativo lasciato dalla pronuncia della Corte⁴³⁰.

Secondo autorevole dottrina, in ragione dell'autonomia organizzativa di cui godono ai sensi degli articoli 114, comma 2 e 117 comma 6 della Costituzione, gli enti locali possono decidere quale sia l'opzione organizzativa ideale⁴³¹ per il servizio da svolgere, anche in mancanza di una legge regionale che disponga sul punto⁴³².

Tale conclusione si giustifica in base alla considerazione che se la Corte avesse voluto con la propria pronuncia limitare la competenza in materia di servizi non economici all'emanazione di leggi regionali, si sarebbe corso il rischio di una paralisi degli enti locali nello svolgimento dei servizi non economici, fino a quando non fossero state emanate le

⁴²⁷ In armonia con quanto sostenuto nella sentenza n. 272 del 2004, la Corte con la pronuncia 3 marzo 2006, n. 80, applica il principio di tutela della concorrenza in senso promozionale. La sentenza è pubblicata su *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1203 e segg. con nota di L. IERA.

⁴²⁸ In questi termini, M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit., 223.

⁴²⁹ In ossequio ai principi espressi dalla sentenza n. 272/2004, il Consiglio dei Ministri recentemente (6 ottobre 2006) approvava una delibera per l'impugnativa della legge regionale Lombardia n. 18, 8 agosto 2006 "Conferimento di funzioni agli enti locali in materia di servizi locali di interesse economico generale", che nel modificare la l. r. n. 26 del 12 dicembre 2003, ai commi 1 e 4 dell'art. 49 violerebbe tanto gli artt. 141, co. 2, 147, 148, 150 del d. lgs. 152 del 2006 che l'art. 113 del Testo Unico, prevedendo che le Autorità d'ambito organizzino il servizio idrico separando necessariamente l'attività di gestione delle reti da quella di erogazione dei servizi, con l'obbligo di affidare quest'ultimo mediante procedure ad evidenza pubblica. Sia la delibera del Consiglio dei Ministri che la legge regionale possono essere consultate su www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴³⁰ In proposito si v. G. SCIULLO, *La gestione dei servizi culturali delle autonomie dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte costituzionale*, *Aedon*, 3, 2004

⁴³¹ Come riferimenti per il valido esercizio della propria potestà organizzativa, l'ente locale disporrà tra l'altro di quelle discipline settoriali che disciplinano modalità di gestione di attività riconducibili alla nozione di servizi privi di rilievo economico, come potrebbe essere nel caso della gestione dei servizi culturali. Sul tema si v. il commento all'art. 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio di S. FOA', in M. CAMMELLI, (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, 452-457.

⁴³² Così G. SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali*, cit. Peraltro proprio nel settore dei servizi culturali gli enti locali avevano già manifestato la tendenza alla ricerca di sperimentazioni gestionali che garantissero una maggiore efficienza gestionale dei servizi. Sul punto, M. CAMMELLI, *Decentramento e "outsourcing" nel settore della cultura: il doppio impasse*, *Dir. pubbl.*, 2002, 265 e segg.

relative regionali. Soluzione questa in netto contrasto con il carattere di doverosità dell'attività, che rimane invece uno dei tratti essenziali e sempre attuali della nozione di servizio pubblico⁴³³.

3. *La public governance nei servizi pubblici locali: le funzioni di indirizzo e controllo dell'ente locale.*

Richiamata sinteticamente la disciplina positiva delle società per la gestione dei servizi pubblici locali è possibile a questo punto passare a considerare le problematiche connesse al loro "governo".

Nel complesso del lavoro l'analisi del funzionamento delle società (nomina, attribuzioni e relazioni tra organi) ha il senso di contribuire a delineare gli strumenti idonei a realizzare la più efficace tutela dell'interesse pubblico per il quale la società viene costituita.

Così, in particolare, come proverà a dimostrarsi, l'esercizio di forme di controllo interno della società attraverso gli strumenti predisposti dal diritto societario, potrebbe contribuire, ad avviso di chi scrive, a rendere l'utilizzo delle società più soddisfacente anche per finalità pubblicistiche.

L'idea che qui si sostiene è, dunque, che dovrebbe esservi una sorta di distinzione di competenze tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dei controlli sulle suddette società. Spetterebbe al primo, in particolare, regolamentare la fase preliminare alla costituzione della società e relativa alla regolazione del servizio; al secondo dovrebbe essere invece lasciata la disciplina del funzionamento delle società, secondo i principi e le disposizioni che verranno illustrate nelle pagine che seguono.

Su queste premesse verrà affrontato il tema del governo delle società, per poi analizzare nell'ultimo capitolo più in generale il tema delle forme di controllo sulle stesse esperibili da parte dell'ente locale.

Ad ogni modo, il termine *governance*⁴³⁴, abusato anche rispetto al tema delle società a partecipazione pubblica, vede le sue prime utilizzazioni, come si sa, in ambito privato, dove stava ad indicare gli strumenti di direzione e controllo dei gruppi industriali.

⁴³³ Sussisterebbe, dunque, in capo all'ente locale una vera e propria responsabilità di organizzare ed erogare il servizio, in ragione della quale pare più coerente ammettere un'autonomia organizzativa degli enti locali in materia di servizi privi di rilievo economico. Così anche, G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 32.

⁴³⁴ In proposito si rinvia alle considerazioni di R. IANNONE, *Governance: una questione di significati*, *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 2006, 57 e segg.

Prima però di cercare di chiarirne il significato rispetto al più circoscritto settore delle società a partecipazione locale, ha forse senso precisare in che modo tale concetto venga utilizzato nella “sfera” pubblica.

Con l'espressione *governance* pubblica ci si riferisce ad alcune delle caratteristiche di ordine più generale che vanno assumendo gli assetti istituzionali, i ruoli e le modalità di azione dei pubblici poteri e più specificatamente delle pubbliche amministrazioni⁴³⁵.

Più in particolare, la *governance* pubblica indicherebbe l'avvicendamento delle modalità di esercizio del potere pubblico, nel senso del superamento del modello tradizionale di *government*⁴³⁶, basato sulla produzione diretta di un numero crescente nel tempo di beni e servizi a fruizione collettiva, a favore di un differente processo di *governance*, appunto, nel quale l'amministrazione comincia a “fare sistema” e, rinunciando ad imporsi sugli amministrati, sceglie un approccio collaborativo e di cooperazione con i diversi attori istituzionali⁴³⁷.

Le accezioni attribuibili al concetto in esame sono peraltro diverse a seconda dell'ampiezza della prospettiva di indagine prescelta⁴³⁸. Con particolare riferimento al tema della partecipazioni degli enti locali in società⁴³⁹, un sistema di *governance* dovrebbe agire con l'obiettivo di assicurare una visione unitaria della gestione dei servizi, che consenta di definire una strategia comune per la realizzazione del miglioramento della qualità degli stessi e del conseguente soddisfacimento degli interessi degli utenti nel rispetto del principio dell'economicità della gestione.

La transizione verso il modello di *governance* delinea, dunque, una nuova rete di competenze, responsabilità, e interazioni, il cui centro rimane l'ente locale, sia pur nella sua rinnovata veste di *supervisor* dell'operato delle aziende e di garante della tutela degli interessi dei cittadini utenti.

⁴³⁵ Interessante, in proposito, l'interpretazione del concetto di *governance* in ambito comunitario. Per questo si rinvia al *Libro bianco La governance europea*, 5 agosto 2001, COM (2001), 428. Il documento può essere consultato al sito www.eu.int.

⁴³⁶ Come precisa, però, M. CAMMELLI, *Le autonomie*, cit., 22, le dinamiche che hanno investito il territorio degli enti locali, la sua trasformazione e il suo sviluppo richiedono certo *governance* in maniera crescente ma non possono prescindere da una base ineliminabile di *government*.

⁴³⁷ Sul punto, M. ATELLI, C. D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali. La gestione e il controllo delle partecipate*, Milano, Ed. Il sole 24 ore, 2006, spec. 9-10. Come osserva D. DELLA PORTA, *La politica locale*, 2ª ed., Bologna, 2006, 222, “lo sviluppo dell'attenzione alla *governance* avrebbe condotto a sottolineare il ruolo svolto dai privati nelle politiche locali”.

⁴³⁸ E' stato precisato che sono possibili una visione micro, una visione meso ed una visione macro della *governance* rispettivamente prendendo in considerazione la singola amministrazione, il sistema delle aziende e delle amministrazioni pubbliche, o ancora lo Stato, il mercato e la società civile. Ancora, M. ATELLI, C. D'ARIES, *La public governance*, cit., 12.

⁴³⁹ Più in generale, individua le correlazioni possibili tra *governance* e servizi pubblici locali, G. PIPERATA, *Governance e servizi pubblici*, in M. CABIDDU, (a cura di), *Modernizzazione del Paese. Politiche opere servizi pubblici*, Milano, 2005, 157 e segg.

Nel sistema attuale all'ente locale spettano, dunque, essenzialmente funzioni di indirizzo e controllo. A fronte della progressiva dismissione delle funzioni di gestione diretta, l'ente locale dovrà, infatti, concentrarsi sull'esercizio delle funzioni di pianificazione-programmazione⁴⁴⁰ e di controllo del servizio.

Diventa cruciale in questo contesto in particolare il ruolo del consiglio comunale⁴⁴¹, titolare, in qualità di organo di indirizzo e di controllo politico e amministrativo, delle competenze deliberative in materia di servizi⁴⁴², definizione e approvazione degli atti di pianificazione e programmazione (bilanci, relazioni programmatiche e programmi triennali), definizione degli indirizzi da osservare da parte delle aziende, di enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza e non ultima della funzione di elaborazione degli indirizzi relativi alle nomine dei rappresentanti del comune presso aziende ed istituzioni⁴⁴³.

⁴⁴⁰ I due termini di pianificazione e programmazione (art. 165, co. 7 Testo Unico) si trovano spesso utilizzati simultaneamente pur alludendo ad attività differenti, riconducibili, la prima, all'individuazione delle strategie necessarie al raggiungimento degli obiettivi predefiniti e al complesso di attività anche normative, relative ad opere o interventi da realizzare anche di natura non finanziaria in vista degli obiettivi da raggiungere.

⁴⁴¹ In proposito, peraltro, il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza del 3 marzo 2005, n. 832 (consultabile su www.dirittodeiservizipubblici.it) ha concluso per l'illegittimità delle modifiche di uno statuto comunale che assegnavano alla Giunta competenze in merito alla partecipazione dell'ente locale a società di capitali. Per quanto riguarda gli altri organi del Comune, al Sindaco e al Presidente della Provincia spettano, secondo l'art. 50 co. 8 e 9 del Testo Unico la nomina, la designazione e la revoca dei rappresentanti del Comune presso enti, aziende ed istituzioni posti sotto la sua vigilanza, secondo gli orientamenti manifestati dal Consiglio. Va precisato, peraltro, come non vi sia alcun elemento che esplicitamente estenda tale disposizione anche all'ipotesi dei rappresentanti dell'ente in società per azioni. Alla Giunta, invece, che collabora col Consiglio per l'attuazione degli indirizzi da questo espressi spettano le funzioni non attribuite dalla legge ad altri organi.

⁴⁴² In particolare, il Consiglio comunale a norma dell'art. 42 del Testo Unico è competente a deliberare in materia di:

- assunzione diretta dei servizi;
- costituzione di istituzioni e aziende speciali;
- concessione di pubblici servizi;
- partecipazione dell'ente locale a società di capitali.

E' stata invece esclusa dalla giurisprudenza, (Tar Veneto, sez. I, 8 novembre 2006, n. 3749, su www.dirittodeiservizipubblici.it) la legittimazione ad impugnare l'affidamento diretto di un servizio pubblico da parte dei consiglieri comunali sia nella loro veste istituzionale che in quella di utenti.

⁴⁴³ In proposito, occorre richiamare il recente intervento normativo che ha inciso in maniera piuttosto significativa sul tema dell'accesso di amministratori e dirigenti delle società partecipate alle cariche di amministratori locali. Con l'art. 14-*decies* della l. 17 agosto 2005, n. 168 si è infatti modificato l'art. 60, co. 1, n. 10, relativo all'ineleggibilità a Sindaco, Presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei legali rappresentanti e dei dirigenti delle società per azioni con capitale maggioritario rispettivamente del comune e della provincia. Con la sostituzione del riferimento alla titolarità da parte dell'ente della maggioranza del capitale con quello alla titolarità del 50% delle azioni, si è fortemente limitata l'operatività della norma, ad esempio in tutte le ipotesi di società partecipate da più enti locali nessuno dei quali detenga una quota di capitale superiore al 50%. Con lo stesso intervento normativo si è modificato anche l'art. 63, co.1, n. 1, in materia di incompatibilità tra la carica di Sindaco, Presidente della Provincia, consiglieri comunali e provinciali con quella di

In proposito, non è forse inutile ricordare come i processi decisionali interni all'ente locale presentino un grado fisiologico di complicazione, derivante da una sorta di frammentazione delle competenze tra i diversi organi coinvolti⁴⁴⁴.

Una volta predeterminati dagli organi competenti gli indirizzi relativi agli obiettivi da perseguire, dovranno essere trasmessi al soggetto gestore; centrale diventa, dunque, anche la trasmissione delle informazioni, in particolare quando a gestire il servizio sia un soggetto terzo rispetto all'ente locale.

Per far fronte alle esigenze del caso, l'ente locale dovrebbe allora dotarsi di un'apposita unità organizzativa che possa a) regolare i rapporti con le partecipate; b) svolgere una triplice forma di controllo (preventivo, concomitante e successivo); c) garantire un saldo collegamento tra la parte politica e quella manageriale e quindi tra indirizzi prefissati, risultati prospettati e obiettivi raggiunti.

Sulla base delle premesse indicate, è possibile passare ad analizzare gli strumenti di *governance* in senso stretto, con particolare riguardo alle società per la gestione dei servizi pubblici locali, sul presupposto che proprio il diritto societario possa offrire all'ente locale alcune tra le più efficaci modalità di "controllo", tramite le quali valutare il livello di qualità del servizio erogato.

4. Governance e imprese pubbliche locali: problematiche di gestione e controllo delle partecipate.

amministratore di aziende soggette a vigilanza, limitandone l'applicazione ai casi in cui la partecipazione dell'ente locale non sia inferiore al 20%. In tal modo, il legislatore sconfessa quella giurisprudenza (tra le altre Cassazione, sez. I, 20 maggio 2006, n. 11893, su www.dirittodeiservizipubblici.it), secondo la quale l'incompatibilità non dipendeva dalla misura della partecipazione pubblica. Alla stessa impostazione sembra aderire, Corte costituzionale, 1 giugno 2006, n. 217, (www.giustamm.it), secondo cui la disciplina delle cause di incompatibilità o ineleggibilità di rappresentanti o dirigenti di società a capitale pubblico maggioritario o di amministratori di società sottoposte a vigilanza dell'ente o da questo (in via facoltativa) finanziati. Ad ogni modo, oltre alle discutibili ragioni di opportunità che possono giustificare una tale innovazione, va sottolineata anche l'introduzione ad opera dell'intervento normativo richiamato di un criterio legale per stabilire quando le società partecipate dagli enti locali possono considerarsi "vigilate" dagli enti partecipanti. Sul tema è intervenuta di recente la Corte di Cassazione, sez. I civ., n. 22280 del 25 settembre 2006, a sottolineare come la qualità di rappresentante e amministratore di società regionali sia causa di ineleggibilità alla carica di consigliere regionale, anche quando la partecipazione della Regione alla suddetta società sia soltanto indiretta. La sentenza è consultabile su www.giustamm.it.

⁴⁴⁴ Si ricordi, ad esempio, che pur essendo il Consiglio ad elaborare gli indirizzi in materia di servizi, ma di norma è il Sindaco in rappresentanza dell'Ente (ma spesso quale espressione della sola maggioranza) a partecipare all'assemblea della società.

Il tema del governo delle società a partecipazione pubblica ha acquisito discreta rilevanza⁴⁴⁵ negli ultimi tempi, anche perché presenta evidenti connessioni con le dinamiche evolutive che stanno interessando non solo le imprese locali ma più in generale i mercati, gli enti locali e il quadro istituzionale⁴⁴⁶.

E' diventata via via più urgente nei diversi settori dell'economia l'esigenza di realizzare un'efficiente condotta aziendale⁴⁴⁷, che rispetto alle imprese locali si arricchisce di tutte le problematiche relative alla soddisfazione del cittadino utente e alla tutela delle sue prerogative.

La particolare attenzione manifestata dagli interpreti rispetto alle diverse modalità di *governance* e alle loro ricadute sul funzionamento delle imprese locali può spiegarsi, però, più semplicemente richiamando il mutato contesto nel quale tali imprese oggi operano.

Intanto, come si è visto, ne è mutata la veste giuridica; in proposito, riprendendo le considerazioni svolte nel secondo capitolo, può dirsi che in generale (salvo poi i più o meno significativi profili di specialità che diremo)⁴⁴⁸ alle imprese degli enti locali che operano nella veste di società

⁴⁴⁵ Tra i contributi recenti, si v., M. ATELLI, C. D'ARIES, *La public governance*, cit.; F. COLTORTI, F. GIAVAZZI, G. SAPELLI, M. VITALE, *Utilities e utili. Indirizzi di Governance per le società a controllo comunale*, *Equilibri*, 2006, 369 e segg.; M. ELEFANTI, *L'evoluzione delle imprese pubbliche locali*, cit.; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, *Rivista delle società*, 2004, 842 e segg.; C. MATTEI, *La governance delle società di gestione dei servizi pubblici partecipate dagli enti locali*, *Riv. amm.*, 2006, 520 e segg.; G. SAPELLI, *La trasformazione delle società di proprietà comunale: eterogenesi dei fini e rimedi di governance*, *Amministrare*, 2006; 277 e segg.; V. VACCARI, *Imprese a partecipazione pubblica: possibili sistemi di governance*, *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 219. Più in generale sul rapporto tra società pubbliche e diritto societario si richiamano il già citato lavoro di F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche* e quello di M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, *Dir. Amm.*, 2004, 561 e segg.

⁴⁴⁶ Si vedano, in proposito, le considerazioni espresse dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, nella comunicazione del 21 maggio 2003 "Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea. Un piano per progredire, consultabile sul sito www.eu.int.

⁴⁴⁷ Sono state peraltro già avanzate alcune perplessità circa l'assolutizzazione del sistema della *corporate governance*, che comincia a manifestare alcuni segnali di crisi proprio negli Stati Uniti, che ne rappresentavano i principali sostenitori. G. FERRI, *Diritto societario e corporate governance: modelli assoluti o storicamente determinati*, in P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003.

⁴⁴⁸ Va detto che prima delle riforme che hanno investito le società per la gestione dei servizi pubblici locali negli anni scorsi, la dottrina giungeva ad escludere che vi fossero ragioni tali da indurre a ritenere che la società a partecipazione comunale si distaccasse dal modello tipico di diritto comune sul versante della genesi contrattuale o su quello organizzativo. M. MAZZARELLI, *Le società per azioni*, cit., 117 e segg. Alle stesse conclusioni giunge, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario delle società per azioni con partecipazione comunale*, *Riv. soc.*, 1997, 157. D'altra parte, lo stesso diritto societario lungi dal rappresentare un complesso monolitico, subisce sempre più l'influenza continua e costante di leggi speciali che tendono a sottrarlo alle regole proprie del codice civile e a creare nuove società di diritto speciale. F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, 228, nota 1.

per azioni va applicato il regime per esse previsto in generale dal codice civile.

Ma, come si anticipava, differente è principalmente il sistema nel quale le imprese locali si inseriscono. Per effetto dei processi di liberalizzazione, le imprese pubbliche locali, storicamente radicate (quanto meno sotto il profilo degli interessi tutelati) al territorio dell'ente locale di riferimento, si trovano oggi ad operare in un mercato parzialmente liberalizzato e dunque aperto anche ad imprese di dimensioni più significative, nel quale le politiche di sviluppo sono sempre meno l'emanazione di ambiti territoriali ristretti e rispetto al quale la stessa funzione di regolazione viene esercitata in ambito nazionale se non sovranazionale.

Gli elementi richiamati pongono dunque sotto una nuova luce gli strumenti di indirizzo e controllo delle imprese locali, che, tradizionalmente braccio imprenditoriale dell'ente locale, si trovano ora ad esprimere una pluralità di interessi differenti e non di rado confliggenti.

All'esigenza di equilibrio tra proprietà e *management* va ricondotta l'opportunità di riadattare il sistema di governo delle imprese locali, per impedire invasive prerogative gestionali della proprietà, che condizionino il grado di responsabilizzazione dell'organo amministrativo, evitandone però un'eccessiva autonomia che potrebbe comportare la deviazione dell'impresa dalle finalità sue istituzionali.

Il sistema delle imprese locali vive, infatti, una fase di transizione⁴⁴⁹ da un modello definito di "accentramento"⁴⁵⁰, nel quale la coincidenza tra proprietà e controllo dell'impresa garantiva la coincidenza degli obiettivi del proprietario-gestore, ad un modello di "decentramento forte", in cui la proprietà dell'impresa risulta invece articolata in una pluralità di azionisti pubblici e privati e rispetto al quale la *governance* diventa lo strumento per il contemperamento dei molteplici e differenti interessi degli azionisti con le esigenze di gestione⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Ciò comporta che anche sul versante del controllo delle imprese da essi partecipate gli enti locali sono da tempo impegnati nella ricerca di soluzioni più aderenti al nuovo contesto istituzionale, che non si limitino alla valutazione dei risultati economici ottenuti dalle imprese ma siano riconducibili al sistema del controllo strategico. Sul tema, E. RONCORONI, *Pratiche del controllo delle imprese partecipate dal Comune, Amministrare*, 2005, 453 e segg.

⁴⁵⁰ In questi termini, G. VALLOTTI, *I nuovi modelli*, cit., 101. L'autore evidenzia, peraltro, l'esistenza di un passaggio intermedio (modello di decentramento debole), che darebbe luogo alla costituzione del c.d. "gruppo locale", nel quale vi è una separazione tra proprietà e controllo e alla *governance* viene affidato il compito di contemperare le esigenze della proprietà pubblica con quelle della gestione.

⁴⁵¹ Il tema è quello della c.d. "buona *governance*", sul quale, G. SAPELLI, *La trasformazione delle società*, cit., 282. Una delle questioni più interessanti in proposito è quella relativa al sistema di nomina dei rappresentanti degli enti locali negli enti partecipati. L'analisi dei regolamenti approvati da alcune amministrazioni locali confermerebbe che i requisiti per la nomina presso enti partecipati rimangono essenzialmente gli stessi richiesti nel sistema precedente per le nomine nelle aziende del comune. Si tratta sostanzialmente dell'orientamento delle scelte sulla

Affrontare il tema della *governance* delle imprese pubbliche locali, vuol dire dunque chiedersi essenzialmente se, ed in che modo, i modelli di direzione e controllo delle imprese private debbano essere adattati alle peculiarità derivanti dalla natura della proprietà e dell'attività svolta dalle società locali.

In particolare, occorre tenere distinte le diverse modalità con le quali l'ente si relaziona all'impresa che gestisce il servizio. In ogni caso, l'ente svolgerà un ruolo di regolazione del servizio, che rimane al di fuori delle problematiche di governo delle società a cui qui ci si riferisce. Diversamente, andranno invece valutate le ipotesi in cui l'ente detenga anche delle azioni (e in tal caso in che misura) nella società, poiché questo pone evidenti problematiche di conciliazione tra esigenze di segno opposto alle quali, ci pare, sono proprio gli strumenti di *governance* previsti dal codice civile a poter rispondere in modo più adeguato.

Sullo sfondo rimane, poi, una funzione di tutela dell'interesse pubblico perseguito attraverso l'erogazione del servizio che impone una verifica *a posteriori* dell'attività svolta dalla società (responsabilità degli amministratori, qualità del servizio e così via)⁴⁵².

In un secondo momento, sarà opportuno interrogarsi sull'idoneità degli strumenti di governo societario a risolvere le problematiche relative alla tutela dell'interesse pubblico e intrinsecamente connesse alle imprese pubbliche locali.

Rispetto al primo dei quesiti posti si è già visto come in generale riconoscendo la partecipazione pubblica come partecipazione azionaria in senso proprio, non può prescindersi dall'applicazione del regime privatistico delle società.

Ciò premesso, sono necessarie alcune precisazioni. Le imprese locali presentano peculiarità che giustificano una considerazione speciale rispetto alle imprese private.

Intanto, l'ente locale, nella società della quale è azionista, tende a conferire significativo rilievo alla dimensione territoriale di promozione e tutela degli interessi della comunità amministrata⁴⁵³, mentre invece nell'impresa privata rimane quasi esclusiva la dimensione strettamente industriale e di sviluppo economico dell'impresa.

Ancora. L'ente locale azionista conserva un'attenzione costante alla remunerazione del capitale investito e al tempo stesso possiede una

base di criteri politici e non tecnici come già avveniva per le aziende, ma che oggi appare inadeguato in un sistema in cui gli organi di gestione delle società a partecipazione locale sono investiti da forme di più accentuata responsabilità gestionale e decisionale. Sono le conclusioni di M. NICO, *Sul sistema di nomina dei rappresentanti negli enti partecipati*, *Amministrare*, 2005, 175-176.

⁴⁵² Su questi aspetti si rinvia però al capitolo quarto.

⁴⁵³ E' facilmente intuibile che una simile osservazione non può avere portata generale poiché si addice solo a quelle ipotesi in cui la partecipazione dell'ente nella società sia significativa, tanto da consentire all'ente di orientarne l'attività secondo i "propri" interessi.

capacità di finanziare lo sviluppo dell'impresa più debole rispetto a quella delle imprese private.

In una prospettiva interna alle dinamiche societarie, invece, e per ragioni di carattere più generale legate alla specificità del rapporto tra l'ente e la sua "società", il principio di autonomia e indipendenza dell'organo amministrativo della società locale è rimasto tendenzialmente inattuato anche nel mutato contesto del quale si diceva.

Al contrario, nelle imprese private l'esigenza emersa negli ultimi anni era semmai proprio quella di arginare e regolamentare le "sfere di libertà" degli organi di gestione.

Ultima considerazione di carattere generale; le imprese locali rappresentano tradizionalmente la parte più visibile dell'amministrazione locale; quella cioè sulla quale si misura il grado di soddisfazione del cittadino-utente; quella sulla quale si rafforza o viene meno la legittimazione dell'ente nei confronti della collettività di riferimento⁴⁵⁴. Tali fattori contribuiscono a rendere più comprensibile la difficoltà dell'ente di sganciarsi dai fondamentali processi decisionali che interessano le imprese locali⁴⁵⁵.

Sulla base delle premesse indicate, occorre ora considerare le specifiche problematiche della *governance* nelle diverse ipotesi di gestione del servizio mediante una società⁴⁵⁶.

4.1. *Sistemi di governance e tipologie societarie per la gestione dei servizi pubblici locali.*

Il tema dei meccanismi di *governance* delle società a partecipazione pubblica locale non può essere affrontato, se non tenendo conto delle

⁴⁵⁴ L. GIAMPAOLINO, *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, Riv. trim. app., 1999, 8.

⁴⁵⁵ Non va infatti trascurato che storicamente nella tradizione delle imprese locali non si è mai realizzata una vera e propria separazione tra organi d'indirizzo ed organi di gestione. Così il ruolo delle commissioni amministratrici nelle aziende speciali è stato prevalentemente di mediazione e rappresentanza politica dell'ente nell'azienda. In altre parole, si riproponeva nella struttura aziendale lo stesso rapporto politica-dirigenza che caratterizza l'organizzazione dell'ente locale. Ciò proprio perché dell'ente l'azienda veniva di fatto considerata poco più che un'appendice istituzionale. E' evidente come tale impostazione, così profondamente radicata nella cultura degli enti locali, sia difficilmente sostituibile.

⁴⁵⁶ D'altra parte, non può certamente trascurarsi che un conto è la valutazione dei modelli astrattamente prefigurati dal legislatore, altro è l'esperienza in concreto condotta dalle imprese locali. Anche su questo occorrerebbe tener distinte le ipotesi in cui le *utilities* locali hanno saputo crescere ed acquisire visibilità anche sul territorio nazionale, da quelle realtà minori e più arretrate (che probabilmente allo stato attuale rappresentano l'ipotesi prevalente), che faticano ad attrezzarsi per la gestione del periodo della transizione.

caratteristiche delle diverse formule societarie utilizzabili dagli enti locali per la gestione del servizio complessivamente intesa.

E' evidente, d'altra parte, che le modalità di governo e direzione delle società locali variano a seconda del verificarsi di alcune circostanze piuttosto che di altre.

Senza tornare sul punto può evidenziarsi quanto segue. La società costituita dall'ente potrà essere "chiusa" o "aperta", che vuol dire tener conto di due aspetti: che essa sia partecipata o meno da una pluralità di soggetti⁴⁵⁷; che agisca in mercato aperto⁴⁵⁸ o chiuso e dunque in condizioni di concorrenza con altri operatori o in regime di riserva di attività.

In altre parole, occorrerà domandarsi innanzitutto se la società costituisca esclusivamente la proiezione imprenditoriale dell'ente, o se essa rappresenti invece la modalità collaborativa che l'ente utilizza per "dialogare" con altri soggetti, in particolare privati.

Com'è intuibile, nelle due ipotesi prospettate l'interesse pubblico andrà declinato diversamente; coincidendo nel primo caso con l'interesse della società, dovendo invece confrontarsi con l'interesse sociale nell'altro.

Come si diceva, bisognerà tener conto dell'ulteriore variabile dell'operatività della società in regime di attività riservata o invece nel mercato.

In tale ultima ipotesi dovrà poi considerarsi l'ulteriore circostanza dell'eventuale quotazione della società in un mercato regolato⁴⁵⁹. La frammentazione proprietaria che ne segue presenta infatti significative ricadute anche in termini di *governance* della società, nella misura in cui complica l'operazione di riequilibrio dei diversi interessi coinvolti.

In ogni caso, per tali ultime società può prospettarsi, quanto meno a livello teorico, l'integrale applicazione delle comuni regole di concorrenza (disciplina degli aiuti di Stato⁴⁶⁰, normativa in tema di abuso

⁴⁵⁷ Come si vedrà, a rilevare è già la potenziale partecipazione di altri soggetti alla società (non dunque solo di soggetti privati alla società, anche se in tal caso è più evidente il carattere conflittuale dei diversi interessi coinvolti), poiché anche la partecipazione di più enti locali pone specifiche problematiche che verranno in seguito analizzate di governo delle c.d. società a partecipazione pluricomunale.

⁴⁵⁸ Rilevante, come vedremo, è poi in che modo il sistema in cui la società opera diventa concorrenziale. In altri termini, altro è se l'incrocio con la concorrenza avviene a monte (c.d. modello di concorrenza *nel* mercato), altro è se ciò avviene invece a valle (concorrenza *per* il mercato) e quindi attraverso la scelta del socio privato mediante una procedura di evidenza pubblica.

⁴⁵⁹ Come si vedrà, peraltro, uno degli obiettivi della recente riforma del diritto societario era proprio la riduzione delle differenze tra la disciplina delle società quotate e quella delle società non quotate.

⁴⁶⁰ Sul tema di recente, Corte di Giustizia europea, sez. I, 1 giugno 2006, n. C- 207/2005, (su www.dirittodeiservizipubblici.it), nella quale viene dichiarato l'inadempimento della Repubblica Italiana di una decisione della Commissione concernente l'aiuto di Stato relativo alle esenzioni fiscali concesse a società a prevalente capitale pubblico che forniscono servizi pubblici locali.

di posizione dominante, concentrazioni e dovere degli Stati di sottoporre tali imprese ad un regime che non crei distorsioni, ecc.)⁴⁶¹.

In sintesi, sono tre le eventualità che possono presentarsi: a) che la società sia chiusa, con la conseguenza che, in tal caso, come si vedrà, la tutela dell'interesse pubblico verrà assicurata dagli strumenti riconosciuti all'azionista pubblico, più eventualmente quelli attribuiti dalla legge che disciplina tali società; b) che la società sia aperta e operi in regime di riserva di attività, nel qual caso essa godrà di un regime giuridico variabile (perché costituito dal codice civile integrato dalle norme derivanti dall'operare la società in regime di riserva di attività) e infine c) che la società aperta operi nel mercato, secondo una disciplina che è quella dettata dal codice civile, secondo le regole di mercato appunto.

Prima di passare a considerare in che modo il verificarsi delle circostanze sopra richiamate si ripercuote sui sistemi di governo e di direzione di tali società è utile applicare la classificazione che qui si segue al più specifico ambito delle società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali.

E' facile constatare che rispetto al settore di cui qui ci si occupa la tipologia societaria che si è definita chiusa è sicuramente rilevante, anzi, rappresenta, come si diceva, uno dei tratti più significativi delle riforme realizzate negli anni scorsi.

Ad essa il legislatore si richiama, infatti, quando disciplina la modalità *in house* di affidamento del servizio e ancora, come si è visto, quando disciplina le società proprietarie dei beni strumentali alla produzione dello stesso.

Relativamente invece alle società aperte dopo averne considerato le dinamiche interne disciplinate dal diritto societario, occorrerà verificare se e secondo quali sistemi esse agiscano in concorrenza con altri operatori (per tale aspetto si rinvia al capitolo IV).

Nelle pagine che seguono verranno dunque esaminate le problematiche di *governance* delle società a partecipazione pubblica, analizzando prima l'ipotesi delle società "chiuse" poi quella delle società aperte all'ingresso di altri soggetti, per poi verificare, in particolare nell'ultimo capitolo, in che modo e con quali risultati l'interesse pubblico viene tutelato nelle diverse ipotesi considerate.

Relativamente ai diversi modelli di *governance* e alla loro concreta attuabilità da parte delle società a partecipazione locale, ci si soffermerà in particolare sul tema delle modalità di nomina degli organi di governo

Sul tema del rapporto tra la nozione di obbligo di servizio pubblico e quella di aiuto di stato si veda invece la comunicazione della Commissione, 29 novembre 2005, n. C- 297/04 (ancora su www.dirittodeiservizipubblici.it).

⁴⁶¹ E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico-privato*, *Dir. Amm.*, 2005, 921.

della società e delle relative funzioni e su quello dei limiti dell'autonomia statutaria nella determinazione dell'indirizzo sociale⁴⁶².

5. Governance "alta". La relazione tra la società e l'ente pubblico nelle società "chiuse": il modello in house.

Le problematiche relative alla direzione e al controllo delle società a partecipazione locale si differenziano sensibilmente, lo si diceva, a seconda che la società sia "aperta" o "chiusa" alla partecipazione di altri soggetti. Tale ultima ipotesi è quella che si verifica, ad esempio, nel caso in cui l'ente locale scelga la modalità *in house* di affidamento del servizio.

In base a quanto disposto dall'art. 14 comma 1, lett. d) del d.l. 269 del 30 settembre 2003, l'art. 113 comma 5 lett. c)⁴⁶³, prevede, infatti, che la titolarità del servizio possa essere conferita a società a capitale interamente pubblico c.d. *in house*, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Oltre a costituire un'ipotesi, che, sul piano delle figure giuridiche di cui gli enti locali dispongono per la gestione dei servizi, presenta alcuni

⁴⁶² Il tema andrebbe affrontato prendendo in considerazione alcuni aspetti che invece i verranno tralasciati quali quello del sistema di incentivazione del *management* (criteri e modalità di remunerazione collegati alle performance aziendali) e quello del sistema di rendicontazione dei risultati prodotti sia sul piano economico-finanziario che su quello del soddisfacimento delle diverse categorie di *stakeholder*. Sul punto, si rinvia a G. VALLOTTI, *I nuovi modelli di corporate governance*, cit., spec. 120- 145.

⁴⁶³ Sul tema si v. di recente, F. GAVERINI, *Servizi pubblici ed affidamento in house dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 729 e segg.; M. CAPANTINI, *Contratto di servizio*, cit., 801 e segg.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; R. CAVALLO PERIN, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, *Dir. Amm.*, 2006, 51 e segg.; M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici*, cit., 936 e segg.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismo di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 61 e segg.; G. PIPERATA, *L'affidamento in house*, cit., 133 e segg.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato*, 915 e segg.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 179 e segg. Anche la produzione giurisprudenziale nazionale sul tema è notevole. *Ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2004 n. 679, in *Foro Amm.*, 2004, 116 e ss. con nota di L.R. PERFETTI, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem* e Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2004 n. 2316 (ord.), *Giorn. dir. amm.*, 2004, 849 e segg. con commento di A. MASSERA, *L'"in house providing": una questione da definire* e ancora in *Foro Amm.*, 2004, 1136 e segg. con nota di S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*. Per ulteriori riferimenti bibliografici si v. anche l'ultimo paragrafo del capitolo I.

tratti senza dubbio particolari⁴⁶⁴, le società *in house* riaprono, in maniera anche più incisiva di quanto in precedenza avvenisse, una serie di problematiche, tra le quali quelle relative al dibattito sulla compatibilità tra affidamenti diretti, attività extraterritoriale e tutela della concorrenza⁴⁶⁵.

In termini generali, intanto, il richiamo al modello *in house* contenuto nell'attuale versione dell'art. 113 evidenzia la volontà del legislatore di ripristinare un significativo controllo di tipo pubblicistico⁴⁶⁶ sulla gestione del servizio, proprio quando la disciplina dei servizi pubblici locali aveva dovuto aprirsi alle istanze del mercato e della concorrenza con la generalizzazione dell'istituto della gara⁴⁶⁷ per l'affidamento della gestione delle reti e dell'erogazione del servizio.

Si sono già richiamate al primo capitolo le disposizioni e le proposte di riforma che incidono direttamente sull'istituto della società *in house* e a quella sede pertanto si rinvia.

Verranno invece di seguito analizzati i requisiti al verificarsi dei quali, secondo la legislazione attualmente vigente, può ricorrersi alle società *in house*.

Perché, infatti, l'affidamento diretto alla società *in house* sia legittimo il legislatore richiede, come anticipato, oltre ad una partecipazione totalitaria di capitale pubblico, che gli enti pubblici esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Si tratta, in sostanza, (per quanto riguarda il controllo analogo e la prevalenza dell'attività), degli stessi requisiti elaborati dalla giurisprudenza

⁴⁶⁴ La dottrina ne ha spesso sottolineato il carattere di “strumento trasversale”, valido cioè sia per appalti che per servizi pubblici. A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house*, cit., 1937.

⁴⁶⁵ Sul tema, si rinvia ai riferimenti in nota contenuti nell'ultimo paragrafo del capitolo I.

⁴⁶⁶ L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza*, cit., 910.

⁴⁶⁷ In tema di derogabilità del principio di affidamento tramite gara della gestione del servizio, è interessante la sentenza del 27 gennaio 2005, n. 21 del Consiglio di Giustizia amministrativa (su www.dirittodeiservizipubblici.it), nella quale si ammette che in caso di emergenza il Comune possa ricorrere allo strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente per affidare il servizio, “senza sottostare ad alcuna particolare procedura né rispettare le regole tipiche delle procedure concorsuali”.

comunitaria⁴⁶⁸ e che, come è stato osservato,⁴⁶⁹ sembrano riproporre il modello dell'impresa organo-diretto.

Sotto questo profilo e in termini generali, suscita, peraltro, non poche perplessità l'operazione normativa in base alla quale si utilizza un istituto (la società per azioni) sul presupposto della sua presunta neutralità⁴⁷⁰, per ripristinarne un altro nettamente distinto per finalità e caratteristiche tipologiche.

Ciò non vuol dire, ad avviso di chi scrive, negare l'adattabilità dello strumento societario a scopi diversi, quanto evitare che la conseguenza di tale presupposto diventi la trasformazione delle società in qualcosa che non sono, o almeno, che ciò avvenga in modo implicito.

Più semplicemente le società *in house* si presentano senza dubbio più vicine a veri e propri organi dell'ente locale, che alle società disciplinate dal codice civile. Se si ritiene che il contratto sociale possa rappresentare la struttura di un organo è quanto meno necessario che di questa operazione non vengano negate le conseguenze.

Le relazioni tra l'ente e la società-organo sono disciplinate dal diritto pubblico, dal diritto privato, da entrambi e, in tal caso, in che misura dall'uno o dall'altro?

Quali sono le conseguenze della scelta di costituire un organo in forma societaria?

La risposta alle domande proposte impone due operazioni preliminari; esplicitare il contenuto dei requisiti al verificarsi dei quali la società costituita dall'ente locale possa essere considerata *in house* e possa dunque beneficiare dell'affidamento diretto del servizio e poi considerare le problematiche in termini di *governance* che la soluzione in esame pone.

Una precisazione, che tuttavia meglio si presterebbe e a rappresentare il dato conclusivo delle riflessioni che si svolgeranno, è che l'interpretazione dei limiti di ammissibilità del modello di gestione tramite società *in house* risente, inevitabilmente, del ruolo che ad esse si intende attribuire.

⁴⁶⁸ Viene infatti ribadito quanto già affermato dalla sentenza Teckal, Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98. Sul tema, C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com., 2001, 495 e segg.; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com., 2000, 1461 e segg.; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. "affidamenti in house"*, Riv. Ita. Dir. Pubbl. Com., 2004, 945 e segg.

⁴⁶⁹ Ancora L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza*, cit., 2. In proposito, è stata opportunamente richiamata la distinzione tra affidamenti che si realizzano in virtù di un rapporto esterno tra soggetti tra loro indipendenti (appalti, concessioni, ecc.) e affidamenti che si fondano sul controllo di un soggetto giuridico solo formalmente diverso di diritto pubblico o diritto privato di origine contrattuale o costituito per atto unilaterale, il cui incarico principale è quello di produrre servizi a favore dell'ente affidante, o nel caso di servizi pubblici, a favore degli utenti e per conto dell'affidante. Sul punto si rinvia alle riflessioni di R. CAVALLI PERIN, D. CASALIN, *L'in house providing*, cit., 58.

⁴⁷⁰ La questione è stata affrontata al capitolo II al quale si rinvia.

In altri termini, non può negarsi che l'autonomia riconosciuta agli enti locali nell'opzione per le diverse forme di gestione apparisse in seguito alle recenti riforme in qualche modo ridimensionata e che l'affidamento *in house*⁴⁷¹ altro non è che il tentativo di rendere più flessibile il modello organizzativo⁴⁷². Non va trascurato, ancora, che, come si è più volte ricordato, il modello societario in virtù della sua struttura altamente elastica si presta a molteplici utilizzazioni anche in contesti assai differenti⁴⁷³. D'altra parte, nei casi in cui vi sia una partecipazione esclusivamente pubblica, e al ricorrere degli ulteriori presupposti richiesti dalla legge, la società (*in house*) diventa il modo in cui si presenterà l'impresa-organo dell'ente,⁴⁷⁴ con le evidenti conseguenze che ne derivano rispetto al riaffermarsi nemmeno troppo sporadico di affidamenti diretti del servizio⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Così, si ritiene che l'*in house* costituisca "lo spartiacque tra la gestione interna dell'amministrazione e l'esternalizzazione del servizio", M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici tra diritto comunitario e diritto italiano*, Riv. Ita. Dir. Pubblica, 2004, 936.

⁴⁷² In proposito, è stato osservato che la garanzia dell'autonomia pubblica riconosciuta agli enti locali dall'art. 114 della Costituzione, non sembra tollerare alcun obbligo di esternalizzazioni imposto da leggi statali o regionali che pretendano di disciplinare l'amministrazione di comuni, città metropolitane e province, con la conseguenza che la costituzione di un rapporto *in house providing* sarebbe espressione proprio del potere di organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Così, R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing*, cit., 62-66. In senso contrario e traendo spunto dalla formulazione dell'art. 113 co. 5 *bis* del Testo Unico (secondo cui "le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio"), si è ammessa l'esistenza di un obbligo per gli enti locali di sostenere l'opzione per forme organizzative diverse dall'affidamento in gara a società terze con una motivazione indicante le ragioni che nel caso concreto non consentono il ricorso alla gara. Sul punto, E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato*, cit., 961. È interessante considerare a questo proposito alcune leggi regionali. In particolare, la legge regionale Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23, nel definire espressamente la società *in house* uno dei modelli organizzativi dei servizi di tipo economico, si preoccupa anche di indicare una serie di conseguenze che si produrrebbero in presenza di affidamenti *in house*, tra le quali ad esempio il divieto di cedere le partecipazioni spettanti agli enti pubblici. Analogamente, la legge Friuli Venezia Giulia, 23 giugno 2005, n. 13, nel disciplinare il servizio idrico integrato, indica l'affidamento *in house* come modello ordinario di gestione del servizio, ammettendo invece il ricorso alle modalità alternativamente previste dal Testo Unico, solo nell'impossibilità di procedere ad affidamento *in house*. Una tale impostazione sembrerebbe anche conforme con la strategia seguita dalla Corte di Giustizia, secondo cui sarebbe applicabile all'organizzazione pubblica il principio di "equivalenza" o "alternatività" nella scelta degli strumenti amministrativi per la cura degli interessi pubblici. C. LACAVA, *In house providing e tutela della concorrenza*, Giorn. dir. amm., 2006, 844.

⁴⁷³ In questi termini, U. LOI, *Il modulo della S.p.A. come modello privatistico imprenditoriale privilegiato per l'attuazione di fini pubblicistici*, in G. BERTI (a cura di), *Pubblica amministrazione*, cit., 24.

⁴⁷⁴ Parla di "struttura commerciale che di fatto è un'emanazione del soggetto-amministrazione" il Tar Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷⁵ La questione dei limiti di ammissibilità degli affidamenti diretti del servizio presenta diversi risvolti significativi. Da un lato, essa evoca immediatamente il tema della tutela della concorrenza e dunque della generalizzazione del principio della gara per l'affidamento del servizio, postulato in sede comunitaria e recepito dal legislatore nazionale. Dall'altro, suggerisce qualche riflessione circa il ruolo che in prospettiva le società miste pubblico-privato per la

Ciò che si vuol dire, allora, è che la configurabilità del modello *in house* e l'identificazione dei requisiti in presenza dei quali si possa procedere all'affidamento diretto del servizio alla società, dipende probabilmente dalla funzione che a tale modello si intende attribuire più che da ricostruzioni teoriche⁴⁷⁶.

Ma torniamo ai presupposti richiesti dall'art. 113 del Testo Unico. Il controllo analogo. Sono sostanzialmente tre le direttrici lungo le quali la dottrina ha cercato di delinearne il contenuto⁴⁷⁷. La prima; il controllo analogo si concretizzerebbe in una triplice forma di dipendenza (formale, economica e amministrativa) dell'impresa affidataria rispetto all'ente⁴⁷⁸. In alternativa, altra dottrina⁴⁷⁹ ha ritenuto di poter interpretare il concetto di controllo attraverso la nozione di influenza dominante, ricavabile dalle disposizioni della direttiva 2000/52⁴⁸⁰, in materia di trasparenza delle relazioni finanziarie tra pubblici poteri e imprese pubbliche (recepita con decreto legislativo n. 333 dell'11 novembre 2003), secondo cui l'influenza esercitata dalle amministrazioni sulle imprese si presume dominante qualora: a) l'amministrazione detenga la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa; b) disponga della maggioranza del capitale sociale; c) possa designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione.

Altra opzione interpretativa è quella di chi⁴⁸¹, distinguendo tra un controllo strutturale (in base al quale si potrebbe condizionare

gestione dei servizi andranno a svolgere nel mutato contesto normativo. Più semplicemente, non sembrano più così ovvie le ragioni per le quali un imprenditore privato dovrebbe mettere a disposizione dell'ente le proprie conoscenze di mercato, la propria capacità tecnica e, cosa più importante, i propri capitali senza ottenere in cambio la certezza dell'affidamento del servizio. Sul tema, M.M. FRANCANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra codice civile servizio ai cittadini*, www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷⁶ In particolare, va sottolineato come a fronte dei più volte dichiarati intenti di limitare l'iniziativa economica pubblica nel mercato la prassi evidenzia risultati differenti. Osserva infatti A. MASSERA, *L'in house providing*, cit., 850, nota 1, che una recente indagine (*Public finance*, 2003, n. 2/3) ha mostrato come delle 640 società di capitali operanti in Italia come gestori di servizi pubblici locali, il 96% risulta a capitale pubblico totalitario o maggioritario. In proposito, è interessante notare come di recente all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sia pervenuta una denuncia relativa alla presunta violazione delle norme sulla concorrenza in seguito all'adozione di due delibere da parte della Provincia di Roma (n. 188/9 dell'8 marzo 2006 e 210/10 del 15 marzo 2006), che indurrebbero i comuni compresi nella medesima provincia a privilegiare l'affidamento dei servizi di raccolta differenziata dei rifiuti a società a capitale interamente pubblico.

⁴⁷⁷ Per la ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali in tema di controllo analogo, G. PIPERATA, *L'affidamento in house*, cit., 133 e segg.

⁴⁷⁸ Così, C. ALBERTI, *Appalti in house*, cit., 495 e segg.

⁴⁷⁹ P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, *Ec. dir. terz.*, 2003, 597 e segg.

⁴⁸⁰ Negli stessi termini, l'art. 2 della direttiva 2004/17 del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di appalti in materia di settori esclusi, su cui sia consentito il rinvio a C. VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, *Riv. trim. app.*, 2004, 1123 e segg.

⁴⁸¹ R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing*, cit., 76.

direttamente l'organizzazione interna della società) e un controllo sull'attività (che consisterebbe appunto nella possibilità di valutare l'attività svolta), ritiene solo il primo un criterio sufficientemente attendibile della presenza di un controllo analogo.

Due sono, dunque, i dati che emergono dall'interpretazione proposta dalla dottrina del requisito del controllo analogo. In primo luogo, esso non è soddisfatto dalla semplice titolarità della maggioranza del capitale sociale⁴⁸².

Ancora. Il controllo analogo dovrebbe rappresentare qualcosa di diverso rispetto al controllo tipico del diritto societario, dovendo comportare l'assenza di autonomia decisionale del soggetto controllato⁴⁸³.

Piuttosto oscillante, invece, la posizione della giurisprudenza amministrativa accusata talvolta di propendere per un utilizzo "domestico" delle categorie del diritto comunitario⁴⁸⁴.

In alcuni casi si è, infatti, ritenuto soddisfatto il requisito del controllo analogo nei casi in cui la mano pubblica possedesse la totalità del pacchetto azionario della società affidataria⁴⁸⁵.

In altri, si è ammessa la legittimità di affidamenti diretti a società *in house*, anche quando la quota di capitale detenuta era invece assai più ridotta⁴⁸⁶.

La definizione del controllo analogo presenta, peraltro, un'ulteriore complicazione, derivante dall'individuazione degli strumenti attraverso cui gli enti pubblici soci possano garantirsi il suddetto controllo sulla

⁴⁸² Ciò è evidente, ove si rifletta che il possesso della maggioranza del capitale azionario da parte dell'ente affidante non assicura la nomina della maggioranza degli amministratori né un'effettiva influenza sull'operato di questi. Così, R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing*, cit., 76. D'altra parte, in base alle stesse considerazioni il legislatore aveva corretto (richiedendo la totalità del capitale pubblico) la propria iniziale ingenuità di richiedere che le società proprietarie dei beni strumentali alla produzione del servizio fossero a maggioranza pubblica, con ciò non assicurando all'ente un effettivo controllo sulla società. Sul punto, M. DUGATO, *Proprietà e gestione*, cit., 528 e M. LAMANDINI, *La nuova disciplina*, cit., 543.

⁴⁸³ M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali*, cit., spec. 938-940.

⁴⁸⁴ R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 197. Sulla definizione di controllo analogo, di recente, il Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072 (su www.dirittodeiservizipubblici.it), ha escluso il ricorso al sistema dell'affidamento *in house*, sul presupposto che, "intendendosi per controllo analogo un rapporto equivalente ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica", tale situazione non potrebbe verificarsi in ipotesi nelle quali gli amministratori gestiscono le attività societarie senza che il singolo comune abbia alcun potere di intervento sui singoli atti gestionali.

⁴⁸⁵ Di recente, Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, www.giustamm.it. e da ultimo Tar Puglia, Bari, sez. I, 12/4/2006, n. 1318, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴⁸⁶ Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679 in www.dirittodeiservizipubblici.it. Opportunamente, di recente, (Tar Abruzzo, Pescara, 7 novembre 2006, n. 687 su www.dirittodeiservizipubblici.it) si è invece dichiarata l'illegittimità di una delibera comunale con cui si era disposto l'affidamento diretto del servizio ad una società cui l'ente locale non partecipa direttamente.

società, nell'ipotesi in cui il capitale sociale risulti frazionato e nessuno di essi possieda la maggioranza assoluta delle azioni⁴⁸⁷.

In altri termini, la questione del requisito dell'integrale partecipazione pubblica alla società *in house* va scomposta in due sotto-ipotesi che danno luogo a problematiche differenti.

La prima, in cui l'unico socio pubblico detiene la totalità delle azioni; l'altra, nella quale il capitale, interamente pubblico, è però frazionato tra più enti locali.

Di entrambe, cercherà di darsi conto nelle pagine che seguono. Un approccio diverso da quello seguito dalla giurisprudenza amministrativa viene invece seguito dalla Corte di Giustizia dell'Unione, che al tentativo di riempire di contenuto la nozione di controllo analogo, ha reagito escludendo⁴⁸⁸ le ipotesi in cui l'affidamento diretto dovesse ritenersi illegittimo per carenza dei più volte menzionati requisiti⁴⁸⁹.

Così la Corte⁴⁹⁰ ha innanzitutto ritenuto impossibile l'affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice se a questa partecipino, anche se in via minoritaria, imprese private⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ Sul tema, Tar Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634 in *Foro Amm.- Tar.*, 2005, 1934 e segg. con nota di A. LOLLI. Sul tema si veda, poi, A. VIGNERI, *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, *Astridonline*, *Rassegna*, n. 20 del 2005, spec. 18-20. Per un'analisi più puntuale della questione si rinvia alla parte conclusiva di questo capitolo.

⁴⁸⁸ Secondo lo stesso percorso argomentativi, il Tar Piemonte, sez. II, 13 novembre 2006, n. 4164, www.dirittodeiservizipubblici.it, che esclude la sussistenza del requisito del controllo analogo in ragione dell'ampliamento dell'oggetto sociale, dell'apertura della società ad altri capitali, della sua espansione territoriale e dei rilevanti poteri del consiglio di amministrazione.

⁴⁸⁹ In proposito, è utile precisare che la Corte di giustizia (Commissione/Austria, 10 novembre 2005, n. C-29/04) ha sottolineato l'emergere di un terzo criterio, vale a dire quello secondo cui i criteri del controllo analogo e della prevalenza dell'attività dovessero essere soddisfatti permanentemente. Sulle conseguenze del rispetto dei criteri previsti dal legislatore solo all'atto di attribuzione del servizio, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed, sulla causa C- 410/04 presentate il 12 gennaio 2006, in www.curia.eu.int.

⁴⁹⁰ Così nella nota sentenza dell'11 gennaio 2005, n. C-26/03 "Stadt Halle" in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 992 e segg. con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, *ibidem*, 1004 e segg. In proposito, l'autore ha sottolineato come l'impostazione seguita dalla Corte nell'interpretazione del requisito del controllo analogo, renderebbe impercettibile qualunque distinzione tra società *in house* ed organo dell'amministrazione, precludendo di fatto un più ampio ricorso a tale forma di gestione, che si rivelerebbe più articolata e dunque complessa del tradizionale organo amministrativo (nota, 51, p. 1022). Tale posizione è stata peraltro più volte ribadita dalla Corte e ancora di recente con la sentenza, del 6 aprile 2006, n. - C- 410/2004 "AMTAB", nella quale si è osservato che la presenza di capitale, privato nella società orienta le scelte decisionali dell'organismo in una direzione estranea al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Negli stessi termini, il Consiglio di Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in www.giustizia-amministrativa.it. Di recente, il Tar Lecce, sez. II, 8 novembre 2006, n. 5197, www.dirittodeiservizipubblici.it, esclude la configurabilità dell'affidamento diretto *in house* a società aperta anche solo in parte al capitale privato, poiché tale circostanza impedisce di considerarla una "struttura di gestione interna" del servizio.

⁴⁹¹ Si veda invece, in senso contrario la già citata sentenza del Tar Puglia, Lecce, 23 giugno 2006, n. 3533, in cui non solo si esclude che *a priori* l'apporto partecipativo privato possa sviare

Tale conclusione si giustifica sul presupposto che la partecipazione di soggetti privati escluda di per sé che l'amministrazione possa esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, dal momento che l'investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente da quelli perseguiti dall'amministrazione⁴⁹².

Sulla stessa scia, la Corte ha successivamente precisato⁴⁹³ che non è configurabile un'ipotesi di controllo analogo sulla società affidataria nei casi in cui a) l'oggetto sociale della stessa venga esteso a settori differenti; b) l'ambito di attività venga esteso a tutto il paese e all'estero; c) il consiglio di amministrazione possieda amplissimi poteri di gestione esercitabili autonomamente.

Di più semplice definizione, invece, il secondo dei requisiti richiesti prima dalla giurisprudenza comunitaria poi dal legislatore per l'affidamento *in house*, quello in base al quale l'impresa affidataria dovrà svolgere la parte prevalente della propria attività per l'amministrazione affidante⁴⁹⁴.

Evidentemente, le due opzioni possibili per l'interpretazione del criterio, proposto in termini positivi nella nota sentenza Teckal⁴⁹⁵, riguardavano la definizione della prevalenza dell'attività sulla base del solo criterio quantitativo⁴⁹⁶ o invece per mezzo di indici quantitativi e qualitativi insieme.

A favore della seconda delle alternative indicate⁴⁹⁷, sostanzialmente la considerazione che nella sentenza Teckal non fosse rinvenibile alcun riferimento all'applicazione del solo criterio quantitativo, pur essendo precedenti e significative alcune ipotesi nelle quali l'ordinamento

la società dalle sue tradizionali finalità pubblicitiche, ma addirittura si riconosce la possibilità che il modulo societario misto affidatario *in house* possa svolgere la propria attività anche *extra-moenia*, purché non venga compromesso l'ottimale perseguimento dell'interesse della comunità.

⁴⁹² Così ancora la sentenza Corte di Giustizia, Grande sezione, 27 luglio 2005, n. C-231/03, www.dirittodeiservizipubblici.it, nella quale si esclude la riconducibilità al modello *in house* della relazione tra un comune ed una società da esso partecipata, in misura ridotta, in assenza di strumenti di coordinamento con gli enti locali soci e per di più in presenza del socio privato.

⁴⁹³ Si tratta della nota sentenza del 13 ottobre 2005, n. C- 458/03 "Parking Brixen", su *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 e segg., con nota di G. PIPERATA. Agli stessi principi aderisce, di recente, Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, www.giustamm.it, con nota di G. LECCISI, *Ancora dubbi sul concetto di "controllo analogo" in materia di in house*.

⁴⁹⁴ Sul tema, si vedano le riflessioni di R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing*, cit., 81-87.

⁴⁹⁵ Testualmente nella nota sentenza si richiede che il soggetto "realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano".

⁴⁹⁶ In questo senso, si potrebbe concludere guardando all'art. 13 della direttiva 93/38 in materia di settori esclusi, che appunto individuano nella percentuale dell'80% la soglia oltre la quale l'attività svolta per l'amministrazione affidante può considerarsi prevalente. Sul requisito della prevalenza, di recente, Tar Sicilia-Catania, sez. II, del 13 febbraio 2006 n. 198, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴⁹⁷ In proposito, si leggano ancora le conclusioni presentate dall'Avvocato generale C. Stix-Hackl in merito alla causa C-340/04 del 12 gennaio 2006, www.curia.eu.int.

comunitario si serviva del criterio della prevalenza economica per valutare l'applicabilità delle proprie direttive⁴⁹⁸.

Dalla rapida ricostruzione dei presupposti di ammissibilità dell'istituto della società *in house*, pare evidente che si tratti di disciplina ancora lontana da una definitiva stabilizzazione⁴⁹⁹, la cui interpretazione risente fortemente, come si diceva, delle esigenze di volta in volta ritenute prevalenti⁵⁰⁰.

Una volta precisate le condizioni al verificarsi delle quali la giurisprudenza comunitaria e amministrativa ammettono il ricorso al modello di affidamento *in house*, è possibile passare a considerare più specificamente quali problematiche tale ipotesi ponga in termini di governo della società costituita dall'ente locale.

Il dato dal quale è utile partire è il requisito dell'integrale partecipazione pubblica che la legge richiede ai fini della configurabilità del modello *in house*.

Si tratta di un elemento essenziale ai fini dell'analisi che qui si svolge, poiché consente, intanto, di riferire l'ipotesi in questione alla tipologia delle società "chiuse" all'ingresso di altri soggetti, sostanzialmente riconducibili all'organizzazione interna dell'ente e che, proprio in ragione di tale qualificazione, rimarrebbero "fuori mercato", con la conseguenza che si è ritenuto⁵⁰¹ di doverli escludere dall'applicazione dei principi comunitari sulla concorrenza, tanto in fase di scelta del gestore (non terzo rispetto all'ente affidante), che nella successiva fase di competizione tra produttori di servizi e fornitori di beni.

⁴⁹⁸ Il riferimento è ancora alle disposizioni della direttiva 93/38, cui la sentenza Teckal non accenna e che peraltro costituiscono un'ipotesi di normativa speciale, perché riferita ai soli settori esclusi e dunque difficilmente estensibile ad altre ipotesi.

⁴⁹⁹ Si v. sul punto le già richiamate conclusioni presentate dall'Avvocato generale C. Stix-Hackl, sulla causa C- 340/04, nelle quali viene presa in considerazione l'ammissibilità dell'affidamento quasi *in house*, ossia della configurabilità del controllo analogo nel caso di partecipazioni indirette. Sul punto non vi è peraltro, allo stato attuale, un'apertura della Corte dal momento che nella sentenza in questione, si è esclusa la configurabilità del controllo analogo nell'ipotesi di partecipazioni indirette...nel caso in cui il capitale della società *in house* sia interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale l'amministrazione aggiudicatrice sia a sua volta socio maggioritario, sul presupposto che l'influenza esercitata mediante una *holding* anziché direttamente dall'ente affidante rischierebbe di indebolire il controllo esercitato sulla società affidataria.

⁵⁰⁰ E' in tal senso interessante richiamare una pronuncia de Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, www.dirittodeiservizipubblici.it, nella quale si ammette la legittimità dell'affidamento diretto del servizio ad una società a capitale misto a maggioranza pubblica, sulla considerazione che la società... "non avrebbe invero alcuna utilità per l'Ente locale che l'ha costituita, ove, poi, lo stesso ente non potesse affidarle direttamente i servizi pubblici di propria competenza".

⁵⁰¹ R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing*, cit., 66.

Ciò che principalmente ha occupato la giurisprudenza sia amministrativa che comunitaria (con esiti talvolta contrastanti e)⁵⁰², è l'individuazione della misura della partecipazione pubblica considerata rilevante ai fini della configurazione del controllo analogo.

La questione ci riporta alle considerazioni intorno alla definizione della nozione di controllo analogo relativamente alle due ipotesi nelle quali rispettivamente il capitale sia imputabile unicamente all'ente affidante e quella invece in cui la partecipazione pubblica sia frazionata tra più enti locali⁵⁰³.

Mentre, infatti, quanto meno su un piano teorico, può più agevolmente presumersi l'esistenza di un controllo analogo quando la partecipazione pubblica totalitaria sia imputabile ad una sola amministrazione aggiudicatrice, una più attenta analisi sarà invece necessaria nel caso in cui la partecipazione azionaria sia frazionata tra più enti pubblici.

Ciò precisato, tralasciando per ora la questione del governo delle società *in house* a partecipazione pluricomunale sulle quali si tornerà in seguito, è possibile trarre qualche conclusione in merito alla *governance* delle società a integrale partecipazione dell'ente affidante.

Com'è evidente, la questione non presenta particolari aspetti di complessità nella prospettiva della convivenza di interessi perseguiti dalla società e dall'ente che la costituisce.

Nel modello descritto infatti, l'ente locale si serve della società come fosse uno dei propri organi. La società esprime la volontà dell'ente, che di essa detiene l'integrale partecipazione e agisce nel perseguimento delle finalità istituzionali del primo, che nel caso della gestione dei servizi

⁵⁰² Come si è detto, la Corte di Giustizia più che individuare in positivo le condizioni in presenza delle quali può dirsi soddisfatto il requisito del controllo analogo ha non di rado preferito escluderne la sussistenza al verificarsi di certe circostanze (tra le quali appunto l'assenza di partecipazione totalitaria in capo ad una sola amministrazione). Nella sentenza del 22 luglio 2005, C-232/03, Coname c. Comune di Cinghia de' Botti, www.curia.eu.int, la Corte di Giustizia esclude la sussistenza del requisito del controllo analogo nel caso di un comune che deteneva una partecipazione minima al capitale sociale, non contornata da alcun ulteriore potere extra-sociale (sindacati di voto e patti parasociali) o previsti dallo statuto o dallo stesso atto costitutivo della società. Diversamente, il Consiglio di Stato ha ritenuto ammissibile l'affidamento *in house* anche nel caso in cui gli enti locali erano soci con piccole quote di partecipazione (nella specie il Comune affidante era titolare di una partecipazione del 3%, mentre il restante capitale apparteneva per il 51% ad altro Comune e per il 46% ad un'impresa pubblica). Si tratta della già citata sentenza n. 679 del 19 febbraio 2004, della V sez. del Consiglio di Stato, commentata in *Foro Amm.-C.d.s.*, 2004, I, 1161 da C. MELLONE, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extralegem* e in *Foro it.*, 2004, III, 196 da R. URSI, *Brevi considerazioni sui presupposti dell'approvvigionamento in house di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, co. 5, lett.c) del testo unico sugli enti locali*.

⁵⁰³ In proposito la Corte si è espressa positivamente nella recente sentenza dell'11 maggio 2006, C-340/04, "Caboterno", www.curia.eu.int, confermando appunto che il requisito del controllo analogo può essere soddisfatto anche nel caso di imprese partecipate da più enti pubblici.

pubblici locali si riassumono nella soddisfazione delle esigenze della comunità della quale l'ente locale è rappresentativo.

La relazione derivante dalla costituzione di un rapporto *in house* è pertanto, in tal caso, una "relazione a due" tra l'ente e la società, nella quale manca una reale separazione tra i due soggetti.

Gli strumenti di cui l'ente pubblico dispone in qualità di azionista della società sono perciò sufficienti a garantire un'adeguata tutela all'interesse pubblico che esso persegue.

E' invece nella dimensione "alta" della costituzione del rapporto che l'ente deve dotarsi di strumenti (eventualmente anche ulteriori rispetto a quelli offerti dal diritto societario), per garantirsi la possibilità di esercitare sulla società una stabile influenza dominante.

Come a dire, che la questione della *governance* della società partecipata dall'unico socio pubblico si pone principalmente nel momento in cui l'ente decide di dar vita all'organizzazione *in house*, con la conseguenza che qualora le condizioni richieste dalla legge si verificano e permangano nel tempo, per tutta la durata del rapporto tra l'ente e la sua società vi sarà una convergenza degli interessi della seconda con quelli del primo, che non sembra richiedere il ricorso a particolari strumenti di direzione e controllo della società⁵⁰⁴.

E' possibile a questo punto tentare di rispondere alle domande poste in apertura di §. In primo luogo, occorre osservare che sostenere che la società *in house* altro non è che un organo dell'ente locale impone di riconsiderare in senso pubblicistico la relazione che lega i due soggetti (così, ad esempio, per quanto riguarda il tema dell'esercizio del potere di nomina degli amministratori della società, ma su questo si v. anche *infra* § 3.6. e segg.). Ne può derivare, poi, anche una diversa riconsiderazione dell'utilizzazione dello strumento societario da parte dell'ente locale.

In altre parole, se per effetto dei recenti interventi normativi richiamati nel primo capitolo, il ruolo delle società locali che fanno impresa risulta fortemente ridimensionato, a diversa conclusione potrebbe giungersi per quelle, *in house*, incaricate (come fossero organi) dello svolgimento di funzioni proprie degli enti locali.

Ci si potrebbe domandare, d'altro canto, accogliendo una tale impostazione, quale utilità avrebbe per l'ente locale la scelta societaria se la stessa venisse poi integralmente riassorbita dalla disciplina pubblicistica.

⁵⁰⁴ Anche nel caso in esame, tuttavia, non può trascurarsi la questione della nomina dei membri del consiglio di amministrazione, cui più volte si è accennato e che verrà analizzata in seguito, perché se è vero, come si diceva che tra la società *in house* e l'unico socio pubblico vi è omogeneità di interessi perseguiti, nondimeno potrebbero porsi questioni relative alla modalità del perseguimento degli interessi e dunque questioni di autonomia dell'organo di gestione rispetto a quello assembleare, che caratterizzano in linea generale la partecipazione pubblica ad una società per azioni.

5.1. *Organizzazione in house e diritto societario: compatibilità e limiti.*

Alcune delle questioni che si sono richiamate nel descrivere le società *in house* presentano significativi profili di interesse, se poste in relazione con i principi ed gli istituti del diritto societario⁵⁰⁵.

Ci si può chiedere, in altri termini, quanto il modello prefigurato dal legislatore e variamente interpretato dalla giurisprudenza risulti in concreto coerente con la normativa nazionale che disciplina i modelli societari⁵⁰⁶.

Sono essenzialmente due i profili problematici. In primo luogo, la nozione di controllo analogo.

In particolare, si è sottolineato più volte come la giurisprudenza sia comunitaria che amministrativa richiedano, ai fini della configurabilità del suddetto presupposto, che l'ente affidante eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Si sono poi richiamate le diverse interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto e si è ricordato come, in particolare la giurisprudenza comunitaria, abbia escluso la sussistenza di un controllo del tipo di quello richiesto, nei casi in cui lo statuto riconosca all'organo esecutivo la titolarità di poteri gestionali da esercitarsi senza autorizzazione preventiva da parte dell'ente affidante⁵⁰⁷.

E' stato immediatamente osservato⁵⁰⁸ come probabilmente ciò si riveli in controtendenza rispetto ai recenti interventi di riforma del diritto societario, orientati, principalmente, a sottolineare l'esclusività delle competenze gestionali in capo al consiglio di amministrazione, con la conseguenza che essi possono compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale e dunque decidere ed attuare autonomamente tutto ciò che occorre per lo svolgimento dell'attività sociale anche rappresentando la società all'esterno⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ In un primo tempo, la stessa giurisprudenza nazionale aveva dubitato della compatibilità tra organizzazione *in house* e formula societaria. Si v., in proposito, l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 2316 del 22 aprile 2004 in *Foro Amm.- C.d.s.*, 2004, 1134 e segg.

⁵⁰⁶ Diversamente, vi è chi ritiene che proprio il diritto societario possa offrire gli strumenti più adatti a garantire la tipologia di controllo richiesta dalla legge. F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche*, cit., 607.

⁵⁰⁷ E' quanto sostenuto dalla Corte nella sentenza *Parking Brixen*.

⁵⁰⁸ G. PIPERATA, *L'affidamento in house*, cit., 144. Nello stesso senso, G. LECCISI, *Ancora dubbi sul concetto di controllo analogo*, cit. Espressamente, recentemente, il Consiglio nella citata sentenza n. 5072 del 30 agosto 2006, conclude per l'assenza del requisito del controllo analogo nel caso in cui gli amministratori gestiscano autonomamente le attività societarie senza che il comune possieda alcun potere di intervento sui singoli atti gestionali.

⁵⁰⁹ Sul punto, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, 164 e segg.

E' pur vero, si potrebbe pensare, che uno dei principali effetti della riforma del 2003 è stato un significativo ampliamento degli spazi dell'autonomia statutaria, ma la domanda che ci si dovrebbe porre è fino a che punto l'esercizio del legittimo potere dei soci o del socio di adattare la struttura societaria alle specifiche esigenze dell'iniziativa intrapresa, eventualmente forzando l'autonomia statutaria, possa derogare ad uno dei principi cardine del nuovo diritto societario, vale a dire l'esclusività della competenza di gestione in capo all'organo amministrativo⁵¹⁰.

Sembra difficile non manifestare perplessità per un modello qual è quello delle società *in house*, anche considerando che proprio la ricerca di una maggiore autonomia del consiglio di amministrazione dall'organo deliberativo e dunque del *management* dalla proprietà dovrebbe rappresentare uno degli strumenti predisposti dal legislatore per realizzare una buona condotta aziendale e migliorare l'efficienza delle imprese pubbliche locali⁵¹¹.

Negli stessi termini si potrebbe richiamare quanto osservato rispetto all'ipotesi delle società *in house* pluricomunali, rispetto alle quali si fa evidente la necessità di strumenti integrativi rispetto a quelli ordinariamente riconosciuti dal diritto societario, in merito ai quali ci si potrebbe chiedere se non comportino un eccessivo allontanamento dagli schemi tipici del nuovo diritto societario.

Sembra, dunque, di assistere nell'ipotesi in esame ad una sorta di "asservimento" della struttura societaria alle finalità dell'ente locale, che evoca gli antichi dibattiti sul tema della dipendenza delle aziende speciali dagli enti locali di riferimento e delle diseconomie e inefficienze che tale sistema aveva prodotto.

Il secondo profilo della disciplina delle società *in house* sul quale ha senso interrogarsi ai fini della coerenza del modello con i vigenti principi di diritto societario è quello al requisito della prevalenza dell'attività.

E' stato infatti sottolineato⁵¹², come lo schema causale dell'organizzazione *in house* apparirebbe in contrasto con la struttura

⁵¹⁰ In merito ai rapporti tra assemblea e consiglio di amministrazione l'art. 2364 del c.c. al co.1, n. 5, si limita infatti a disporre che lo statuto può al massimo stabilire che per determinati atti gestori, spetti all'assemblea un semplice potere autorizzatorio, ferma restando la piena ed esclusiva responsabilità degli amministratori per gli atti dagli stessi compiuti. Su questo si v. però *infra*. E' pur vero, peraltro, che l'erosione delle competenze assembleari a favore dell'organo amministrativo è più marcata nell'ambito delle società che abbiano optato per il sistema dualistico (ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, cit., 143) e che allo stato attuale sono ancora pochissime le esperienze in ambito locale di passaggio ai nuovi sistemi di *governance* (G. VALLOTTI, *I nuovi modelli di corporate governance*, cit., 105).

⁵¹¹ Proprio l'assenza di una chiara separazione tra organi di indirizzo ed organi di gestione, tradizionale nel precedente sistema delle imprese pubbliche, facente capo alle aziende speciali, richiede una riconsiderazione alla luce del mutato quadro giuridico delle imprese pubbliche locali. Sul tema, G. VALLOTTI, *I nuovi modelli di governance*, cit., 110-111, ma anche M. NICO, *Sul sistema di nomina dei rappresentanti negli enti partecipati*, cit., 175-176.

⁵¹² R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing*, cit., 82.

tipica del contratto di società, nella misura in cui la società si trovasse a non poter svolgere in via principale qualsiasi attività economica, dovendo limitarsi alla produzione dell'attività che è istituzionale degli enti pubblici controllanti⁵¹³.

Ne deriverebbe che la scelta da parte della società dell'attività da svolgersi in via prevalente non si fonderebbe su criteri economici, ma sarebbe il risultato della rappresentazione delle esigenze della collettività che l'ente rappresenta.

Si vede bene come ciò possa comportare, almeno astrattamente, una lesione dell'autonomia imprenditoriale insita nel modello societario.

6. Governance “bassa”: controllo “endosocietario” dell'ente e amministrazione della società aperta.

Come si accennava, le problematiche di *governance* nelle diverse ipotesi di gestione societaria del servizio (*in house*, mista o attraverso società di capitali individuata a seguito di procedura ad evidenza pubblica), risentono essenzialmente del fatto che scelta preveda o meno l'apertura della società all'ingresso di altri soggetti.

La questione può essere sintetizzata come segue. L'ente locale, ricorre alla società come modulo gestionale del servizio, perché tale modello, come si osservava, è divenuto ormai l'unico disponibile, sia pure nelle diverse varianti che si sono indicate.

Ciò comporta, si diceva, la tendenziale riconducibilità dell'impresa locale al modello societario codicistico per ciò che riguarda tanto le modalità operative quanto il regime giuridico applicabile.

Caratteristico dell'impresa locale⁵¹⁴ in forma societaria è, invece, l'obiettivo cui essa tende e per il quale è stata costituita. L'orientamento al soddisfacimento della “domanda” di servizio pubblico espressa dalla collettività della quale l'ente è rappresentativo⁵¹⁵ comporta una

⁵¹³ Si tratta, peraltro, di una impostazione in linea con le previsioni contenute nel decreto Bersani.

⁵¹⁴ Per “impresa locale” si intende qui l'esercizio di attività di impresa da parte dell'ente locale senza ulteriori precisazioni circa la formula utilizzata (azienda, società..).

⁵¹⁵ In questi termini depono, del resto, l'art. 112 del Testo Unico, in apertura del titolo V dedicato a “Servizi e interventi pubblici locali”, che prevede che “gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”. Sul rapporto tra l'idea del radicamento del servizio alla comunità e la responsabilità dell'ente di fronte alla collettività che rappresenta, G. BERTI, *Il principio collaborativo nell'amministrazione locale, Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Vol. I, Milano, 1993, 208. D'altra parte, il riferimento degli interessi alle comunità che ne sono titolari ultimi esercita una doppia funzione: da una parte, concorre a far meglio riconoscere e definire

divergenza⁵¹⁶ più o meno sensibile dell'impresa locale in forma societaria dal modello delle comuni società per azioni⁵¹⁷.

Non può derivarne, lo si è precisato, la disapplicazione alla società del relativo regime giuridico; certo è però che l'autonomia organizzativa dell'ente locale esce significativamente ridimensionata dalle riforme degli anni scorsi in una delle sue manifestazioni più significative (l'organizzazione dei servizi da erogare) e quella che in passato era l'opzione per uno dei diversi modelli organizzativi disponibili (la società), diventa oggi necessità. In questo senso, più facilmente può giustificarsi qualche "adattamento" alla disciplina di tali società previsto dal legislatore.

Ad ogni modo, ha senso interrogarsi sulle modalità attraverso cui l'interesse (pubblico) di cui l'ente locale si fa interprete possa essere tutelato rispetto agli altri interessi di segno diverso di cui la società è comunque espressione⁵¹⁸.

L'assunto dal quale si parte è che il soddisfacimento delle esigenze degli utenti passa per un corretto ed efficiente funzionamento delle società preordinate alla gestione del servizio.

gli interessi e a stabilire i nessi tra di loro, consentendo di vederli nella loro interazione e nella loro globalità. Dall'altra, mette in luce l'esigenza di piena ed effettiva partecipazione della comunità alla gestione degli interessi. In questi termini e con specifico riferimento agli elementi che consentono di definire la "dimensione ottimale" dei servizi, M. NIGRO, *Gli con dimensione territoriale definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1976, 541-542. In generale, sulle nozioni di ente territoriale ed ente locale si vedano tra gli altri: R. ALESSI, *Intorno alla nozione di ente territoriale*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1960, 290 e segg.; B. CARAVITA di TORITTO, *Territorio*, *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994 1 e segg.; U. FORTI, *La funzione giuridica del territorio comunale*, *Studi di diritto pubblico*, Vol. II, Roma, 1937, 267 e segg.; F. LEVI, *Enti territoriali, enti locali, enti dipendenti dalla Regione: appunti*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1977, 150 e segg.; A. MASUCCI, *Enti locali territoriali*, *EdD*, XIV, Milano, 1965, 975 e segg.; G. MIELE, *I poteri degli enti antarchici territoriali fuori del loro territorio*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 1 e segg.; ID., *Il comune ed il suo territorio*, *Cons. Stato*, 1964, II, 154 e segg.; M. NIGRO, *Gli enti pubblici*, cit., 531 e segg.; L. PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1961, 607 e segg.; T. PERASSI, *Sul concetto di ente territoriale*, *Scritti giuridici*, I, 1958, 115 e segg.; F. PIZZETTI, *Sulla nozione di ente locale nel sistema costituzionale*, in *Le Regioni*, 1975, 1105 e segg.; S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Scritti minori*, Milano, 1990, 203 e segg.; ID., *Oltre lo Stato*, *ibidem*, 419 e segg.

⁵¹⁶ Secondo un recente orientamento della giurisprudenza ordinaria (si v. in proposito le già richiamate sentenze, Cass. 22 dicembre 2003, n. 19667, Cass. SS. UU. 26 febbraio 2004, n. 3899 e Cass. SS. UU., 19 febbraio 2004, n. 3551), talune deroghe di senso pubblicistico dovrebbero essere estese anche a società che benché assolutamente private vengano incaricate della gestione di un servizio. Sul tema, F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., 254.

⁵¹⁷ Come è stato osservato, proprio la funzionalizzazione dell'attività e quindi la previsione di finalità diverse dal semplice scopo di lucro per l'impresa che gestisce il servizio pubblico non può non comportare la crisi del modello di diritto comune del quale diventa necessario verificare i margini di tenuta, A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 64.

⁵¹⁸ Sia pure in una prospettiva più generale, osservava N. IRTI, *Privatizzazione dell'Enel e luoghi dell'interesse pubblico*, *Rass. giur. en. el.*, 1995, 292, che il problema "in altri termini rimane quello, sia pure in presenza di fenomeni di privatizzazione e liberalizzazione, della ricostruzione delle tecniche di tutela dell'interesse pubblico".

Per questo, dunque, si cercherà di verificare se gli strumenti di *governance* offerti dal diritto societario possano adeguatamente tutelare l'interesse pubblico, inteso, appunto, come interesse al raggiungimento di un adeguato livello di qualità ed efficienza del servizio erogato.

Non verrà considerata, qui, l'ipotesi delle società selezionate per mezzo di procedura ad evidenza pubblica ed incaricate dell'erogazione del servizio e sulle quali si tornerà nel capitolo seguente, poiché trattandosi di una vera e propria forma di esternalizzazione del servizio, l'ente non socio non vi svolge un ruolo diretto, bensì essenzialmente regolativo, con la conseguenza che l'interesse pubblico del quale esso è custode si collocherebbe in qualche modo fuori dalla struttura societaria e le modalità per la sua tutela vanno ricercate su un piano diverso da quello di governo in senso stretto della società.

In proposito, lo si è più volte ribadito, è vero che la funzione dell'ente rispetto al servizio dovrebbe essere "generalmente", solo regolativa. E' evidente, d'altra parte, che nei casi in cui l'ente sia anche titolare di azioni (non di rado in posizione di socio di maggioranza) della società, alla funzione regolativa va sommata quella proprietaria, con la conseguenza che la tutela dell'interesse pubblico da parte dell'ente può essere assicurata anche dall'interno, attraverso il ricorso agli strumenti a tal fine predisposti dal diritto societario.

Nel caso dell'affidamento *in house*, poi, come si è visto, la questione della tutela dell'interesse pubblico nella società si pone nei limiti dell'eventualità che il suo capitale sia frazionato tra una pluralità di enti pubblici⁵¹⁹.

A problematiche differenti dà luogo, invece, la diversa ipotesi che ora sarà analizzata della partecipazione alla società di altri soggetti (privati). Come si anticipava, infatti, qui la relazione interesse pubblico/interessi privati pone una serie di problemi in termini di governo della società⁵²⁰ che si cercherà di illustrare nelle pagine seguenti.

6.1. *Nomina, revoca e ruolo degli amministratori.*

Uno degli aspetti che meglio esprime il grado di conflittualità tra interessi di diversa natura è quello relativo all'amministrazione della società.

⁵¹⁹ Al tema è dedicato il § 4.6. del capitolo seguente.

⁵²⁰ Osservava già G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato*, cit., 51, che si può parlare di una contrapposizione tra l'interesse pubblico e l'interesse sociale solo per le società c.d. miste, nelle quali cioè partecipano accanto all'ente pubblico azionisti privati; poiché solo se si ha una pluralità di azionisti si può parlare di una pluralità di centri di interesse.

Come si vedrà, infatti, proprio le questioni relative alla nomina, alla revoca e in generale alle funzioni svolte dagli amministratori rappresentano più efficacemente la dialettica tra interesse pubblico ed interesse sociale.

Non possono però richiamarsi le problematiche che investono il ruolo degli amministratori nell'ipotesi delle società a partecipazione pubblica, senza prima dar conto, per ciò che qui interessa, delle rilevanti innovazioni apportate in materia dalla riforma del diritto societario del 2003⁵²¹.

Inevitabilmente, l'analisi che verrà condotta non potrà essere esaustiva (si rinvia per questo a più specifici contributi sul tema)⁵²² e verrà pertanto circoscritta alla valutazione delle ricadute di alcuni profili della vigente disciplina delle società per azioni sul tema di cui qui ci si occupa.

In termini generali, va innanzitutto ricordato che i decreti legislativi nn. 5 e 6 del 2003⁵²³, con i quali si è riscritto l'ordinamento generale delle società per azioni, si colloca in un più ampio disegno riformatore che

⁵²¹ La riforma raggiunge il suo traguardo finale con l'emanazione, con lieve scarto temporale rispetto ai tempi indicati dalla legge delega 3 ottobre 2001, con l'emanazione del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 recante "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative".

⁵²² Tra gli altri si v., S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in ID., (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003; P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario*, cit.; F. BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, *Giur. comm.*, 2003, I, 700 e segg.; ID., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *Giur. comm.*, Supplemento n. 3/2004, 620; G. COTTINO e BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, *Giur. comm.*, 2003, 389 e segg.; F. CAFAGGI, *Complementarietà istituzionali ed evoluzione dei modelli organizzativi nella riforma del diritto societario*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 9 e segg.; V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, I, 535 e segg.; G. CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, *Contratto e impresa*, 2003, 149 e segg.; F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2002, I, 670 e segg.; S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, *Giur. comm.*, 2003, I, 728 e segg.; A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, XXIX, Padova, 2003; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance*, cit., 842 e segg.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, *Riv. società*, 2005, 1 e segg.; A. MAFFEI ALBERTI, (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2005; G. MARASA', *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, *Giur. comm.*, 2003, I, 135 e segg.; G. MINERVINI, *Dell'amministrazione e del controllo*, in M. SANDULLI, V. SANTORO, *La riforma delle società*, Torino, 2003; P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, I, 422 e segg.; ID., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in (a cura di), S. AMBROSINI, *La riforma delle società*, cit., R. RODORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, *Le società*, 2005, 423; A. VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico*, Milano, 2006; G. VISENTINI, *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma*, *Il diritto fallimentare*, 2004, 925 e segg.

⁵²³ Da precisare, in proposito i due successivi interventi sull'ordinamento societario ad opera del d.lgs. n. 37 del 6 febbraio 2004 (su cui si v. C. CERA, *Le società*, 2004, 415) e del d. lgs. n. 310 del 28 dicembre 2004.

aveva mosso i suoi primi passi con l'approvazione del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, (con il quale si era introdotto lo "statuto" della società quotata, in particolare sotto il profilo della tutela delle minoranze) ed era sostanzialmente diretto a semplificare la disciplina delle società di capitali, ad introdurre un sistema articolato in modelli più flessibili di amministrazione, a valorizzare l'autonomia statutaria ed a disciplinare i gruppi di società⁵²⁴.

Solo per descrivere sinteticamente il contesto di riferimento nel quale si collocano le norme di diritto societario che verranno di seguito richiamate, può dirsi che la società per azioni, d'ora in avanti anche unipersonale⁵²⁵, può oggi dotarsi di strumenti finanziari compositi⁵²⁶ e diversificati, registra un significativo spostamento della tutela dei soci dal piano reale al piano obbligatorio e di fatto acquista una maggior flessibilità della propria fisionomia organica, attraverso l'affievolirsi delle competenze assembleari, l'ampliarsi dei poteri degli amministratori e la possibilità di optare (nello statuto) per alternativi modelli di gestione.

Rispetto alla società a responsabilità limitata è stato invece osservato come si sia passati da un paradigma definibile in termini di piccola società per azioni ad un modello qualificabile come società di persone a responsabilità limitata⁵²⁷.

Ciò premesso, è possibile passare a valutare quanto la riforma del 2003 abbia inciso sulle società a partecipazione pubblica, direttamente, per ciò che il codice civile espressamente disponeva rispetto a tale ipotesi e indirettamente, per valutare quali profili della riforma potranno avere riflessi significativi sulle società pubbliche.

Successivamente si proverà ad immaginare entro che limiti le "nuove" tipologie societarie siano effettivamente fruibili da parte delle pubbliche amministrazioni.

Come si sa, prima della riforma, dei 150 articoli dedicati dal codice civile alla società per azioni, solo tre erano dedicati specificamente alla partecipazione azionaria pubblica. La ragione, è stato osservato, era la volontà del legislatore di equiparare le società sottoposte a controllo pubblico a quelle sottoposte a controllo privato, sottoponendo anche le prime alla disciplina comune in materia di società per azioni⁵²⁸.

⁵²⁴ In particolare, l'art. 2 della legge delega n. 366 del 2001 nel definire i principi generali della riforma individuava come obiettivi: a) la creazione di un sistema modulare degli schemi societari, anche attraverso un più ampio riconoscimento dell'autonomia statutaria; b) l'introduzione di una forte semplificazione della disciplina; c) l'agevolazione dell'accesso ai mercati finanziari.

⁵²⁵ Con la modifica dell'art. 2362 c.c. si introduce la s.p.a. unipersonale, senza che discenda a carico dell'unico azionista la responsabilità illimitata e purché siano rispettati gli adempimenti in termini di iscrizioni nel registro delle imprese.

⁵²⁶ Sul tema, con riguardo alle società pubbliche, M. DUGATO, *Il finanziamento delle società*, cit.

⁵²⁷ P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario*, cit., 3.

⁵²⁸ Nel passo (n. 998) della *Relazione al codice civile* veniva infatti sottolineato come "in questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla

Anche a seguito del richiamato intervento riformatore, la disciplina codicistica delle società a partecipazione pubblica rimane limitata a soli tre articoli (artt. 2449, 2450, 2451), che riprendono, sostanzialmente senza innovare, quanto in precedenza disposto dagli artt. 2458, 2459, 2460, in materia rispettivamente di nomina pubblica di amministratori e sindaci, (con o senza partecipazione azionaria pubblica) e di società di interesse nazionale.

Pur se stringata, la disciplina contenuta nei suddetti articoli ha rappresentato uno più dei tradizionali temi di indagine della dottrina⁵²⁹ tanto pubblicistica che privatistica.

Particolare attenzione è stata dedicata alla verifica dei limiti dell'astratta riconducibilità del rapporto tra l'ente pubblico e gli amministratori da questo nominati agli ordinari schemi di diritto societario, con esiti spesso contrastanti anche in merito all'individuazione delle implicazioni che dalla qualificazione del suddetto rapporto dovessero derivare⁵³⁰.

Anche ad una prima lettura è possibile notare, tuttavia, che le norme richiamate pongono problematiche differenti⁵³¹. Da un lato e in base all'art. 2449 c.c. lo statuto (il precedente art. 2458 si riferiva in proposito all'atto costitutivo) può conferire allo Stato o ad enti pubblici che abbiano partecipazioni in società per azioni la possibilità di nominare

propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato, o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente.

⁵²⁹ Tra gli altri, si v. P. ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, Impr. amb. e P.A., 1975, 369; T. ASCARELLI, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, Riv. dir. comm., 1933, 284; F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, Giur. comm., 1983, I, 510 e segg.; G. MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, Banca, borsa e titoli di credito, I, 1954, 712 e segg.; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1955; ID., *La revoca dei sindaci "designati" dallo Stato (in tema di sindaci RAI)*, Le società, 2004, 273 e segg.; O. CAGNASSO, M. IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, (dir. da W. BIGIAMI), Torino, 2ª ed., 1990; F.A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, Riv. dir. civ., 1986, 258 e segg.; V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, Le società, 2001, 773 e segg.; A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici. Ex art. 2458*, Foro Amm., 1984, 565 e segg.

⁵³⁰ In particolare, è stato osservato che l'atto di nomina di un amministratore di società a partecipazione pubblica ha natura analoga all'atto di nomina di ogni altro pubblico funzionario, cioè può ritenersi un atto di ammissione per mezzo del quale il futuro amministratore entra a far parte di quella speciale forma di organizzazione amministrativa costituita mediante l'azionariato pubblico. V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici*, cit., 160.

⁵³¹ Tra i più autorevoli sostenitori della netta distinzione delle due ipotesi considerate, T. ASCARELLI, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, Riv. dir. comm., 1933, 286. Va precisato che lo stesso autore (*Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, Riv. soc., 1959, 1012, nota 20), avrebbe in seguito precisato la propria posizione ammettendo la diretta finalizzazione pubblicistica anche dell'attuale art. 2449.

uno o più amministratori⁵³², che potranno essere revocati solo dall'ente che li ha nominati e avranno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea, *salvo leggi speciali*⁵³³.

Si tratta, sia pur con le precisazioni che vedremo,⁵³⁴ dell'ordinario esercizio dei poteri propri di qualsiasi socio, che esprime la sua volontà esercitando il proprio diritto di voto in assemblea.

Palese, invece, il carattere derogatorio dell'art. 2450 rispetto alla disciplina comune. Qui, infatti, in virtù di un'espressa previsione, contenuta in una legge o nello statuto, l'atto forse fondamentale della vita della società, vale a dire la nomina degli amministratori, prescinde in parte o del tutto da una delibera dell'assemblea⁵³⁵.

Se, allora, in un caso (l'art. 2449), si rimane, tutto considerato, nell'ambito degli ordinari meccanismi regolati dal diritto societario; nell'altro (l'art. 2450) la facoltà di nomina riconosciuta all'ente pubblico deve trovare esplicito riconoscimento nella legge⁵³⁶ o nello statuto.

Si potrebbe così pensare che le norme citate non diano realmente luogo ad un'autonoma fattispecie societaria, limitandosi ad "adattare" quella codicistica alle finalità pubblicistiche che in essa confluiscono⁵³⁷.

Più problematico potrebbe essere, semmai, valutare la soglia di tollerabilità di tali adattamenti⁵³⁸, soprattutto alla luce del mutato contesto

⁵³² In ragione delle richiamate modifiche in ordine ai sistemi di amministrazione delle società per azioni l'art. 2449 testualmente si richiama alla possibilità di nomina di amministratori, sindaci o componenti del *consiglio di sorveglianza*. Ma su questo si v. *infra*.

⁵³³ Si tratta di una delle modifiche apportate al testo dell'art. 2449, il cui senso potrebbe essere che solo un'apposita norma derogatoria di rango legislativo potrebbe liberare gli amministratori di nomina pubblica dai doveri propri degli amministratori ed in particolare dall'obbligo di gestire la società in coerenza con il suo scopo legale tipico e non con scopi diversi e con esso configgenti eventualmente perseguiti dal socio pubblico che li ha nominati. Così C. IBBA, *Le società pubbliche*, cit., 4.

⁵³⁴ A destare interesse non è solo la circostanza che la nomina diretta di amministratori nell'ipotesi in cui l'ente pubblico sia azionista di minoranza comporterebbe la rottura del principio cardine del diritto societario, in base al quale il potere è nelle mani del capitale sociale, quanto le ulteriori conseguenze che potrebbero derivarne. In particolare, se all'azionista pubblico è riservata la nomina degli amministratori ma non quella dei sindaci, questi fruirebbero di una condizione di indipendenza significativa e dell'effettiva possibilità di esercitare i propri poteri di controllo, non essendo emanazione della stessa maggioranza che nomina gli amministratori. Sul punto, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., 451.

⁵³⁵ F.A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità*, cit., 259.

⁵³⁶ In merito si v. l'art. 116 del Testo Unico che esplicitamente prevede che l'atto costitutivo *deve* prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori o sindaci.

⁵³⁷ Veniva in merito sottolineato come l'art. 2458 (oggi 2449) concilia due esigenze non contrapposte: quella di consentire all'ente pubblico di influire sulla gestione e sul controllo delle società di capitali, alle quali partecipa come socio e quella di coordinare questo potere con le garanzie che la legge riconosce alle persone preposte agli organi sociali e che non sono soltanto funzionali agli interessi delle predette persone ma anche all'interesse della società. V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato*, cit., 775.

⁵³⁸ Osservava infatti P. ABBADESSA, *La nomina diretta*, cit., 377, che la nomina diretta degli amministratori di società da parte dello Stato impone di stabilire gli esatti termini del coordinamento tra l'intervento pubblico ed il regime dell'organizzazione incisa.

nel quale le norme in materia di amministratori di società pubblica si collocano⁵³⁹.

Sono infatti noti i termini del dibattito che, si diceva, ha a lungo occupato la dottrina a proposito della qualificazione del rapporto tra l'ente pubblico e gli amministratori da esso nominati.

Sono sostanzialmente due le tesi che si sono confrontate sul punto. Quella di chi ha sostenuto che l'esercizio dei poteri attribuiti all'ente pubblico dall'art. 2449 ponesse in essere un rapporto pubblicistico⁵⁴⁰, che avrebbe origine dall'atto di nomina dell'amministratore e natura continuativa, poiché lo stesso interesse pubblico che giustifica la nomina pubblica, per essere perseguito richiederebbe "un influsso costante sull'organo amministrativo della società"⁵⁴¹.

L'estinzione del rapporto in questione deriverebbe poi dalla revoca dell'amministratore da parte di chi lo ha nominato e costituirebbe un'ipotesi di revoca di un provvedimento amministrativo.

Secondo tale impostazione l'amministratore così nominato sarebbe portatore dell'interesse pubblico nella società⁵⁴² e tutto ciò che riguardi i

⁵³⁹ Si pensi, in particolare, alle questioni sollevate dalla compatibilità tra le disposizioni citate e il principio di libera circolazione dei capitali sancito dall'art. 56 del Trattato Ce. Sul tema si v. le riflessioni svolte dall'Avvocato Generale Poiars Maduro, nelle conclusioni presentate il 7 settembre 2006, n. C- 463/04, www.dirittodeiservizipubblici.it. Rispetto al tema qui considerato viene infatti osservato come sia irrilevante che gli speciali poteri di nomina (nella specie si trattava della nomina della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione da parte del Comune di Milano detentore nella società AEM del 33% delle azioni) siano esercitati nell'ambito del diritto societario nazionale o in forza di un provvedimento legislativo *ad hoc*.

⁵⁴⁰ E' il rapporto caratterizzato da un'attività direttiva, che lega l'amministratore allo Stato e viene qualificato in termini di dipendenza pubblicistica. Per tutti, F.A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità*, cit., 267.

⁵⁴¹ La ricostruzione in termini pubblicistici del rapporto tra amministratori ed ente pubblico produrrebbe una serie di conseguenze ulteriori in relazione al regime giuridico di riferimento. In proposito, si è discusso in merito all'estensione della disciplina della *prorogatio* contenuta nella l. 14 luglio 1994, n. 444 anche agli amministratori di società a partecipazione pubblica. Si v., in proposito, G. ENDRICI, *La prorogatio nell'organizzazione amministrativa: la fine di un principio*, *Riv. trim. dir. pub.*, 1994, 394 e segg. A rilevare l'incompatibilità tra la disciplina della *prorogatio* e la disciplina codicistica in materia societaria, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 297. Allo stesso tema, si collega poi l'applicabilità delle regole dello *spoil system* anche agli amministratori di società per azioni, di cui all'art. 6, comma 1. 15 luglio 2002, n. 145, che trova applicazione alle nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione delle società controllate o partecipate dallo Stato...conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura...o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere. Sul tema, M. ATELLI, *Dallo Stato-padrone allo spoil-system: un nuovo caso di conflitto tra regole neutrali di corporate governance e modello di politica industriale*, *Le società*, 2002, 1071 e segg.

⁵⁴² E' stato peraltro opportunamente precisato che l'amministratore dello Stato dovrà perseguire il pubblico interesse in modo aderente ai caratteri essenziali del mezzo giuridico adottato e nei limiti di questo. Esso è tale che dovrà perseguirsi, quantomeno, in quanto impresa, l'autosufficienza economica e in quanto società per azioni un utile da distribuire. Così, F.A. ROVERSI MONACO, *op. ult. cit.*, 272. In proposito, è stato osservato che pur essendo maggiormente sensibile alle direttive dell'ente locale rispetto a quanto non possa dirsi per l'amministratore di nomina assembleare, l'amministratore di nomina pubblica deve tutelare gli

rapporti fra la società e l'ente (socio o meno)⁵⁴³ dovrebbe essere risolto alla luce del più complesso problema interesse pubblico-interesse sociale⁵⁴⁴.

E' interessante notare come la tesi in questione portata alle sue estreme conseguenze implicasse l'applicazione al rapporto tra amministratore di nomina pubblica ed ente delle categorie giuridiche tipiche del rapporto di direzione⁵⁴⁵.

Diversamente, si è notato⁵⁴⁶ che l'espressa previsione codicistica dell'equiparazione tra amministratori di nomina pubblica e di nomina assembleare, assicurerebbe anche ai primi la qualità di veri e propri amministratori.

Essi potrebbero, pertanto, essere nominati dall'ente, perché di comprovata esperienza, al pari degli altri nominati dall'assemblea⁵⁴⁷. Rimarrebbe invece irrilevante l'esclusiva attribuzione del potere di revoca all'ente che ha proceduto alla nomina, dal momento che essa dipenderebbe semplicemente dalla necessità di evitare la vanificazione della potestà di nomina concessa all'ente pubblico in caso di esercizio della revoca da parte dell'assemblea.

In un'ottica di mediazione tra le due impostazioni sopra richiamate si è ritenuto, infine, che la natura del rapporto tra amministratore di nomina diretta ed ente pubblico dipendesse, di fatto, dalla

interessi dell'ente pubblico, soltanto quando coincidano con quelli espressamente formalizzati nell'oggetto sociale. In caso di conflitto di interessi tra ente locale e società, l'amministratore di nomina diretta sarà tenuto ad astenersi o a privilegiare l'interesse della seconda, pena la responsabilità per danni ai sensi degli artt. 2392 e 2933 c.c. M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 134.

⁵⁴³ L'esercizio dei poteri di nomina *ex art.* 2449 darebbe dunque luogo a due rapporti distinti; il primo, quello tra l'ente e l'amministratore e l'altro, tra l'amministratore e la società. Rapporti che in vista delle differenti finalità per le quali sono costituiti andrebbero soggetti a regolamentazioni differenti, pubblicistica il primo, privatistica il secondo.

⁵⁴⁴ F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967, 260 e segg.

⁵⁴⁵ Era l'opinione di S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, cit., 111, secondo il quale le partecipazioni statali avrebbero dato luogo ad un ordinamento sezionale caratterizzato dalla presenza di un potere di direzione da esercitarsi sui soggetti privati ad esso appartenenti. Sul tema, in generale, V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, secondo il quale mancherebbe tra lo Stato e l'amministratore un rapporto gerarchico o di subordinazione sussistendo esclusivamente un rapporto di tipo fiduciario, e F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965.

⁵⁴⁶ G. MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato*, cit., 718-719, ma *amplius ID.*, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1955.

⁵⁴⁷ Opportunamente, è stato peraltro osservato che la fuoriuscita dal circuito assembleare implica inevitabilmente l'affermazione di un vincolo di natura fiduciaria tra ente e socio che non si presta ad agevoli definizioni sotto il profilo classificatorio, ma che rileva piuttosto, per la componente extrasocietaria (pubblica) dell'interesse al cui raggiungimento è chiamato il rappresentante dell'ente pubblico nella società. M. CAMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 191.

regolamentazione di tipo pubblicistico o privatistico in concreto stabilita nell'atto di nomina⁵⁴⁸.

Evidentemente, la qualificazione del rapporto tra amministratore ed ente pubblico si riflette sulla natura del potere di revoca (che l'art. 2449 attribuisce, come anticipato, all'ente che abbia proceduto alla nomina) e sulle conseguenze derivanti dal suo esercizio.

In particolare, occorre chiedersi in che termini sia applicabile agli amministratori di nomina pubblica la previsione del comma 3 dell'art. 2383 c.c., secondo cui gli amministratori sono revocabili dall'assemblea, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto al risarcimento dei danni se la revoca avviene senza giusta causa.

E' stato in proposito osservato come la qualificazione dell'atto in senso provvedimentale⁵⁴⁹ escluderebbe la giurisdizione del giudice ordinario⁵⁵⁰ sui motivi che hanno condotto all'adozione dello stesso, con la conseguenza, che in mancanza di una dichiarazione di illegittimità dell'atto da parte del giudice amministrativo, verrebbe meno la possibilità per l'amministratore di ottenere il risarcimento derivante dall'esercizio della revoca in mancanza di giusta causa.

In senso opposto, si è ritenuto di dover concludere per la natura negoziale⁵⁵¹ della revoca, argomentando dall'assenza di un rapporto tra

⁵⁴⁸ In questo senso, V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici*, cit., 159 e P. ABBADESSA, *La nomina diretta*, cit., 381, che precisa come in considerazione della circostanza che l'interesse pubblico in rapporto all'amministrazione della società può assumere direzioni sensibilmente diverse (la garanzia del corretto esercizio dell'amministrazione sociale, l'attuazione della politica aziendale dell'ente pubblico, senza l'imposizione di oneri impropri alla società, o ancora l'attuazione di una linea di politica aziendale aperta a finalità di ordine generale anche comportanti la rinuncia ad una porzione di reddito), anche il contenuto del rapporto tra amministratore ed ente può assumere contenuti di volta in volta differenti.

⁵⁴⁹ Nella pronuncia del 15 luglio 1982, n. 4139 (in *Giur. comm.*, I, 1983, 509 e segg. con commento di F. BONELLI), la Corte di Cassazione, sez. I, presupponendo la natura provvedimentale dell'atto di revoca, espressione di una potestà amministrativa finalizzata ad interessi pubblici, concludeva per l'insandacabilità dei motivi per i quali l'atto viene emanato dal giudice ordinario, con la conseguenza che fino alla dichiarazione di illegittimità del provvedimento doveva ritenersi sussistente la giusta causa venendo dunque meno il diritto al risarcimento del danno a favore dell'amministratore. Sulla sentenza in esame anche, A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca*, cit., 565 e segg. In proposito, è stato precisato come "anche a non voler aderire alla tesi che riconduce la revoca dell'amministratore alla più generale categoria pubblicistica non siano disponibili dati normativi che inducano a ritenere che tale atto debba assolvere ad una forma negoziale", M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 191.

⁵⁵⁰ In questo senso Tar Sardegna, sez. II, 21 settembre 2005 n. 1921, www.giustamm.it.

⁵⁵¹ In proposito, si v. le considerazioni di A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 570. In questo senso, di recente, Corte di Cassazione, 15 aprile 2005, n. 7799 in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 822 con nota di F. GOGGIAMANI. In particolare, la Corte, assumendo la natura privata della società, benché a partecipazione pubblica, afferma il carattere privatistico della revoca con conseguente attribuzione della competenza in materia al giudice ordinario. Sullo stesso tema, Tar Campania, sez. II, 11 febbraio 2005, n. 963, secondo cui il provvedimento dell'ente pubblico che dichiara cessato per scadenza del mandato l'amministratore di nomina pubblica, costituisce estrinsecazione di autonomia negoziale, con la conseguenza che la situazione soggettiva dell'amministratore sarebbe tutelabile dinanzi al

l'amministratore e l'ente qualificabile in termini di direzione, con le conseguenze che ne derivano in ordine all'applicabilità dell'art. 2383⁵⁵² e dell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente⁵⁵³.

E' stato pure affermato⁵⁵⁴, che la revoca, pur essendo disposta dall'ente pubblico con atto amministrativo, comporterebbe in ogni caso il venir meno del rapporto privatistico di amministrazione.

Il risultato sarebbe allora diverso in presenza di una revoca legittima, come tale intangibile anche da parte della società e rispetto alla quale l'amministratore potrebbe chiedere il risarcimento del danno al giudice ordinario solo in assenza di giusta causa o invece di una revoca illegittima, della quale l'amministratore potrebbe richiedere, sempre al giudice ordinario, la disapplicazione al fine di essere reintegrato.

Le norme che disciplinano la nomina diretta degli amministratori da parte di enti pubblici⁵⁵⁵, lo si diceva, sono rimaste sostanzialmente immutate anche a seguito degli interventi di riforma che hanno investito la disciplina delle società per azioni.

E' d'altra parte vero, però, che ad essere cambiata è la cornice nella quale tali disposizioni vanno inquadrare. Ci si riferisce naturalmente al mutato assetto delle competenze degli organi sociali e alle sue implicazioni nell'ipotesi di società partecipate da enti pubblici.

La flessibilità dei modelli di amministrazione, lo si è anticipato, rappresenta uno degli obiettivi prioritari della riforma del 2003, nella misura in cui garantisce una più ampia gamma di soluzioni organizzative in grado di adattarsi alle diverse ipotesi societarie e allo stesso tempo di superare il c.d. scalino tra società chiuse e società aperte, tra società quotate e società non quotate.

La strada prescelta dal legislatore per ottenere la "modularità degli schemi societari"⁵⁵⁶ e il "rilassamento del principio di tipicità"⁵⁵⁷ è stata

giudice ordinario. La sentenza si trova commentata da G. D'ATTORRE, *Le società*, 2005, 876 e segg.

⁵⁵² Sul punto si v. però M. CAMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 193, che osservano come non vi sia nessun dato letterale che induca a pensare che il legittimo esercizio della revoca da parte del socio pubblico debba produrre effetti pregiudizievoli per la società e che, in ogni caso, il paradigma della giusta causa di revoca è letteralmente previsto dall'art. 2383 co. 3 c.c. solo per le revoche assembleari.

⁵⁵³ Così Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, www.dirittodeiservizi pubblici.it, che attribuisce al giudice ordinario le controversie in tema di revoca di una società mista comunale. L'argomentazione utilizzata dai giudici amministrativi è che l'esercizio della facoltà di revoca, inerente alla qualità di socio del Comune, rappresenterebbe una manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica.

⁵⁵⁴ E' la ricostruzione di F. BONELLI, *La revoca degli amministratori*, cit., 515.

⁵⁵⁵ Va precisato, peraltro, come l'esercizio delle facoltà riconosciute dagli articoli 2449 e 2450 sia stato piuttosto limitato da parte dello Stato e un po' più esteso da parte delle Regioni e degli enti locali. Così, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., 453 e riferimenti bibliografici in nota 17.

⁵⁵⁶ P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario*, cit., 4.

⁵⁵⁷ L'espressione è ripresa da S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma*, cit., 733.

quella del potenziamento dell'autonomia statutaria (su cui v. *infra*), con l'attribuzione allo statuto della funzione di individuare il modello di amministrazione prescelto (monistico o dualistico), con il rinvio all'applicazione delle disposizioni relative al modello tradizionale, nel caso in cui lo statuto nulla abbia disposto.

Nell'intenzione del legislatore l'ordinaria configurazione delle relazioni tra gli organi sociali appare, dunque, recessiva rispetto alle nuove soluzioni organizzative predisposte con la riforma.

Come vedremo, però, non sono pochi gli ostacoli che si frappongono all'effettivo superamento del modello tradizionale a favore dei sistemi alternativi⁵⁵⁸, non ultima l'eventuale difficoltà degli enti locali ad adeguarsi al nuovo sistema normativo⁵⁵⁹.

Prima però di analizzarne le caratteristiche essenziali e il grado di fruibilità⁵⁶⁰ è il caso di cominciare col richiamare uno dei principi ispiratori del nuovo diritto societario⁵⁶¹.

Si tratta, evidentemente, dell'art. 2380 *bis*, che nell'aprire il paragrafo dedicato agli amministratori, precisa che "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale"⁵⁶².

⁵⁵⁸ Anche il carattere ampiamente disponibile dei modelli legali, le difficoltà che ne derivano nell'individuazione dei caratteri tipologici inderogabili ed il conseguente il processo di "sclerosi interpretativa", potrebbe rappresentare in effetti un ostacolo alla reale utilizzabilità dei contenuti della riforma da parte degli operatori. L. ENRIQUES, *Scelte pubbliche e interessi particolari nella riforma delle società di capitali, Mercato, concorrenza e regole*, 2005, *passim*.

⁵⁵⁹ Sul piano del metodo e con riferimento all'importazione di modelli di amministrazione tipici di tradizioni giuridiche differenti dalla nostra è stata criticata la scelta di copiare le riforme da altri, riprendendole avulse dal sistema in cui operano, senza prima averle intese e riformulate, tradotte nel diritto nazionale, G. VISENTINI, *I principi della società per azioni*, cit., 946.

⁵⁶⁰ Per far fronte alla difficoltà di adattare modelli differenti al nostro ordinamento societario il legislatore ha disposto l'applicazione ai sistemi alternativi della disciplina tipica di quello tradizionale, cercando degli adattamenti che però potrebbero compromettere la funzionalità ed effettività dei modelli originali. Così V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., 406-408.

⁵⁶¹ Come autorevole dottrina ha constatato, le innovazioni contenute nella riforma del 2003 in termini di modelli di amministrazione delle società per azioni vanno lette anche alla luce, di quella che si è definita la "novità più nuova", vale a dire l'introduzione nel nostro diritto societario del principio di adeguatezza organizzativa. In particolare, con l'art. 2381 il legislatore attribuisce al consiglio di amministrazione il compito di valutare sulla base delle informazioni ricevute (dal comitato esecutivo) l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. In altri termini, non ci si accontenta di imporre all'impresa una data forma ma si interviene, per incidere sulle concrete modalità di organizzazione interna dell'attività d'impresa. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, *Giur. comm.*, 2006, I, 6.

⁵⁶² Diventa dunque centrale stabilire quali atti compiuti dagli amministratori si conformino effettivamente all'oggetto sociale. In proposito, secondo un orientamento consolidato, la giurisprudenza ritiene che l'oggetto sociale consista, alla luce della maggior parte delle norme nelle quali è menzionato (artt. 2328, n. 3; 2361, 2437, 2445), nell'attività d'impresa esercitata dalla società in relazione a quanto denunciato nello statuto sociale e che invece solo ad altri specifici fini possa rilevare l'oggetto in "concreto" attuato. Così, tra le altre, Corte d'Appello, Milano, 7 aprile 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 301 e segg. con commento di S. RUSSO.

La norma è interessante perché postula come generale⁵⁶³ il principio in base al quale le funzioni gestorie e le corrispondenti responsabilità sono imputate *esclusivamente* all'organo amministrativo con conseguente erosione delle competenze dell'organo assembleare⁵⁶⁴.

La modifica non è di non poco conto, se valutata in relazione al contesto delle partecipazioni azionarie pubbliche.

Proprio in base alla precedente formulazione dell'art. 2364 in materia di competenze dell'assemblea ordinaria si giustificavano, infatti, quelle clausole degli statuti delle società locali che riservavano all'assemblea ordinaria, tra gli oggetti attinenti alla gestione societaria, anche la fissazione degli indirizzi generali per la gestione della società medesima e lo sviluppo dei servizi, ai quali il consiglio di amministrazione si sarebbe dovuto attenere per il perseguimento delle finalità sociali⁵⁶⁵.

Una simile prassi sembrerebbe oggi sconfessata dal dato legislativo, anche se uno spazio di intervento agli azionisti può essere ancora ammesso dallo statuto, secondo quanto dispone il nuovo art. 2364, pur se limitato all'autorizzazione di atti particolari.

D'altra parte, però, l'affidamento in via esclusiva della gestione dell'impresa all'organo amministrativo potrebbe rappresentare una garanzia ulteriore (rispetto alla nomina diretta degli amministratori *ex* artt. 2449 e 2450)⁵⁶⁶ di una maggiore aderenza tra lo schema formale fruito e l'interesse pubblico perseguito⁵⁶⁷, alla quale non potrebbe più opporsi l'azione di blocco eventualmente esercitata dall'assemblea.

Così, allora, nell'ipotesi in cui agli amministratori di nomina pubblica spettasse la maggioranza dei seggi consiliari, ma l'assemblea rimanesse sotto il controllo dei soci privati, l'esclusività della competenza

⁵⁶³ L'art. 2380 in materia di sistemi di amministrazione e controllo prevede, infatti, che, salvo che sia diversamente stabilito, le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori siano applicate a seconda dei casi al consiglio di amministrazione o al consiglio di gestione.

⁵⁶⁴ La disposizione in esame va coordinata con quella contenuta nell'art. 2364, che assegna all'assemblea ordinaria il compito di deliberare sugli "altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma restando in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti", mentre nella precedente formulazione l'art. 2364 affidava all'assemblea ordinaria il compito di deliberare sugli altri oggetti attinenti alla gestione riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo o sottoposti al suo esame dagli amministratori. Come si vede, l'attuale versione della norma pare in sintonia con il principio del quale si diceva, secondo cui unico organo deputato allo svolgimento delle funzioni gestorie sarebbe quello amministrativo. Come è stato opportunamente precisato, V. SALAFIA, *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, *Le società*, 2003, 1054, l'autorizzazione assembleare al compimento di atti di gestione lascia liberi gli amministratori di decidere, poi, in concreto l'azione amministrativa.

⁵⁶⁵ L'osservazione è di A. BARBIERO, *Le problematiche inerenti il rapporto tra l'Ente Locale socio e gli amministratori di una s.p.a. partecipata*, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁵⁶⁶ E' evidente, infatti, che quanto maggiore è il peso degli amministratori nell'equilibrio di poteri all'interno della società, tanto maggiore risulta l'importanza delle norme citate. R. RODORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, *Le società*, 2005, 425.

⁵⁶⁷ Sono parole di P. ABBADESSA, *La nomina diretta*, cit., 385.

gestoria del consiglio⁵⁶⁸ ridurrebbe sensibilmente la possibilità di conflitti interni alla società, con conseguenti vantaggi in termini di convergenza tra la politica aziendale attuata e l'interesse pubblico perseguito.

Sotto altra prospettiva, il potenziamento del ruolo del consiglio di amministrazione accentua la rilevanza delle questioni, cui in precedenza si accennava⁵⁶⁹, relative ai criteri di scelta dei membri dello stesso e delle relazioni tra questi e gli organi politici rappresentativi dell'ente che partecipa alla società.

In proposito solo una considerazione. La composizione dei consigli di amministrazione, sia sotto il profilo del numero adeguato dei loro componenti che di quello dei criteri che dovrebbero orientarne la scelta, rappresenta uno dei punti nevralgici della disciplina delle partecipate pubbliche.

La nomina pubblica dell'organo amministrativo, non di rado asservita a logiche di "lottizzazione partitica"⁵⁷⁰, comporta infatti effetti negativi tanto per gli eccessivi costi di consigli sovraffollati quanto in termini di de-professionalizzazione dell'organo amministrativo⁵⁷¹.

E' vero, d'altra parte, che proprio la nomina dell'organo amministrativo rappresenta uno dei principali strumenti di direzione e controllo dell'ente sulla società.

Il punto è, allora, come utilizzare lo strumento della società a partecipazione pubblica per lo svolgimento di fini istituzionali, cercando di conciliare il carattere arbitrario dell'atto di autonomia contrattuale con la natura pubblica dell'interesse perseguito⁵⁷².

Per tornare però al più circoscritto tema dell'amministrazione della s.p.a., la riforma introduce, come detto, due nuovi modelli, monistico e dualistico, alternativi a quello disciplinato dagli artt. 2380 e segg. del codice civile prima della riforma.

Nel sistema monistico, di stampo anglosassone, le funzioni di amministrazione e controllo sono svolte rispettivamente dal consiglio di amministrazione e da un comitato per il controllo sulla gestione costituito al suo interno.

⁵⁶⁸ Si v., sul punto, le considerazioni espresse da P. ABBADESSA, *Organizzazione della società concessionaria del servizio radio televisivo e primato del consiglio di amministrazione*, Riv. soc., 1983, 656.

⁵⁶⁹ Si v., in particolare, il lavoro di G. SAPELLI, *La trasformazione delle società di proprietà comunale: eterogenesi dei fini e rimedi di governance*, cit., 277 e segg.

⁵⁷⁰ L'espressione è di U. LOI, *Il modulo della S.p.A. come modello privatistico*, 37.

⁵⁷¹ In proposito, è stata valutata positivamente l'esperienza di un comune (Verona) nel quale si è adottato un codice etico per gli amministratori delle partecipate comunali. Sul tema, M. NICO, *Il controllo comunale sulle società per azioni: un'esperienza veronese*, *Amministrare*, 2003, 423 e segg. Sul tema è intervenuta, peraltro, la legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (finanziaria per il 2007), pubblicata in G. U. n. 299 del 27 dicembre 2006 (suppl. ord.), che ai commi 725 e segg. si occupa proprio della questione dei compensi e della limitazione del numero degli amministratori di società pubbliche.

⁵⁷² Parafrasando G. MINERVINI, *Società a partecipazione pubblica*, cit., 195.

Vi è, dunque, una concentrazione tra gestione e controllo nell'unico organo (consiglio di amministrazione), al cui interno viene costituito il comitato svolgente solo funzioni di controllo, composto da membri (nominati dal consiglio di amministrazione stesso).

A differenziare il sistema monistico dagli altri è la figura dell'amministratore indipendente. L'art. 2409-*septiesdecies* richiede, infatti, che almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione sia in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci all'art. 2399 c.c.⁵⁷³.

Immediatamente evidenti i vantaggi che potrebbero derivare dalla scelta del modello in questione, soprattutto in termini di risparmio di tempi e costi, grazie alla soppressione di un organo ulteriore (consiglio di sorveglianza o collegio sindacale) deputato allo svolgimento delle funzioni di controllo.

Non meno importante, il valore della semplificazione delle procedure, specie di quelle relative alla circolazione delle informazioni⁵⁷⁴ tra organo amministrativo e organo di controllo⁵⁷⁵.

A quello monistico il legislatore affianca il sistema dualistico⁵⁷⁶, ispirato di ispirazione tedesca e francese (*société à directoire*), che prevede la presenza di due organi, il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza tra i quali vengono ripartite la funzione amministrativa e quella di controllo.

Non vi è però totale sovrapposibilità tra il consiglio di sorveglianza ed il tradizionale collegio sindacale, poiché al primo l'art. 2409-*terdecies* attribuisce alcune importanti funzioni che nel sistema tradizionale spetterebbero all'assemblea ordinaria (nomina e revoca dei componenti del consiglio di gestione, approvazione del bilancio, esercizio dell'azione

⁵⁷³ L'equiparazione tra i requisiti di indipendenza richiesti ai membri del consiglio di amministrazione nel sistema monistico e quelli richiesti ai sindaci, denota una qualche confusione normativa rispetto all'individuazione del concetto di indipendenza. È stato osservato, peraltro, come il possesso dei requisiti di indipendenza nell'amministratore possa offrire garanzie agli azionisti minori in sistemi (come quello anglosassone) a proprietà diffusa. Diversamente, in un contesto come quello italiano, caratterizzato dalla presenza di società controllate di fatto o di diritto da soci maggioritari, il controllante verrebbe in ogni caso scelto dal controllato, con la conseguenza che il possesso dei requisiti di indipendenza non sarebbe, in concreto, sufficiente a garantire l'autonomia dell'amministratore dalla proprietà. Sul tema, F. GRASSINI, *C'è un ruolo per gli amministratori indipendenti*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2004, 427 e segg.

⁵⁷⁴ Si tratta di un aspetto non trascurabile se messo in relazione con la previsione dell'art. 2381, nella parte in cui dispone che il "consiglio di amministrazione sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile".

⁵⁷⁵ In questi termini, F. BONELLI, *L'amministrazione della spa*, cit., 703.

⁵⁷⁶ Nella relazione al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 si legge che si tratta di un sistema in cui "la proprietà non nomina gli amministratori e non approva il bilancio ma decide sull'elezione del consiglio di sorveglianza, che è organo misto di gestione e controllo, così indirettamente determinando le linee del programma economico della società...Date queste caratteristiche è quindi il modello di amministrazione che più realizza la dissociazione tra proprietà dei soci e potere degli organi sociali".

di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione). Nel modello in esame ai soci spetta, dunque, la nomina del consiglio di sorveglianza, del revisore contabile (o società di revisione nelle società quotate), la definizione delle linee del programma economico della società e delle modifiche di struttura (operazioni sul capitale, fusioni ecc.). Al consiglio di gestione rimane, invece, l'esclusiva gestione dell'impresa, mentre al consiglio di sorveglianza le tipiche funzioni di controllo, affiancate dalle rilevanti funzioni deliberative che si sono ricordate.

Così, allora, con il sistema dualistico, si delinea una struttura societaria di tipo piramidale, nella quale si determina una rilevante dissociazione tra la proprietà (dei soci) e i poteri di gestione (degli organi sociali)⁵⁷⁷.

Ancora da verificare, quanto il modello dualistico sia adattabile alle esigenze delle società per la gestione dei servizi pubblici locali⁵⁷⁸ tendenzialmente caratterizzate da una più ristretta base azionaria⁵⁷⁹.

Ci si chiede, in proposito, se gli enti locali proprietari, specie nelle realtà imprenditoriali a dimensione più ridotta, siano effettivamente disposti a “dismettere” alcune delle funzioni essenziali alla struttura sociale quali la nomina degli amministratori (*id est* del consiglio di gestione) e l'approvazione del bilancio.

Una scelta del genere mal si accorderebbe, probabilmente, con la necessità avvertita dagli enti locali di evitare che l'avanzamento delle procedure di privatizzazione dei servizi comporti anche una progressiva perdita di controllo dell'amministrazione locale su importanti settori di attività⁵⁸⁰.

Diventa indispensabile per gli enti locali potenziare il sistema dei controlli, tramite i quali mantenere un saldo collegamento tra indirizzo e gestione, che ad alcuni⁵⁸¹ sembra interrotto dalla presenza del consiglio di

⁵⁷⁷ Si rinvia sul punto alle considerazioni svolte da F. BONELLI, *L'amministrazione nella spa*, cit., 701-702.

⁵⁷⁸ In proposito, acquisiscono rilievo altri aspetti relativi alla composizione del capitale sociale, alle dimensioni della struttura societaria, alla misura della partecipazione pubblica e così via. Va detto, però, che con deliberazione della Giunta della Regione Lombardia n. VII/14611 del 17 ottobre 2003 veniva costituita secondo il modello dualistico una società a partecipazione pubblica, Infrastrutture Lombarde s.p.a.

⁵⁷⁹ Come è stato ricordato, infatti, sono proprio le società quotate a rappresentare il terreno d'elezione per il ricorso al modello dualistico. In proposito, si v. le considerazioni di A. GUACCERO, *Quotazione alternativa di amministrazione e controllo*, *Giur. comm.*, I, 662.

⁵⁸⁰ Sottolinea la pericolosità di un gestore terzo rispetto all'ente locale che non venga efficacemente controllato, A. VIGNERI, *Il controllo del comune sui servizi pubblici locali*, *Amministrare*, 2003, 413.

⁵⁸¹ C. MATTEI, *La governance delle società di gestione dei servizi pubblici*, cit., 529. Diversamente, è stato osservato come il modello dualistico avrebbe il pregio di garantire all'ente locale un più efficace raccordo tra le funzioni di intervento e verifica, che sarebbero di fatto concentrate nel consiglio di sorveglianza. Diventando il controllo parte intrinseca dell'azione della società sarebbe garantito il progressivo miglioramento continuo della qualità dei servizi offerti, V.

sorveglianza, organo a competenza mista (di gestione e controllo) e che si frappona tra assemblea e consiglio di gestione.

Diversamente, è stato notato⁵⁸² che, operando la catena di comando endosocietaria in ogni caso direttamente dalla proprietà alla gestione, l'utilizzazione del modello dualistico consentirebbe di connettere specifiche responsabilità al consiglio di sorveglianza nell'esercizio di prerogative che da proprietarie si trasformano in professionali.

Le variegata esperienze degli enti locali rispetto all'utilizzo della formula societaria non consentono, lo si è detto più volte, di trarre conclusioni di carattere generale.

Anche sul piano delle possibili linee di trasformazione dei modelli di *governance*, occorrerebbe considerare lo specifico contesto nel quale la società locale si colloca.

Ciò premesso, non sembra prospettabile un passaggio generalizzato dal modello tradizionale a quello dualistico, (che peraltro come si è visto si presenta più adatto al governo di società di più significative dimensioni).

Tuttavia, anche nella scelta di conservare il modello tradizionale possono immaginarsi dei meccanismi correttivi che siano in grado di rispondere alle rinnovate esigenze degli enti locali.

Così, ad esempio, se la molteplicità e varietà degli interessi in gioco si è spesso tradotta in consigli molto numerosi⁵⁸³, che però rischiano di diventare momenti di ratifica di decisioni prese altrove, l'obiettivo sarà combinare la rappresentanza dei diversi interessi che si riversano nella società con un processo decisionale rapido ed efficace.

La soluzione potrebbe, allora, essere quella di attribuire ampie deleghe⁵⁸⁴ agli amministratori esecutivi, segnatamente al presidente e all'amministratore delegato, cercando di bilanciare le prerogative di ciascuna delle due cariche, in modo da evitare la concentrazione di poteri e responsabilità in capo ad un unico soggetto.

Al termine dell'analisi condotta sui nuovi sistemi di amministrazione delle società per azioni, viene da chiedersi se oggi la facoltà di nomina diretta degli amministratori riconosciuta agli enti pubblici (con o senza partecipazione nella società) dalla quale si era partiti non rappresenti proprio il contrappeso all'introduzione di

VACCARI, *Imprese a partecipazione pubblica*, cit., 222.

⁵⁸² E' l'idea di A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance*, cit., 860.

⁵⁸³ Ciò denota la difficoltà di governare assetti societari, nei quali confluiscono non solo le diverse componenti politiche espressione della proprietà, quanto poi i diversi interessi "territoriali" che la società deve soddisfare, soprattutto in ragione del fenomeno di ampliamento delle dimensioni e delle aree di operatività dell'impresa.

⁵⁸⁴ In merito, è stato osservato che salvo le attribuzioni nominativamente indicate al comma 4 dell'art. 2381 tutte le altre sono astrattamente delegabili. Sul punto, M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, *Giur. comm.*, I, 99.

alternativi modelli di amministrazione, che, come è stato osservato, sembra collocarsi prevalentemente nell'ottica del rafforzamento dei gruppi minoritari di controllo⁵⁸⁵.

6.2. *Indirizzo e definizione dell'attività sociale: i nuovi margini dell'autonomia statutaria e il ruolo dei patti parasociali.*

Anche alla luce delle considerazioni che si sono svolte nelle pagine precedenti emerge piuttosto chiaramente che un ruolo significativo per la determinazione degli indirizzi dell'attività sociale e dell'equilibrio tra le diverse componenti societarie vada riservato all'autonomia statutaria.

E' stato, infatti, da più parti sottolineato come nella disciplina delle società per azioni modificata nel 2003 si sia realizzato "un tendenziale arretramento delle norme imperative e trovi invece grande spazio il riconoscimento all'autonomia dei soci (o del socio) del potere di adattare i diversi modelli societari alle specifiche esigenze dell'iniziativa intrapresa"⁵⁸⁶.

Com'è noto,⁵⁸⁷ all'origine dell'assetto normativo del codice civile del '42, che presentava un notevole irrigidimento rispetto al precedente codice del commercio e si caratterizzava per la rigorosa fissazione di norme imperative riguardanti tutti i momenti e i caratteri dell'organizzazione societaria, erano ragioni di tutela dei terzi (creditori e contraenti potenziali creditori), che si pensava dovessero rappresentare il necessario bilanciamento della limitazione della responsabilità delle società di capitali.

Nella prospettiva della riforma del 2003, invece, l'ampliamento della sfera dell'autonomia statutaria dovrebbe consentire la maggiore competitività delle società attraverso l'introduzione del principio di atipicità dei modelli organizzativi e l'agevolazione del reperimento dei capitali di credito e di rischio.

Nel vigente ordinamento della società per azioni viene, dunque, operata una redistribuzione del potere tra legislatore e soggetti privati rispetto all'evoluzione dei modelli organizzativi, che comporterebbe l'attribuzione, al primo, del compito di tutelare l'interesse generale attraverso la definizione degli spazi di regolamentazione concessi a ciascun attore e ai secondi la tutela degli interessi individuali⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ S. FORTUNATO, *I principi ispiratori*, cit., 742.

⁵⁸⁶ ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, cit., 14; A. GUACCERO, *Alcuni spunti*, cit., 844.

⁵⁸⁷ Lo ricorda, A. GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, *Giur. comm.*, 2002, I, 642; ma sul tema anche F. CAFAGGI, *Complementarietà istituzionali*, cit., 10.

⁵⁸⁸ In alternativa, è stato proposto l'impiego della diversa prospettiva delle "complementarietà istituzionali", secondo cui i diversi produttori di norme operano in un contesto coordinato

Il riconoscimento di più ampi margini di autonomia allo statuto trova espressione, peraltro, non solo nella ricerca di una più intensa flessibilità organizzativa⁵⁸⁹ (art. 2380 c.c.), quanto anche rispetto al tema delle tipologie di finanziamento utilizzabili nella società per azioni⁵⁹⁰.

In proposito, le norme di riferimento sono essenzialmente due⁵⁹¹, a ribadire un unico principio di carattere generale.

Sia l'art. 2346 che l'art. 2351 capovolgono il rapporto tra conferimento e potere di partecipazione alla gestione dell'impresa. La prima dispone, infatti, che lo statuto preveda titoli qualificati come azioni, per i quali l'assegnazione ai soci può non essere proporzionale alle quote di capitale sottoscritto, con la conseguenza che anche il diritto di voto per la nomina dei gestori dell'impresa potrà essere attribuito al finanziatore non proporzionalmente al capitale conferito.

Nello stesso senso l'art. 2351 co. 2, che attribuisce allo statuto la facoltà di prevedere la creazione di azioni senza diritto di voto o con diritto di voto limitato a particolari argomenti, con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative⁵⁹².

Più in generale (art. 2348, co. 2), lo statuto o sue successive modificazioni possono creare categorie di azioni fornite di diritti diversi, anche per quanto concerne la incidenza delle perdite. In tal caso la società nei limiti imposti dalla legge può liberamente determinare il contenuto delle azioni delle varie categorie.

D'altro canto, è stato osservato⁵⁹³, la rideterminazione del rapporto tra rischio e potere aumenterebbe il rischio di conflitti tra le diverse categorie di partecipazioni sociali, con conseguente necessità di valorizzazione di strumenti di informazione e controllo in grado di tutelare gli azionisti e i terzi dai conflitti di interessi gestionali⁵⁹⁴.

perseguendo obiettivi diversi ma tendenzialmente complementari. E' questa l'opinione di F. CAFAGGI, *op. ult. cit., passim*.

⁵⁸⁹ P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario*, cit., 4.

⁵⁹⁰ Sul tema, A. BLANDINI, *Le azioni a voto limitato nella riforma*, *Giur. comm., Supplemento*, n. 3/2004, 467 e segg.; M. CIVITELLI, *La riforma delle società di capitali e le azioni di risparmio*, *ibidem*, 491 e segg. E' utile ricordare che anche la disciplina del recesso può essere ampliata dallo statuto delle società che non ricorrono al capitale di rischio (art. 2437). In merito, si rinvia a V. CALANDRA BONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, *Giur. comm.*, 2005, I, 291 e segg.

⁵⁹¹ In realtà, il riferimento alla nozione di strumento finanziario è rinvenibile oltre che nella disciplina delle azioni cui si è fatto riferimento e a quella delle obbligazioni (art. 2411c.c.), anche rispetto alla disciplina dei patrimoni dedicati. Sul tema, B. INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, *Giur. comm.*, 2004, 164 e segg.

⁵⁹² Viene, in tal modo, generalizzato lo strumento delle azioni di risparmio, non più diritto speciale del mercato finanziario ma strumento utilizzabile in tutte le società per azioni.

⁵⁹³ A. GAMBINO, *Spunti di riflessione*, cit., 47.

⁵⁹⁴ In questa prospettiva, possono essere lette alcune delle disposizioni in precedenza richiamate; il dovere dell'amministratore di informare il collegio sindacale e gli altri amministratori della presenza di un interesse proprio o altrui nell'operazione societaria (art. 2391); l'azione di responsabilità riconosciuta alla minoranza dei soci (art. 2393 *bis*); nonché la

Si tratta di un elemento non di poco conto nel contesto delle società a partecipazione pubblica, nelle quali oltre ad una conflittualità “interna” tra le diverse componenti societarie vi è una conflittualità “esterna” tra interesse sociale e interesse extrasociale⁵⁹⁵.

In proposito non va trascurata, poi, la possibilità riconosciuta dalla riforma di ampliare attraverso lo statuto le cause di recesso, che certo testimonia il venir meno dell’atteggiamento di sfavore con cui l’ordinamento guardava a tale istituto.

Nel sistema vigente e nella prospettiva delle società a partecipazione pubblica, specie maggioritaria⁵⁹⁶, il recesso può, infatti, contribuire al processo di rafforzamento delle minoranze nei confronti del socio dominante⁵⁹⁷, rappresentando un efficace strumento di reazione del socio minoritario verso cambiamenti sostanziali dell’operazione cui partecipa⁵⁹⁸.

In generale, allora, autonomia statutaria e flessibilità dei modelli organizzativi sembrerebbero collocarsi su due piani differenti; della semplificazione dell’accesso a strumenti di finanziamento⁵⁹⁹, la prima e di controllo della conflittualità endosocietaria, la seconda⁶⁰⁰.

disciplina della responsabilità da attività di direzione e coordinamento (art. 2497 e segg.), che verrà analizzata nel capitolo successivo.

⁵⁹⁵ A questo riguardo, la giurisprudenza amministrativa ritiene che l’ingresso in una società mista comporterebbe per il socio di minoranza l’accettazione e condivisione degli scopi sociali (pubblicistici) e la rinuncia a far valere interessi configgenti con quelli propri della società costituita, Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2005 n. 998, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁵⁹⁶ Esplicitamente, il Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6867, affermava l’impossibilità per l’ente locale, una volta costituita la società mista di recedere se non nei limiti in cui tale potere è consentito dalle norme di diritto comune. La pronuncia è consultabile su www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁵⁹⁷ Riguardo, poi, alla questione dei limiti entro i quali interpretare il diritto di recesso, sarebbe opportuno preferire un’interpretazione che rappresentasse una mediazione tra i poteri di maggioranza e i diritti individuali del socio. Così, in particolare, dovrebbe essere per l’interpretazione dell’art. 2437 lett. a) e art. 2473 (recesso nelle s.r.l.) in tema di recesso per modifica dell’oggetto sociale. Sul tema, ancora, V. CALANDRA BONAURA, *Il recesso*, cit., 296-297. Sotto altra prospettiva, il comune che intenda recedere dalla società costituita per la gestione del servizio pubblico, dovrà far riferimento alla normativa in tal senso prevista dal codice civile non potendo semplicemente annullare la delibera di costituzione della società in via di autotutela, tranne che nel caso di vizi coevi all’emanazione della delibera stessa. In questi termini, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 maggio 2006, n. 571, su www.giustamm.it.

⁵⁹⁸ D’altro canto, non può trascurarsi che un eccessivo ampliamento del riconoscimento del diritto di recesso, potrebbe in alcuni casi indurre la maggioranza a rinunciare all’adozione della delibera o a ricercare un compromesso con il socio dissenziente, producendo così un effetto analogo all’attribuzione di un potere di veto. Così, V. CALANDRA BONAURA, *Il recesso*, cit., 295.

⁵⁹⁹ Pur se meritoria, la scelta legislativa di ampliare la gamma degli strumenti finanziari a disposizione della società, è apparsa ad alcuni troppo spinta, incauta nella scarsità di punti di riferimento e incerta nel tratteggio dei confini tra i vecchi e nuovi strumenti di finanziamento. M. CIAN, *Gli strumenti finanziari di s.p.a.: pluralità delle fattispecie e coordinamento delle discipline*, *Giur. comm.*, 2005, I, 383.

⁶⁰⁰ Il principio di atipicità degli organi sociali se in una prospettiva “alta” consente l’ampliamento del numero dei modelli anche in relazione alla differenza di contesto in cui

Il mutamento di prospettiva rispetto al sistema precedente è piuttosto evidente⁶⁰¹, con l'affermazione di una visione più schiettamente privatistica in base alla quale i principi di ordine pubblico economico si sono spostati dal piano della predeterminazione delle modalità organizzative e degli strumenti di finanziamento⁶⁰² a quello della tutela dei finanziatori nel controllo della gestione⁶⁰³.

Ancora in tema di indirizzo dell'attività sociale⁶⁰⁴, occorre infine accennare ad un altro istituto tradizionale sul quale però la riforma del 2003 ha inciso in maniera piuttosto significativa.

La sezione III-*bis* del capo V del titolo V del codice civile è infatti dedicata ai patti parasociali, con ciò mettendosi fine anche per le società non quotate⁶⁰⁵ alle discussioni circa l'ammissibilità di tale istituto.

l'impresa opera, in una prospettiva "bassa" consente la flessibilità all'interno di ciascun modello, consentendo la ridefinizione dell'equilibrio di interessi tra maggioranza e minoranza. F. CAFAGGI, *Complementarietà istituzionali*, cit., 14.

⁶⁰¹ Diversamente, si è sostenuto che le concessioni all'autonomia privata nel nuovo sistema sarebbero più apparenti che reali e che anche i benefici che deriverebbero dalla diversa impostazione seguita nella riforma del 2003 sarebbero piuttosto inconsistenti. Ciò perché la mancata indicazione del carattere derogabile o inderogabile delle nuove disposizioni invece che ridurre finirebbe per accentuare il processo di "sclerosi interpretativa", che avrebbe caratterizzato l'ordinamento societario precedentemente vigente, così rendendo di fatto scarsamente inutilizzabili i nuovi istituti introdotti. Così, L. ENRIQUES, *Scelte pubbliche*, cit., 173. Nello stesso senso, S. FORTUNATO, *I principi ispiratori*, cit., 734.

⁶⁰² Anche rispetto al tema del finanziamento, va ricordato che le società a partecipazione pubblica presentano non poche peculiarità rispetto alle ordinarie società per azioni. Intanto, esse beneficiano, com'è ovvio, di un finanziamento pubblico, che pone problematiche proprie, quali quelle relative alla compatibilità tra ordinamento comunitario e finanziamenti pubblici. In proposito, com'è stato opportunamente ricordato, pur se la forma societaria legittimerebbe il ricorso a tutti gli strumenti di finanziamento previsti dal codice civile, la concreta accessibilità dei diversi strumenti finanziari varia sensibilmente in ragione del tipo di società pubblica. Sul punto si rinvia alle considerazioni di M. DUGATO, *Il finanziamento delle società*, cit., 577 e segg.

⁶⁰³ A. GAMBINO, *Spunti di riflessione*, cit., 651.

⁶⁰⁴ Si è scelto di affrontare congiuntamente la disciplina dei patti parasociali e il tema dell'autonomia statutaria, poiché, com'è evidente, quest'ultima consente l'emersione di clausole che nel precedente sistema trovavano spazio proprio in patti parasociali, (ad es. la disciplina di clausole di recesso ulteriori rispetto a quelle legali). Si è detto, in proposito, che la riforma avrebbe consentito la "socializzazione" del parasociale, ossia l'inserimento nello statuto di clausole che in precedenza potevano trovare collocazione solo negli accordi *a latere*. L. ENRIQUES, *Scelte pubbliche*, cit., 183.

⁶⁰⁵ Per le società quotate la disciplina dei patti parasociali rimane quella contenuta agli artt. 122-124 del T.U. sull'intermediazione finanziaria, che individua 5 tipologie di patti parasociali: a) quelli aventi ad oggetto l'esercizio del diritto di voto; b) quelli che istituiscono obblighi di preventiva consultazione per l'esercizio del diritto di voto; c) quelli che pongono limiti al trasferimento delle azioni; d) quelli che prevedono l'acquisto di azioni o strumenti finanziari; e) quelli aventi ad oggetto l'esercizio congiunto di influenza dominante sulla società. Sul tema, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, cit., 68-69.

L'art. 2341 *bis* definisce parasociali⁶⁰⁶, i patti in qualunque forma stipulati al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo societario che: a) abbiano ad oggetto l'esercizio di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; b) che pongano limiti al trasferimento delle relative azioni o partecipazioni in società che le controllano; c) che abbiano per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società⁶⁰⁷.

Dopo aver distinto tre possibili tipologie di patto parasociale⁶⁰⁸, l'art. 2341 *bis* esclude dal proprio ambito di applicazione i patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo⁶⁰⁹.

In pratica, attraverso la stipulazione dei patti parasociali i soci si accordano su come esercitare i propri diritti sociali e decidono se, come e a chi cedere le proprie partecipazioni sociali, per realizzare la stabilizzazione degli assetti societari e del governo della società.

In particolare, con i patti del tipo di quelli richiamati alla lettera a) i soci stabiliscono regole e procedimenti secondo cui si comporteranno in sede di assemblea⁶¹⁰; nei patti richiamati alla lettera b) vanno ricompresi

⁶⁰⁶ Il carattere parasociale dell'accordo stipulato tra alcuni soci sta ad indicare, tra l'altro, come si sa, che essi non conferiscono né diritti né obblighi nei confronti di soci che non vi partecipano né nei confronti della società. Tale criterio distintivo è stato peraltro, criticato, a favore di quello secondo cui sarebbe parasociale tutto ciò che rimane dalle clausole statutarie, anche se i due momenti sarebbero legati da un collegamento negoziale, sarebbero cioè negozi collegati. R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, *Giur. comm.*, 2004, I, 203. Ad ogni modo, ciò che rileva sono le conseguenze che da tale distinzione derivano; così dunque al "sociale" andrà applicata la disciplina di diritto societario, mentre al parasociale si applicherà la disciplina di diritto comune.

⁶⁰⁷ Rispetto a tale tipologia viene espressamente prevista la durata massima di 5 anni per il patto parasociale, anche ove le parti abbiano previsto una durata maggiore. Per le altre ipotesi, l'art. 2341 *bis* dispone invece che, qualora il patto non preveda un termine di durata, ciascun contraente avrà diritto di recedere con un preavviso di 180 giorni. E' evidente, come la predeterminazione della durata dei patti parasociali si giustifichi con ragioni di equilibrio tra l'esigenza di perseguire le finalità per le quali i patti vengono stipulati e quella di non perdere definitivamente la propria libertà di comportamento. Per una critica di tale disposizione si v. invece, L. ENRIQUES, *op. ult. cit.*, 183.

⁶⁰⁸ In realtà, com'è stato osservato, le tipologie indicate all'art. 2341 *bis* non esauriscono le possibili ipotesi di accordi parasociali; circostanza questa, da cui derivano due conseguenze. La prima è che solo alle tipologie espressamente richiamate è applicabile la disciplina introdotta con la riforma del 2003 e la seconda è che sembra rimanere ampio lo spazio dell'autonomia privata nella definizione di aspetti dell'organizzazione societaria per mezzo di accordi "extrasociali" ai quali si applicherà la disciplina di diritto comune. Sul punto, si v. le considerazioni di S. MAZZAMUTO, *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, *Contratto e impresa*, 2004, 1092 e 1101.

⁶⁰⁹ In questo caso, il patto è strumentale alla più ampia finalità commerciale perseguita, propria di tutti i soci, con la conseguenza che non essendovi interessi contrapposti da tutelare tali patti possono avere anche una durata superiore a quella dei 5 anni.

⁶¹⁰ Occorre precisare che il legislatore non ha utilizzato la distinzione seguita dalla dottrina tra patti "obbligatori", (attraverso cui gli aderenti eserciteranno essi stessi il diritto di voto in assemblea, ma non ci sono meccanismi che impediscano che l'aderente al patto violi le regole

tutti i patti tramite i quali venga compressa la libertà degli aderenti di cedere le partecipazioni sociali (sia quelli che implicano un divieto assoluto che quelli semplicemente limitativi); attraverso la tipologia di patti indicati alla lettera c) dell'art. 2341 *bis*, infine, i soci si accordano per esercitare congiuntamente un'influenza dominante sulla società⁶¹¹.

L'art. 2341 *ter* si occupa, poi, del tema della pubblicità dei patti parasociali, prevedendo che nelle società che fanno ricorso a capitale di rischio tali patti siano comunicati alla società e dichiarati in apertura di assemblea e indicando come sanzione per la violazione di tale disposizione l'impugnabilità delle deliberazioni assunte con il voto determinante degli azionisti possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale⁶¹².

Può concludersi, allora, che se nel precedente sistema⁶¹³ i patti parasociali rappresentavano l'unica via per la definizione delle regole in grado di governare la compagine sociale in ipotesi di società partecipate da enti pubblici⁶¹⁴, oggi tale obiettivo può essere alternativamente e, probabilmente più efficacemente, perseguito attraverso lo statuto.

E' singolare che proprio quando i patti parasociali vengono, sia pur relativamente, tipizzati e legittimati nell'ordinamento societario se ne palesi una minore utilizzabilità⁶¹⁵.

dell'accordo) e patti "reali" che, per assicurare il rispetto delle decisioni assunte con l'accordo, istituiscono un meccanismo preventivo, che solitamente consiste nell'instestazione fiduciaria delle azioni ad un terzo al quale viene dato l'ordine di votare in assemblea per tutte le azioni intestategli, in conformità con quanto è stato deciso dagli aderenti al patto parasociale. Sul tema, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, cit., 64.

⁶¹¹ E' stato opportunamente osservato come sia difficile, in concreto, cogliere la distinzione tra tale tipologia di accordi e quella indicata alla lettera a), poiché in entrambi i casi si tratta di accordi destinati a influire sulla volontà assembleare. A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, *Giur. comm.*, 2004, I,10.

⁶¹² Ciò perché in mancanza della dichiarazione dell'esistenza di patti parasociali, i possessori delle azioni cui il patto si riferisce non possono esercitare il diritto di voto in assemblea.

⁶¹³ Sul tema anche L. TESSAROLO, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patti parasociali*, www.dirittodeiserviziubblici.it.

⁶¹⁴ M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 174. E' noto, poi, che l'art. 1, co. 3 della l. n. 474 del 1994 prevede la possibilità di stipulazione di accordi parasociali diretti alla costituzione di un nucleo stabile di azionisti di riferimento e la riserva allo Stato di un potere di gradimento da rilasciarsi alla conclusione di patti o accordi (art. 2, co. 1 lett. b).

⁶¹⁵ In particolare, se si conviene che le convenzioni parasociali sono invalide quando il vincolo in esse previsto è contrario ad inderogabili disposizioni societarie. A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali*, cit., 6. Così, dovrà ritenersi invalido il patto che vincoli l'azionista investito di funzioni gestorie ad eseguire le direttive formulate in sede al sindacato, essendo il relativo vincolo contrario all'attribuzione dell'esclusiva competenza gestoria agli amministrazioni. Così, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., 89-90.

CAPITOLO QUARTO

Interesse “pubblico”, società “private” e strumenti di “controllo”. La convergenza possibile tra ragioni pubbliche e interessi privati.

SOMMARIO: Premessa. Servizi pubblici locali e strumenti societari: arretramento o riorganizzazione dell'amministrazione? – 1. Il “controllo” come strumento di garanzia dell'interesse pubblico nella società per la gestione del servizio. – 2. Controlli “preventivi”: la delibera di costituzione della società ed il controllo sull'atto costitutivo. – 2.1. Il contratto di servizio e la verifica di conformità dell'attività sociale alle esigenze del servizio. – 3. Controlli e procedure di scelta del gestore. – 3.1. L'interesse pubblico “fuori” dall'amministrazione nelle procedure di esternalizzazione del servizio. – 3.2. La scelta del socio privato nell'ipotesi di “cogestione” del servizio per mezzo di società mista. – 3.3. La presunta convergenza tra interesse pubblico e interesse sociale nelle società *in house*. Il controllo “plurale” nelle società a partecipazione pluricomunale. – 4. Il controllo “atipico” degli utenti: la carta dei servizi - 5. I controlli “esterni”: Corte dei Conti e società pubbliche. – 6. I controlli “endosocietari”: la responsabilità degli amministratori secondo il diritto societario. La responsabilità delle persone giuridiche nel d. lgs. n. 231/2001. – 6.1. La “patologia” della relazione interesse pubblico/interesse sociale nella *holding* per la gestione del servizio. La responsabilità da direzione e coordinamento svolta dall'ente nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui. - 7. Un'ipotesi per concludere. L'adeguatezza degli strumenti di controllo sulle società che gestiscono un servizio tra diritto amministrativo e diritto privato.

*Premessa. Servizi pubblici locali e strumenti societari: arretramento o riorganizzazione dell'amministrazione?*⁶¹⁶

Nei capitoli precedenti si è cercato di ricostruire la relazione tra strumenti societari e servizi pubblici locali, secondo i seguenti passaggi.

Si è partiti col ricordare che il ricorso allo strumento societario rappresenta una costante dell'attività di erogazione dei servizi pubblici locali, inizialmente espressione della più generale tendenza degli enti locali alla “sperimentazione”⁶¹⁷ nell'individuazione di più efficienti forme di gestione, poi riconosciuto e regolamentato in via legislativa.

⁶¹⁶ L'espressione viene ripresa dal titolo del già citato saggio di S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 579 e segg.

Successivamente, si è descritta la disciplina delle società di cui sopra, tenendo sullo sfondo le generali questioni che pone la partecipazione pubblica in società per azioni e cercando di sottolineare i tratti di specificità che, tra le altre, rivestono le società pubbliche incaricate della gestione del servizio.

Si sono indicate, infine, le regole predisposte dal diritto societario come strumento privilegiato per il contemperamento tra interesse pubblico e interessi privati, nella convinzione che possa derivarne un più efficiente utilizzo dello strumento societario e, in definitiva, una migliore tutela delle esigenze della collettività in vista delle quali la società viene costituita.

L'idea che qui si sostiene, come si anticipava, è che tra norme di diritto pubblico e regole di diritto privato nella disciplina delle società per la gestione di servizi pubblici, dovrebbe esserci una distinzione di competenze, in base alla quale lasciare alle prime la definizione della fase di regolazione del servizio, della scelta dello strumento di gestione e della selezione del gestore, e alle seconde quella relativa al funzionamento della società stessa.

Si tratterebbe, in altre parole, di distinguere nell'ambito dei c.d. "controlli direzionali"⁶¹⁸ del comune sui servizi pubblici, quelli derivanti dalla sua posizione di utente del servizio (per conto della comunità locale) e quelli ricollegabili alla sua posizione di azionista⁶¹⁹.

Tale conclusione discende, peraltro, da una premessa fondamentale. La generalizzazione dello strumento societario come modello di gestione del servizio non equivale necessariamente ad un arretramento del pubblico da un determinato settore di attività⁶²⁰ e non comporta, di conseguenza, il venir meno delle esigenze di garanzia e

⁶¹⁷ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 369 e segg. D'altra parte, veniva osservato che proprio al livello degli enti locali più efficacemente potevano sperimentarsi le formule di privatizzazione, di mantenimento del pubblico o di adozione di formule miste, perché la misurazione dell'efficienza delle diverse formule e la valutazione degli effetti che provocano sugli interessi coinvolti è più immediatamente avvertibile e sottoposta a controllo popolare. G. ROSSI, *Pubblico e privato*, cit., 251.

⁶¹⁸ Il tema è stato oggetto di una ricerca condotta da E. RONCRONI e C. VACCARI, *Il controllo direzionale del Comune sui servizi pubblici locali, i cui risultati sono stati pubblicati su, Amministrare*, 2003, 5 e segg.

⁶¹⁹ A. VIGNERI, *Il controllo del comune*, cit., 409.

⁶²⁰ Le privatizzazioni sarebbero dunque un fenomeno illusorio, rappresentando solo uno degli aspetti di una complessa mutazione dei pubblici poteri diretta alla riorganizzazione del diritto pubblico. Lo spiega, S. CASSESE, *Le privatizzazioni*, cit., 588-590. Così, allora, osserva M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, *Dir. Amm.*, 2002, 173, "il nuovo panorama non è libero dal pubblico; anzi se è vero che in alcuni casi conduce ad un arretramento del pubblico come attore economico, ne pretende però la pesante intrusione come regolatore e come arbitro". In senso opposto, si v., invece, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000. A proposito dell'era delle privatizzazioni si esprime in termini di "ridimensionamento della presenza pubblica, F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 138. In merito si v. poi S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 e segg.

controllo avvertite dall'ente locale rispetto alle società che gestiscono il servizio.

L'affermazione va precisata. Il doveroso adeguamento ai principi comunitari in materia di concorrenza nell'ambito dei servizi pubblici locali⁶²¹, dovrebbe comportare, come si è visto, la circoscrizione ad ipotesi eccezionali delle ipotesi di affidamento diretto del servizio⁶²², ma non la definitiva rinuncia da parte dell'ente locale ad un ruolo attivo nella fase propriamente di gestione dello stesso⁶²³.

Con ciò si vuol dire che, pur in un sistema orientato alla privatizzazione e alla liberalizzazione dei servizi pubblici, (nella misura in cui tali processi non si siano conclusi), rimane spazio per l'esercizio da parte dell'ente locale di una funzione di gestione, sia pur se nel rispetto della normativa comunitaria in materia di concorrenza⁶²⁴.

Ad ogni modo, anche qualora i processi di liberalizzazione e privatizzazione venissero completati, l'ente locale rimarrebbe in primo luogo titolare, come si è ribadito più volte, della funzione di selezione della domanda del servizio⁶²⁵, da esercitarsi attraverso la programmazione dell'attività da erogare, la definizione dei livelli di qualità, l'individuazione dei costi e così via⁶²⁶.

In proposito, ha senso precisare che la dimensione territoriale non è più in grado di circoscrivere l'esercizio delle competenze amministrative dell'ente locale in materia di servizi e si limita ad individuare, spesso solo in modo parziale, un bacino di utenza⁶²⁷.

⁶²¹ Del resto, nelle stesse sedi comunitarie si è evidenziata l'opportunità di precisare il campo di applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza e chiarire le regole per l'attribuzione dei servizi di interesse generale. Si v. in proposito, la relazione del Parlamento europeo del 14 settembre 2006, n. A6-0275/2006, consultabile su www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶²² In questo contesto, si collocano le considerazioni svolte nel capitolo III, cui si rinvia, a proposito della modalità di affidamento *in house* del servizio, che pur legittima, dovrebbe in ogni caso rispettare limiti rigorosi per non rappresentare un'elusione dei principi concorrenziali.

⁶²³ Esplicitamente, infatti, il Parlamento europeo nella risoluzione sul libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale, del 27 settembre 2006, n. 2006/2101 (INI) (consultabile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it), afferma che il principio di autonomia locale e regionale conferisce alle autorità competenti il diritto di scegliere le migliori modalità per la prestazione di ciascun servizio, tenendo conto dell'interesse pubblico, decidendo dunque se gestire il servizio attraverso una sua unità o se affidarlo a fornitori esterni, con o senza scopo di lucro, esercitando un controllo analogo a quello esercitato sui servizi direttamente erogati.

⁶²⁴ Osserva, in proposito, G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione della nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2002, 27, come il persistere di una dimensione gestoria metterebbe fortemente a rischio il funzionamento del sistema regolativo e la sua indipendenza dal regolato a danno sia della concorrenza che degli utenti.

⁶²⁵ Sul punto, si v. anche le considerazioni di A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., spec. 170-194.

⁶²⁶ In merito, va ricordato che l'art. 117 del Testo Unico attribuisce all'ente locale la funzione di approvare le tariffe dei servizi in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione.

⁶²⁷ G. DI GASPARE, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, *Dir. pubbl.*, 1999, 811.

Più in generale, sarebbe dunque in atto un ridimensionamento del ruolo della “territorialità”⁶²⁸, come elemento distintivo degli enti territoriali, a favore di quelli dell’autonomia, della rappresentanza e della competenza generale⁶²⁹.

L’assunzione da parte dell’ente dell’obbligo di assicurare l’erogazione del servizio potrà invece essere soddisfatta direttamente, attraverso proprie strutture, o attraverso il ricorso a soggetti esterni⁶³⁰.

Ad ogni buon conto, per tornare al punto dal quale siamo partiti, anche in un sistema in cui la società per azioni rappresenta la modalità tipica di organizzazione del servizio (secondo soluzioni diverse in ragione del grado di coinvolgimento dell’ente), rimangono inalterate le esigenze di indirizzo e controllo dell’ente sulla stessa.

La questione è, allora, verificare attraverso quali strumenti l’ente possa continuare ad esercitare la propria funzione di controllo sul servizio e sulla società incaricata della sua gestione.

Un sistema improntato al principio della messa in concorrenza del servizio⁶³¹, che diventa esclusivamente attività economica svolta da imprese private che l’ente “acquista” sul mercato, richiederebbe innanzitutto la costituzione di autorità di regolazione, in grado di esercitare in modo indipendente⁶³² le relative funzioni di regolazione del mercato⁶³³.

Così, in particolare, per cercare di evitare il conflitto di interessi⁶³⁴ che continua invece ad investire l’ente locale, oggi contestualmente

⁶²⁸ In particolare, relativamente all’attività dei pubblici poteri vi sarebbero rapporti sradicati dal territorio, perché appartenenti alla dimensione globale e dell’economia e rapporti legati al territorio per i quali non sembra potersi invocare una presunta crisi del principio di territorialità. G. CUGURRA, *Competenze amministrative e limiti territoriali*, *Dir. Amm.*, 2003, 20-21.

⁶²⁹ M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, cit., 10.

⁶³⁰ In questi termini si esprime il Parlamento europeo nella già richiamata relazione del 14 settembre 2006.

⁶³¹ Anche il già richiamato disegno di riforma dei servizi pubblici locali, pur indicando come principio generale quello dell’affidamento della gestione del servizio con gara, ammette in ipotesi eccezionali sia il ricorso a società miste che il ricorso a società *in house* (art. 2).

⁶³² Il tema dell’indipendenza delle autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità viene affrontato da D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale, Mercato, concorrenza e regole*, 2003, 337 e segg. Più in generale, la questione della riforma delle autorità indipendenti è tema di grande attualità, rispetto al quale il Governo si avvia all’approvazione di un disegno di legge, proprio per la sua evidente correlazione con gli interventi di riforma del settore dei servizi pubblici locali.

⁶³³ D’altra parte, il co. 7 dell’art. 113 in materia di procedure di selezione del gestore espressamente dispone che la gara venga indetta nel rispetto degli *standards* qualitativi, quantitativi, ambientali...definiti dalla competente Autorità di settore o in mancanza dagli enti locali.

⁶³⁴ E’ stato infatti osservato, che a differenza di quanto avvenga nella disciplina dei servizi pubblici nazionali, nel sistema dei servizi pubblici locali, va registrata la significativa assenza, se non in casi rari, di un “distacco effettivo dell’ente affidante rispetto all’affidatario[...] essenziale nel momento in cui l’ente locale si attribuisce il potere di regolazione necessario a creare la cornice entro la quale si sviluppano i rapporti paritari tra gestori e utenti”. F. GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, *Dir. Amm.*, 2005, 356.

regolatore, acquirente del servizio per conto della collettività e non di rado egli stesso gestore⁶³⁵.

E' vero, infatti, che l'attribuzione di funzioni di controllo all'ente locale si rivelerebbe incompatibile con un sistema di servizi davvero "nel mercato"⁶³⁶.

Tuttavia, allo stato, manca, come si è visto nei capitoli precedenti, sia la piena affermazione di un sistema concorrenziale che le condizioni per cui le funzioni di regolazione e controllo possano essere svolte da soggetti terzi.

Ancora. L'affermazione di un sistema nel quale all'ente locale sia riservata una funzione essenzialmente regolativa⁶³⁷ paradossalmente sembra accrescerne la responsabilità di fronte alla collettività di riferimento per il soddisfacimento di certi bisogni al livello considerato adeguato alla stregua di un giudizio politico⁶³⁸.

Si tratta di uno degli effetti più visibili dell'acquisizione di una maggiore consapevolezza da parte dell'utente che "pretende" oggi un servizio di qualità⁶³⁹.

Proprio il passaggio a strumenti privatistici di gestione dei servizi, sul presupposto che in tal modo se ne potesse migliorare la qualità, ha contribuito, infatti, come si dirà, a determinare il rafforzamento di forme di tutela da parte dell'utente⁶⁴⁰.

Se così è, anche in un sistema in cui diventi recessiva la gestione diretta del servizio, l'applicabilità dei principi fondamentali propri dell'"attività amministrativa"⁶⁴¹ di diritto pubblico, lo si è ricordato più volte, non dovrebbe essere messa in discussione⁶⁴².

⁶³⁵ Sul punto, G. DI GASPARE, *I servizi pubblici locali*, cit., 814.

⁶³⁶ Anche in merito alla riforma del 2001, si osservava, come apparisse poco chiara la scelta del legislatore, incerta fra il mantenimento dei servizi nell'alveo degli enti locali e la loro definitiva dismissione a vantaggio del mercato, V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali*, cit., 312.

⁶³⁷ Sull'interpretazione del concetto di regolazione rispetto alla disciplina dei servizi pubblici locali, si v. le considerazioni di G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione*, cit., 25 e segg.

⁶³⁸ In particolare, sul tema del rapporto tra l'idea del radicamento del servizio alla comunità e la responsabilità dell'ente di fronte alla collettività che rappresenta, G. BERTI, *Il principio collaborativo nell'amministrazione locale*, cit., 208.

⁶³⁹ Alla nozione di cittadino "cliente" come concetto di sintesi della nuova filosofia dei rapporti tra amministrazione locale e collettività si richiama, L. VANDELLI, *Il governo locale*, Bologna, 2000, 78-79. In prospettiva, poi, la disponibilità di risorse proprie da parte degli enti locali, in misura progressivamente più significativa dovrebbe attivare forme di controllo dell'amministrazione "dal basso", se il cittadino, in base all'attività degli amministratori locali, sarà infatti chiamato a sostenere direttamente una maggiore o minore contribuzione. In questi termini, M. CAMMELLI, *Riforme amministrative e riforma dei controlli*, in ID., (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d. lgs. 286/1999*, Rimini, 2001, 11.

⁶⁴⁰ Su questo, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., spec. 230-245.

⁶⁴¹ Sull'interpretazione della locuzione, M. S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, *Enc. del dir.*, vol. III, Milano, 1958, 988 e segg.

⁶⁴² D'altra parte, anche la riformulazione dell'art. 1, commi 1 e 1 *ter* della l. 241 del 1990, sembra esprimersi in questo senso, nel momento in cui ammette che o soggetti preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi stabiliti in ordine alla legge dall'attività

Altra cosa sarebbe ammettere che il rispetto dei suddetti principi debba avvenire necessariamente attraverso strumenti pubblicistici⁶⁴³.

La questione rimane complessa, perché sembra scontare la necessità di una scelta di campo tra diritto pubblico e diritto privato⁶⁴⁴, sul presupposto della presunta maggiore idoneità dell'uno o dell'altro a soddisfare le esigenze ritenute prevalenti⁶⁴⁵.

Non si tratta di questo⁶⁴⁶. Il ricorso al diritto privato da parte dell'amministrazione rappresenta, ormai, un dato acquisito⁶⁴⁷, ma non elimina quelle specificità che l'amministrazione continua ad avere rispetto ai soggetti privati.

D'altra parte, l'utilizzo di un diritto privato "speciale" sembra rivelarsi, tra le altre, la soluzione meno auspicabile, nella misura in cui implica la rinuncia alle garanzie e al rigore del diritto pubblico e all'autonomia del diritto privato⁶⁴⁸.

amministrativa. Che sarebbe come dire, le attività amministrative da qualunque soggetto siano esercitate, sono sottoposte ai medesimi principi e devono essere esercitate secondo i medesimi criteri di azione, propri dell'attività amministrativa di diritto pubblico. Così, V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa (bozza di relazione)*, Convegno AIPDA, Palermo, 13 maggio 2005, www.aipda.it.

⁶⁴³ Il punto è, osserva, C. MARZUOLI, *Un diritto non "amministrativo"*, *Dir. pubbl.*, 2006, 147, "se i principi costituzionali possano trovare una migliore attuazione in un sistema in cui: l'Amministrazione (in tutto o in parte) utilizzi poteri e atti di natura privatistica; certi valori (come la legalità e l'imparzialità), siano perseguiti con istituti giuridici non influenti sulla sorte degli atti ma rivolti all'attività e alle condotte (responsabilità e sanzioni)..."

⁶⁴⁴ Precisa G. ROSSI, *Problemi di metodo e di adeguatezza*, Relazione al Convegno, *Interessi pubblici e diritto privato*, cit., 9, che certamente anche gli strumenti e i soggetti di diritto privato possono soddisfare interessi pubblici. Diventa però un problema di adeguatezza; la necessità di verificare il grado di idoneità dei diversi istituti a soddisfare i diversi interessi.

⁶⁴⁵ Il dato principale per il quale diritto privato e diritto pubblico rimangono inevitabilmente distinti, deriva essenzialmente dal disciplinare, il primo, relazioni che riguardano esclusivamente due soggetti e dal consentire, il secondo, l'evidenziazione e la tutela della posizione di terzi. R. BIN, Relazione al Convegno sul tema "L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato", Siena, 13 ottobre 2006.

⁶⁴⁶ Come osserva M. DUGATO, *Diritto privato e tecniche di contaminazione*, Relazione al Convegno, *Interessi pubblici e diritto privato*, cit., 48, non si tratta di distinguere tra strumenti migliori o peggiori, bensì di comprendere la differente vocazione degli strumenti con riferimento alla diversa natura degli interessi da soddisfare.

⁶⁴⁷ Ciò che rimane da chiarire quando si parla di "diritto privato della pubblica amministrazione" è, invece, a quale diritto privato e a quale amministrazione ci si riferisca. Sul tema, F. TRIMARCHI, BANFI, *Il diritto privato*, cit., 661 e segg. Allude, in proposito, all'affermarsi di un orientamento *panprivatistico*, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., 222.

⁶⁴⁸ E' anche possibile immaginare, come fa G. CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, Relazione al Convegno, *Interessi pubblici e diritto privato*, cit., 29, che la progressiva riduzione delle deroghe al regime civilistico comune, soprattutto per effetto del diritto comunitario, comporti il venir meno dell'utilità del ricorso al diritto privato da parte delle amministrazioni, che potrebbe diventare in ipotesi sempre più sporadico.

Che nell'attuale contesto normativo⁶⁴⁹ rimanga, dunque, necessario l'esercizio di controlli sull'attività di erogazione del servizio, indipendentemente dalla veste (privatistica) del gestore, non vuol dire che tali controlli debbano necessariamente essere di tipo pubblicistico.

Anticipando quanto verrà precisato meglio in seguito, l'opportunità che l'ente locale regoli e controlli l'attività svolta dalle società che gestiscono servizi pubblici⁶⁵⁰, non dovrebbe implicare, ad avviso di chi scrive, la sottoposizione delle stesse ad un regime pubblicistico dei controlli, in considerazione della sufficienza e adeguatezza degli strumenti a ciò predisposti dal diritto privato⁶⁵¹.

1. Il "controllo" come strumento di garanzia dell'interesse pubblico nella società per la gestione del servizio.

Il titolo scelto per questo paragrafo richiederebbe tali e tante precisazioni terminologiche, che, senza essere esaustive, rischierebbero di ostacolare la fluidità della trattazione; se ne darà conto volta per volta quando sarà necessario.

Per ragioni di chiarezza espositiva occorre, però, circoscrivere subito gli ambiti della presente indagine, precisando quali argomenti non verranno affrontati e per quali si rinvia a più specifici contributi.

Come si anticipava, verranno individuate nelle pagine che seguono alcune forme di controllo che l'ente svolge nei confronti della società, sul presupposto che esse rimangano indispensabili a garantire la tutela dell'interesse pubblico per il quale la società viene costituita⁶⁵².

⁶⁴⁹ A diverse conclusioni dovrebbe giungersi, probabilmente, in un sistema pienamente liberalizzato, nel quale l'ente locale si limitasse effettivamente a svolgere esclusivamente il ruolo di intermediatore tra il mercato e gli utenti nell'acquisizione di beni e servizi di interesse generale.

⁶⁵⁰ D'altra parte, nella varietà delle ipotesi di disciplina privatistica dell'attività amministrativa, quella dell'organizzazione pubblica che utilizza il diritto privato si distingue dalle altre, perché è pensata per realizzare il passaggio dal "solitario-monistico al plurale-composito", il che pone essenzialmente esigenze di tutela delle garanzie fondamentali. Così, allora, nel rispetto di queste, tutto il resto va lasciato fuori dall'ambito pubblicistico, perché possa rimanere nella sfera dell'autonomia organizzativa "privata". M. CAMMELLI, Relazione al Convegno sul tema, "L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato", Siena, 13 ottobre 2006.

⁶⁵¹ Osserva, M. CAMMELLI, *Riforme amministrative*, cit., 13, con riferimento al tema della responsabilità amministrativa degli amministratori di società pubbliche, che le esigenze di controllo sulle società miste, sarebbero ugualmente soddisfatte senza investire del controllo della Corte dei Conti il rapporto azionista pubblico-altri azionisti, ove tale intervento della Corte si sovrappone irrimediabilmente a quello degli ordinari strumenti societari.

⁶⁵² Com'è stato sottolineato, infatti, la costituzione di una società per la gestione del servizio rappresenta uno dei casi in cui il ricorso da parte dell'amministrazione ad un modello privatistico rischia di comportare non già la fuoriuscita della prima dall'ambito del pubblico,

Più complesso è, però, definire esattamente i contorni della nozione di interesse pubblico cui qui ci si riferisce. Una prima questione riguarda l'esatta delimitazione delle competenze dell'ente locale (regolative, di tutela, proprietarie..) e delle diverse modalità di relazione con la società che gestisce il servizio⁶⁵³.

In proposito, è utile ricordare come nel già richiamato disegno di legge per la delega al Governo per l'attuazione dell'art. 117, comma 2, lett. p) della Costituzione si definiscano come funzioni fondamentali dell'ente locale quelle relative all'individuazione delle attività relative ai servizi pubblici locali, il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare i bisogni primari della collettività locale.

Contemporaneamente, però, si abilita il Governo a stabilire criteri in materia di costituzione e partecipazione dei comuni a società di capitale, al fine di limitarne il ricorso a quelle il cui oggetto sociale sia esclusivamente finalizzato o alla prestazione diretta di servizi a favore dei cittadini ovvero all'erogazione di servizi strumentali all'esercizio delle funzioni dell'ente.

Come si vede, da una parte vi è la volontà di ribadire la generale competenza degli enti locali in materia di servizi pubblici locali, dall'altra si continua ad immaginare una disciplina statale che dovrebbe disciplinare puntualmente la gestione del servizio, indipendentemente dalla circostanza che il mercato sia effettivamente liberalizzato, con il riferimento alle società partecipate dal comune (anche *in house?*). Ne consegue una limitazione non irrilevante dell'autonomia organizzativa degli enti locali⁶⁵⁴.

Ancora irrisolta rimane, lo si è più volte ricordato e anche alla luce dei provvedimenti di riforma attualmente in discussione, la questione della distinzione delle funzioni di regolazione e gestione in capo all'ente locale.

Non meno rilevante, d'altro canto, è valutare se l'interesse pubblico qui considerato possa essere ricondotto unicamente all'ente locale⁶⁵⁵; ricordando che, anche così ragionando, occorrerebbe prendere in

ma un'attenuazione delle garanzie proprie dell'interesse pubblico. Al c.d. "caos delle tutele" allude, S. MAZZAMUTO, *L'escatologia e il caos delle tutele*, Relazione al Convegno, *Interessi pubblici e diritto privato*, cit., 17. Ciò, perché, si è detto, la presenza di un interesse dell'amministrazione nel momento in cui risulta in vario modo intrecciato con quello sociale, pur non cessando di essere pubblico, ha l'effetto di svincolare le decisioni che ad esso si conformano dalle forme e garanzie che debbono di norma essere osservate dal decisore pubblico. Sul punto, F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche*, cit., 595.

⁶⁵³ In proposito si v. anche il § 4 del capitolo terzo.

⁶⁵⁴ Nello stesso senso si potrebbe concludere dall'analisi del già richiamato disegno di legge in materia di riordino dei servizi pubblici locali.

⁶⁵⁵ Torna ancora, in proposito, il tema delle autorità di settore e del ruolo ad esse attribuito di cura di determinati interessi pubblici.

considerazione il tema del rapporto tra enti locali che intervengono sullo stesso territorio⁶⁵⁶.

Sulla questione incidono fattori diversi.

I fenomeni di globalizzazione⁶⁵⁷ dell'economia e apertura dei mercati hanno evidenziato, se guardati con riferimento all'amministrazione locale, due tendenze contrastanti: quella alla "delocalizzazione"⁶⁵⁸ delle attività, da un lato e quella al progressivo rafforzamento dell'autonomia riconosciuta agli enti locali, dall'altro.

Così, infatti, il venir meno dei confini che consegue alla globalizzazione sembra comportare allo stesso tempo un più intenso radicamento sul territorio delle politiche locali.

Ne consegue l'opportunità di riconsiderare la relazione tra l'ente ed il suo territorio, con esiti che variano significativamente in ragione del settore di attività considerato.

Così, dunque, ai fini dell'indagine in esame, ci pare che l'elemento territoriale non sia più in grado di circoscrivere l'ambito "ottimale" di erogazione dell'attività per ragioni diverse. Intanto, il ricorso a società per azioni pone problematiche di gestione dell'impresa che difficilmente possono essere risolte a livello "locale"⁶⁵⁹.

Sotto altra prospettiva, come si è già sottolineato, il territorio dell'ente non identifica esattamente il bacino di utenza dei fruitori reali del servizio⁶⁶⁰, il che impone, lo si diceva, l'utilizzazione di ulteriori criteri di individuazione dell'utenza.

Per tornare alla nozione di controllo qui utilizzata occorre invece precisare che non ci si occuperà del tema dei controlli amministrativi⁶⁶¹ in quanto tale, poiché ciò esulerebbe dalla presente trattazione.

⁶⁵⁶ Il tema viene considerato nella prospettiva delle società a partecipazione pluricomunale al § 4.6.

⁶⁵⁷ Il tema non può essere se non unicamente accennato in questa sede. Si rinvia invece a contributi ad esso dedicati. Tra gli altri si v. U. ALLEGRETTI, *Considerazioni preliminari per uno studio giuridico della mondializzazione*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 505 e segg.; S. CASSESE, *L'ordine giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2001 e ID., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, *Foro Ita.*, 2002, V, 152 e segg.; S. SASSEN *Globalizzati e scontenti. Il destino delle minoranze nel nuovo ordine mondiale*, Milano, 2002; oltre al già citato F. GALGANO, S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TREU, *Nazioni senza ricchezza*.

⁶⁵⁸ Quella della delocalizzazione del mercato, della produzione e delle relazioni sociali primarie è appunto una delle due dinamiche fondamentali (insieme a quella della privatizzazione) che investendo "il pubblico del governo locale", portano a rivedere il rilievo della dimensione spaziale incidendo su uno degli elementi tradizionalmente costitutivi di comuni e province. Così, M. CAMELLI, *Autonomie locali e riforme amministrative: due letture*, Il Mulino, 2000, 321.

⁶⁵⁹ Si può pensare, ad esempio, alle economie di scala che derivano dall'erogazione del servizio su un ambito territoriale più vasto. Il tema viene affrontato da G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, *Foro amm.*, 2002, 1574.

⁶⁶⁰ E' evidente, ad esempio, l'incidenza dei non residenti nel territorio sulle problematiche inerenti all'esercizio dei servizi di trasporto locale.

E' però utile richiamare la questione del rapporto tra riforme amministrative e controlli, per sottolineare come il ricorso a formule "privatistiche" di gestione del servizio abbia imposto anche la riconsiderazione delle problematiche relative alle modalità e agli strumenti del controllo⁶⁶² sotto due profili distinti.

Da un lato, i parametri di valutazione dell'attività amministrativa si sono arricchiti della c.d. "cultura del risultato"⁶⁶³, che quindi si affianca al criterio della stretta legittimità nell'identificazione del modello di un'amministrazione "giusta"⁶⁶⁴.

E' ormai elemento acquisito che lo spostamento delle attività amministrative dai tradizionali compiti di natura provvedimentale a quelli di *welfare* tipici dello stato sociale comporti l'inadeguatezza di una valutazione che si limiti a verificare la legittimità dell'attività amministrativa e non tenga conto di valutazioni di risultato, cioè di efficienza-efficacia ed economicità dei servizi resi ai cittadini⁶⁶⁵.

Sotto altro profilo, proprio l'evoluzione del dato organizzativo⁶⁶⁶ giustificherebbe una riconsiderazione degli strumenti di controllo a disposizione degli enti locali⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ AA. VV., (a cura di) S. CASSESE, *I controlli amministrativi*, Bologna, 1993; U. ALLEGRETTI, *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995; G. BERTI, N. MARZONA, *Controlli amministrativi, Enc. Dir., Agg.*, vol. III, 1999, 457 e segg.; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo II, 2ª ed., 2003, 1343 e segg. (ove ampia bibliografia); M. S. GIANNINI, *Controllo, nozioni e problemi*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1974, 1263 e segg.; M. CAMMELLI, *Considerazioni e ipotesi per un intervento in materia di controlli, Regioni e governo locale*, 1984, 3 e segg.; ID., (a cura di), *Il sistema dei controlli*, cit.; D. SORACE, *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni, Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 2333.

⁶⁶²Sottolinea M. CAMMELLI, *Riforme amministrative e riforma dei controlli*, in ID., (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d. lgs. 286/1999*, Bologna, 2001, 7, "i controlli cambiano non per virtù propria o a causa di proprie dinamiche...ma per il fatto che prima ancora è l'amministrazione, nei suoi obiettivi e nel suo operato, oltre che nella sua organizzazione e nelle sue strutture a conoscere una profonda trasformazione avviata a partire dagli anni '90".

⁶⁶³ L'espressione è di G. D'AURIA, *Mutamenti nel sistema dei controlli*, in *Il sistema dei controlli*, cit., 144. L'opportunità di parametri di valutazione dell'attività amministrativa che tenessero in conto il grado di soddisfazione dell'utente, veniva sottolineata già da M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1982, 728.

⁶⁶⁴Metti nota L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato*, cit., ID., M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003. Al tema dell'amministrazione di risultato è poi dedicata la monografia M. IMMORDINO e A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

⁶⁶⁵ G. D'AURIA, *I controlli*, cit., 1346. Sul concetto di amministrazione di risultato, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato, Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107.

⁶⁶⁶ Più precisamente, com'è stato precisato, sono proprio le riforme incidenti sull'organizzazione e sui modi di operare dell'amministrazione nei confronti del risultato ad incidere più significativamente sul regime dei controlli, M. CAMMELLI, *Riforme amministrative*, cit., 9. Negli stessi termini, B. DENTE, *D. lgs. 286 del 1999 e disciplina dei controlli interni, Il sistema dei controlli*, cit., 39.

⁶⁶⁷In proposito, è utile richiamare l'art. 147 del Testo Unico sugli enti locali, in materia di controlli interni, che prevede che gli enti locali, nell'ambito della loro autonomia normativa ed organizzativa, individuano strumenti e metodologie adeguati...a verificare attraverso il controllo di gestione, l'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di

Più in generale, la tendenza degli anni scorsi all'espansione di moduli "misti", nei quali istituti e regole di diritto pubblico e di diritto privato convivono ed interagiscono, ha reso sempre più difficile o almeno bisognosa di continui aggiustamenti, la regolazione di confini e territori⁶⁶⁸, dalla quale non sembra rimanere esclusa la materia dei controlli.

Le considerazioni che verranno svolte nelle pagine seguenti muovono da una constatazione generale. La questione degli strumenti di controllo⁶⁶⁹ delle società a partecipazione pubblica, per la tutela delle finalità (pubbliche) per le quali le società vengono costituite non si pone solo sotto il profilo "interno" del funzionamento di tali società (sul quale ci si è soffermati nel capitolo terzo), ma anche sotto quello "esterno", preliminare alla costituzione di tali società o successivo e relativo alla valutazione delle attività da esse svolte.

Nella prospettiva indicata le società a partecipazione pubblica risentono, evidentemente, della loro natura "mista" di organismo privato che però svolge attività di rilievo generale. Perché, se la natura pubblicistica dell'attività legittima l'esercizio di un controllo da parte dell'amministrazione che le costituisce, la loro forma privatistica ne impone la differenziazione dalle strutture propriamente amministrative⁶⁷⁰.

Schematicamente, sembrano due in questo quadro le alternative percorribili; immaginare che trattandosi in ogni caso di attività "funzionalizzata"⁶⁷¹, siano utilizzabili i controlli di tipo pubblicistico, anche qualora l'amministrazione agisca attraverso moduli di diritto privato; ritenere, invece, che avendo il gestore del servizio veste privatistica, in qualche modo dovrebbero variare anche le modalità

ottimizzare...il rapporto tra costi e risultati. Aggiunge poi il comma 3 che l'organizzazione dei controlli è effettuata dagli enti locali, anche in deroga agli altri principi di cui all'art. 1, co. 2 del d. lgs. n. 286 del 30 luglio 1999. Si tratta di una disposizione che nell'estendere agli enti locali l'applicazione dei principi generali in materia di controlli interni (di regolarità contabile, di gestione, strategico e relativo alla responsabilità dirigenziale), precisa, tuttavia che quanto all'*organizzazione* gli enti locali possono decidere di organizzare il proprio sistema di controlli, anche derogando ad altri principi dettati dalla disciplina generale in materia di controlli.

⁶⁶⁸ Sono parole di L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 10.

⁶⁶⁹ D'altra parte, è stata richiamata l'essenzialità del controllo rispetto al regime del servizio pubblico, poiché esso consentirebbe all'autorità pubblica competente di garantire che il servizio pubblico risponda in pieno a ciò che essa ha deciso nell'esercizio del suo potere organizzativo o conformativo. E' l'opinione di G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, cit., 336.

⁶⁷⁰ D'altra parte, se lo svolgimento di attività amministrativa deve avvenire ad opera di soggetti "privati" ad essi dovrà applicarsi la disciplina privatistica. Ove ciò non fosse possibile, perché in contrasto a disposizioni costituzionali o perché non corrispondente alla reale volontà del legislatore, sarebbe meglio che l'organizzazione a ciò deputata conservasse la sua originaria qualificazione (pubblicistica). Di questo avviso, V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato*, cit., 14.

⁶⁷¹ Sul tema si v., in particolare, per le due concezioni tradizionali, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 7 e F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118.

attraverso le quali l'attività da esso svolta verrà valutata dall'amministrazione.

Ancora una volta si ripropongono, dunque, sotto altra prospettiva, le tradizionali problematiche relative alla disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica incaricate della gestione del servizio.

Può ribadirsi, allora, anche alla luce delle considerazioni svolte in particolare nel capitolo II che, premessa una generale riconducibilità delle società a partecipazione pubblica al regime codicistico, non ha senso decidere aprioristicamente se tali società debbano andare soggette ad un determinato regime in ragione della "natura" che ad esse venga di volta in volta attribuita.

Probabilmente più utile, verificare se l'applicazione di una determinata disciplina (pubblicistica) sia indispensabile al raggiungimento di un determinato scopo; eventualmente optando per alternative diverse (privatistiche), che si rivelassero idonee ad ottenere i medesimi risultati.

La questione verrà affrontata, a conclusione di questo capitolo, con particolare riferimento alla responsabilità (amministrativa) degli amministratori di società per la gestione del servizio pubblico, oggetto, di recente, dell'attenzione della dottrina e soprattutto di molteplici pronunce giurisprudenziali, per valutare in che termini essa si riveli indispensabile al perseguimento dell'interesse pubblico per il quale le società vengono costituite.

Prima di farlo, però, e se le cose stanno nei termini che si sono detti, è forse il caso di ricordare che la realizzazione dell'interesse pubblico⁶⁷² alla soddisfazione delle esigenze della collettività di riferimento, passa oltre che per il momento dell'erogazione in senso stretto dell'attività anche per le già richiamate fasi di pianificazione e programmazione del servizio⁶⁷³, che verranno valutate appunto come forme di controllo dell'ente sull'attività di prestazione del servizio.

Pertanto ci si occuperà, di seguito, delle diverse manifestazioni del controllo dell'ente sulla società. Da precisare, in proposito, che molteplici sono le classificazioni possibili delle forme di controllo che verranno descritte nelle pagine seguenti.

⁶⁷² Non va trascurato che l'incontro tra diritto privato e amministrazione pubblica pone la questione della ridefinizione del concetto di interesse pubblico. Così, in particolare, diventa insufficiente la nozione soggettiva di interesse pubblico, espressa nella formula secondo cui interesse pubblico sarebbe quello affidato alla cura della pubblica amministrazione. Su questo, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 21 e segg. Ma sulle difficoltà di individuare una categoria generale di interesse pubblico, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, 109 e segg. Sul tema si v. poi D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, *Foro italiano*, 1988.

⁶⁷³ Com'è stato precisato, infatti, pur essendo più visibile il rapporto tra interesse pubblico e servizio nel momento dell'erogazione dell'attività, anche le altre fasi che si sono richiamate rimangono rilevanti per la sua realizzazione. D. SORACE, *Servizi pubblici*, cit., 409.

In primo luogo, è opportuno distinguere i controlli preliminari allo svolgimento del servizio (delibera di costituzione, contratto di servizio), da quelli contestuali alla costituzione della società (procedure di gara per la scelta del gestore) e da quelli successivi e dunque di verifica *ex post* della rispondenza dei risultati ottenuti agli obiettivi predefiniti.

Sotto questa prospettiva particolare interesse presentano gli istituti volti a verificare la sussistenza di una responsabilità degli amministratori della società.

Oltre che di quello “temporale” occorre tener conto di altri parametri tradizionalmente utilizzati per distinguere l’esercizio della funzione di controllo; quello relativo al soggetto che ne è incaricato, ad esempio.

Così, in particolare, i controlli della Corte dei Conti sono evidentemente controlli “esterni” alla società, a differenza di quelli “endosocietari”, esercitati da organi interni alla società per valutare, in particolare, la condotta degli amministratori.

Non va trascurato, infine, che occorre distinguere controlli di tipo pubblicistico (perché disciplinati dal diritto pubblico) e privatistico (disciplinati dal diritto societario) e che vi sono alcune modalità di controllo che potremmo definire “atipiche” (così, ad esempio, quella svolta dagli utenti attraverso la carta di servizi).

Il quadro che verrà delineato risulterà, lo si vede bene, assai poco sistematico, ma riflette chiaramente la costante sovrapposizione tra pubblico e privato che caratterizza l’istituto delle società per la gestione dei servizi pubblici locali.

2. Controlli “preventivi”: la delibera di costituzione⁶⁷⁴ della società e il controllo sull’atto costitutivo.

Il primo strumento di controllo dell’ente nei confronti della società incaricata della gestione del servizio è quello della delibera di costituzione⁶⁷⁵.

Attraverso tale atto l’ente locale compie un’operazione preliminare che presenta un’indubbia natura complessa. Essa esprime, infatti, la scelta dell’ente per un determinato modulo gestionale, ma rappresenta

⁶⁷⁴ La diversa ipotesi della partecipazione a società già costituite pone invece problematiche differenti essenzialmente relative alla compatibilità tra la società partecipata e la fattispecie normativa. Sul tema, M. DUGATO, *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 154 e segg.

⁶⁷⁵ Sul tema, si. v. le considerazioni di M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, *Riv. trim. app.*, 1996, 253.

allo stesso tempo il primo momento della procedura finalizzata alla stipulazione del contratto di società⁶⁷⁶.

La delibera di costituzione si colloca pienamente nel sistema dei contratti amministrativi⁶⁷⁷, poiché esprime il principio per il quale l'interesse pubblico sta sempre a monte del contratto e ne rappresenta il fine⁶⁷⁸.

Essa comporta, d'altro canto, una sensibile deviazione dal procedimento ordinario di costituzione della società descritto dal codice civile⁶⁷⁹.

In ragione della sua importanza⁶⁸⁰ è atto di competenza del consiglio comunale⁶⁸¹, competente a deliberare in generale in materia di organizzazione di servizi pubblici⁶⁸².

La delibera di costituzione è atto indispensabile per la legittimità dell'azione dell'ente locale, che sembra però integrare un'ipotesi di controllo anche, indirettamente, della società che esso costituisce.

In altri termini, l'atto in questione consente di valutare in primo luogo la razionalità della scelta dell'ente, che rimane sindacabile dal giudice proprio perché esplicitata in un atto amministrativo⁶⁸³. Lo

⁶⁷⁶ E' infatti nella delibera di costituzione che esplicitandosi le condizioni generali del servizio e descrivendosene le caratteristiche essenziali, vengono individuati i criteri sulla base dei quali verrà scelto il socio privato.

⁶⁷⁷ Come osserva M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, cit., 995, ogni azione negoziale dell'amministrazione è doppiata da un'azione amministrativa, che precede e chiude il complesso di attività. Onde si richiede una formale deliberazione di negoziare sovente accompagnata da un atto di controllo, al quale segue il procedimento di scelta della controparte. D'altra parte, esplicitamente l'art. 192 del Testo Unico prevede che in generale la stipulazione dei contratti sia preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento indicante:

- a) il fine che con il contratto si intende perseguire;
- b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali;
- c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.

⁶⁷⁸ G. CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, cit., 25.

⁶⁷⁹ Tuttavia, osserva la giurisprudenza, l'annullamento della delibera di costituzione opera entro i limiti di cui all'art. 2332 c.c., con la conseguenza che la società costituita in seguito all'annullamento non può essere considerata come soggetto giuridico inesistente, Tar Campania, Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, www.giustamm.it.

⁶⁸⁰ Ne sottolineava l'importanza come momento nel quale si concentravano tutte le esigenze di legalità-indirizzo e legalità-garanzia, M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, cit., 50.

⁶⁸¹ In proposito può citarsi la già ricordata pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2005, n. 832, secondo cui sarebbero illegittime le modifiche dello statuto comunale che assegnano alla giunta competenze in merito alla partecipazione dell'ente locale a società di capitali.

⁶⁸² Cfr., l'art. 42 del Testo Unico.

⁶⁸³ Così, ad esempio, il giudice amministrativo può verificare la compatibilità tra l'oggetto in vista del quale la società viene costituita e i successivi affidamenti del servizio ad essa diretti, proprio attraverso la comparazione tra delibera di costituzione della società e delibere di affidamento del servizio. E' il caso della pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, www.giustamm.it, nella quale si afferma che le delibere di affidamento del

dimostra chiaramente il suo contenuto⁶⁸⁴, relativo alla descrizione del servizio da erogare, dei costi da sostenere, delle eventuali carenze della precedente gestione, degli obiettivi cui si tende e in generale alle problematiche che la gestione incontrerà; elementi dai quali dovrà emergere la razionalità della scelta compiuta dall'ente rispetto alle esigenze da soddisfare⁶⁸⁵.

D'altro canto, però, la delibera di costituzione rappresenta anche uno strumento di indirizzo della società stessa, nella misura in cui predetermina le condizioni di gestione del servizio (*standards*, tariffe) e, in definitiva, quello che sarà l'oggetto dell'atto costitutivo⁶⁸⁶.

La fase di controllo che si è definita preventiva, prevede poi l'ulteriore passaggio del controllo da parte del pubblico ufficiale (oggi un notaio)⁶⁸⁷, chiamato a rogare in forma pubblica l'atto costitutivo, a condizione che le clausole concretamente indicate dai soci (maggioranze assembleari, nomina degli amministratori..) si rivelino conformi allo statuto legale della tipologia prescelta.

Solo all'esito positivo della verifica, il notaio potrà depositare l'atto costitutivo nel registro delle imprese.

Rispetto al precedente giudizio di omologazione la dottrina⁶⁸⁸ si era interrogata sulla possibilità che il giudice ordinario potesse valutare anche

servizio non possono essere considerate semplici atti esecutivi della precedente delibera di costituzione della società.

⁶⁸⁴ Occorrerà distinguere, in proposito, il contenuto indefettibile della delibera di costituzione ai fini della legittimità dell'atto e relativo all'esplicitazione dei presupposti che giustificano il ricorso ad una particolare formula societaria, dal contenuto più ampio articolato che la delibera potrà eventualmente assumere. E' stato osservato, peraltro, come sarebbe forse più opportuna l'adozione di delibere dal contenuto meno articolato, M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 247.

⁶⁸⁵ L'opzione per un particolare modello di gestione, pur rientrando nella discrezionalità tipica dell'ente locale, richiedeva una giustificazione in ordine al verificarsi delle condizioni richieste a tal fine dalla legge. Così, nella versione dell'art. 113 del Testo Unico sugli enti locali precedente alle riforme degli anni scorsi il ricorso alla società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale era consentito qualora fosse opportuna in relazione alla natura, all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati. Nell'attuale formulazione dell'art. 113 del Testo Unico non vi è una distinzione tra i vari modelli di gestione sulla base di elementi relativi al servizio da gestire, ma è plausibile che rispetto alla situazione attuale la delibera di costituzione valga comunque a giustificare il ricorso ad una delle diverse forme societarie, in ragione della sussistenza dei presupposti richiesti dal legislatore (così ad esempio rispetto all'esistenza del requisito del controllo analogo, rispetto all'ipotesi delle società *in house*). L'impostazione tradizionale viene seguita nella formulazione dell'art. 2 del disegno di legge 20 luglio 2006 di riforma dei servizi pubblici locali, che nel precisare che l'affidamento delle gestioni dovrà avvenire mediante procedure competitive, consente *eccezionalmente* l'affidamento a società a capitale interamente pubblico (ove sussistano i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento *in house*) e l'affidamento a società mista (ove ciò sia reso necessario da particolari situazioni di mercato). Sempre nell'art. 2 viene poi espressamente affermato che l'ente locale debba *adeguatamente motivare* le ragioni che impongono di ricorrere alle ipotesi diverse da quelle dell'affidamento con gara.

⁶⁸⁶ M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 68.

⁶⁸⁷ Come si sa, prima della legge n. 340 del 2000 tale controllo era esercitato dal giudice ordinario attraverso il processo di omologazione della società.

la scelta organizzativa dell'ente, esprimendosi in senso negativo, anche in base alla considerazione che tale scelta fosse già oggetto di un controllo di tipo "amministrativo" attraverso la delibera di costituzione della società.

Tali considerazioni sembrano rimanere valide a maggior ragione alla luce del superamento del processo di omologazione a favore del trasferimento delle relative competenze al notaio. Circostanza questa che evidenzia la volontà di semplificazione del procedimento di controllo, con la quale contrasterebbe un controllo tanto invasivo, da implicare un sindacato sulla scelta organizzativa dell'ente locale.

Così, peraltro, pur nel vigore della parte dell'art. 2329, che richiede ai fini della costituzione della società, la sussistenza delle autorizzazioni e le altre condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione delle società, in relazione al suo particolare oggetto. Disposizione, quella richiamata, che aveva rappresentato il principale elemento dal quale la giurisprudenza⁶⁸⁹ faceva discendere il più incisivo ruolo del giudice nell'ambito del giudizio di omologazione.

Pur se, come si è detto, tale processo non sembra presentare, formalmente, caratteristiche peculiari nel caso in cui investa società a partecipazione pubblica (essendo limitato alla considerazione dell'atto costitutivo e delle sue modifiche), ciò nondimeno esso presenta implicazioni teoriche interessanti.

In particolare, l'esito negativo del controllo sull'atto costitutivo, impedendo l'iscrizione della società nel registro delle imprese, finirebbe per paralizzare anche l'azione dell'ente locale, che si vedrebbe costretto o a modificare l'atto costitutivo della società o ad optare per una diversa soluzione gestionale.

2.1. Il contratto di servizio e la verifica di conformità dell'attività sociale alle esigenze del servizio.

Nell'ambito degli strumenti di controllo dei quali l'ente locale dispone rispetto alle società incaricate della gestione di servizi pubblici particolare attenzione merita il contratto di servizio.

La sua centralità nell'attuale sistema dei servizi pubblici locali può essere giustificata guardando a due profili essenziali. Intanto, il contratto di servizio rappresenta il principale strumento attraverso il quale l'ente può regolare lo svolgimento del servizio, definendo quali prestazioni e a quali condizioni la società dovrà erogare.

⁶⁸⁸ Si rinvia in proposito alle considerazioni di M. CAMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 252-255.

⁶⁸⁹ Tra le altre, App. Milano, 24 giugno 1995, *Le Società*, 1996, 48 e segg., con nota di G. CABRAS.

Con specifico riguardo all'impostazione che qui si segue e sia pur con le precisazioni che vedremo, il contratto di servizio è una forma di controllo che ritorna qualunque sia la modalità di gestione per la quale l'ente ha optato.

In altre parole, a prescindere dalla scelta di erogare il servizio attraverso una struttura interna o invece esternalizzando l'attività, l'ente locale può "condizionare" la società regolando i propri rapporti con essa per mezzo del contratto di servizio.

Prima però di delinearne il contenuto è forse utile precisarne l'origine. Come si sa, il regolamento CEE n. 1893/1991⁶⁹⁰, nel vietare le disparità derivanti dall'imposizione alle imprese di trasporto⁶⁹¹, da parte degli Stati membri, di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico che potessero falsare in misura sostanziale le condizioni di concorrenza, legittimava le autorità competenti a concludere contratti di servizio pubblico con le imprese di trasporto, al fine di garantire servizi sufficienti, tenendo conto dei fattori sociali, ambientali e di assetto del territorio o per offrire particolari condizioni tariffarie a favore di determinate categorie di passeggeri.

Dall'ambito comunitario il contratto di servizio è diventato oggetto di regolamentazione anche in ambito nazionale in alcune normative di settore⁶⁹² e a livello di normativa generale per quanto riguarda la disciplina dei servizi pubblici locali.

La diffusione dello strumento in questione risponde, dunque, all'esigenza delle amministrazioni di assicurarsi la gestione dei servizi da parte di soggetti privati a determinate condizioni e secondo particolari modalità.

Così, allora, proprio in corrispondenza dell'avvio delle procedure di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici diventava indispensabile per l'amministrazione uno strumento attraverso il quale poter imporre, sia pur attraverso in forma negoziale, la propria volontà nei confronti dei gestori privati.

⁶⁹⁰ Regolamento CEE del 20 giugno 1991, n. 1893, che modifica il regolamento CEE, n. 1191/1969, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, GUCE, 29 giugno 1991, L. 169.

⁶⁹¹ Con il regolamento CEE n. 3577/1992 di liberalizzazione dei trasporti marittimi si è utilizzata la figura del contratto di servizio pubblico anche per la fornitura di servizi di cabotaggio, alle compagnie di navigazione che partecipano ai servizi da, tra e verso le isole.

⁶⁹² Si possono ricordare in proposito, la legge n. 538/1993 in materia di trasporto ferroviario, di gas naturale (v. art. 14 d.lgs. n. 164 del 2000), di trasporto pubblico locale (artt. 17 e 19 del d.lgs. n. 422/1997) e servizio pubblico radiotelevisivo. Su tale ultimo aspetto, si rinvia alle considerazioni di C. MARZUOLI, *Il contratto di servizio in materia radiotelevisiva: un contratto autentico?, Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2000, 749 e segg. E' stato osservato, peraltro, che l'impiego di uno strumento di regolazione (privatistico), quale il contratto di servizio apparirebbe la migliore garanzia per la parità effettiva tra imprese pubbliche e imprese private. A PERICU, *Il diritto comunitario*, cit., 177.

Sotto altra prospettiva, l'affermazione del contratto come principale strumento di regolazione del servizio, sembra collocarsi nella tendenza che vede l'amministrazione prediligere la modalità convenzionale a quella unilaterale di disciplina della gestione del servizio⁶⁹³.

Rispetto alla normativa generale in materia di servizi pubblici locali, il primo riferimento al contratto di servizio è quello contenuto all'art. 114 del Testo Unico sugli enti locali⁶⁹⁴, che nell'attribuire all'ente locale la competenza all'approvazione degli atti fondamentali dell'azienda, individua tra essi anche il piano-programma comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale.

In considerazione dei molteplici interventi di riforma del settore dei servizi pubblici locali e della generalizzazione della modalità societaria di gestione del servizio il contratto di servizio ha assunto, peraltro, progressivo rilievo⁶⁹⁵.

In termini generali⁶⁹⁶, l'art. 113, co. 11 dispone che i rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio.... che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti.

Dalla formulazione della disposizione richiamata pare potersi ricavare una valorizzazione del ruolo del contratto di servizio da parte del nostro legislatore che ne fa lo strumento di disciplina privilegiato dei rapporti tra amministrazione e gestore; in tal modo anche ampliandone il contenuto rispetto alle disposizioni del diritto comunitario⁶⁹⁷, nel quale,

⁶⁹³ Tendenza oggi esplicitamente riconosciuta dalla normativa generale in materia di procedimento amministrativo (v. art. 1° Part. 1-*bis* della legge 241 del 1990, che afferma che "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente").

⁶⁹⁴ In realtà, com'è noto, nell'art. 114 era confluito l'art. 23, co. 6 della legge n. 142 del 1990, in base al quale l'ente locale era deputato ad approvare gli atti fondamentali dell'azienda speciale, tra i quali l'art. 4, co. 4 del d. l. 26/1995 convertito in l. 95/1995 includeva un piano-programma a sua volta inclusivo di un contratto di servizio con la funzione di disciplinare i rapporti tra l'ente e l'azienda speciale.

⁶⁹⁵ M. CAPANTINI, *Contratto di servizio*, cit., 807.

⁶⁹⁶ Va ricordato, che prima della pronuncia della Corte costituzionale n. 272 del 2004, anche rispetto ai servizi privi di rilevanza economica il comma 5 dell'art. 113 *bis* riservava al contratto di servizio la funzione di regolare i rapporti tra ente locale e soggetti erogatori del servizio. La stessa pronuncia ha abrogato, come si sa, anche il comma 7 dell'art. 113, secondo il quale gli elementi alla base della gara per la scelta del gestore dovevano far parte del contratto di servizio. Ciò, peraltro, senza che la pronuncia debba inciso negativamente sul contenuto del contratto di servizio, dal momento che ciò che la Consulta voleva colpire era l'invasione da parte del legislatore della competenza regionale in materia di definizione delle procedure di gara e non dunque direttamente il contenuto del contratto di servizio.

⁶⁹⁷ Ad alcuni, è parso di poter individuare nel contratto di servizio e negli obblighi di servizio due percorsi alternativi a disposizione dell'amministrazione per assicurare l'erogazione delle prestazioni nel rispetto della concorrenza, M. MAZZMUTO, *Il trasporto locale di linea e gli obblighi di servizio*, in A. BRANCASI, (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto*, cit., 215-222.

come si è ricordato, nasce per l'individuazione degli obblighi di servizio pubblico.

In proposito, occorre però precisare, che se da un lato la molteplicità delle ipotesi di gestione societaria del servizio ne fa uno strumento sempre più ricorrente, d'altra parte, in alcuni casi le sue caratteristiche variano in maniera significativa, tanto da porne in dubbio la stessa natura di strumento di "regolazione contrattualizzata"⁶⁹⁸.

Così è, in particolare, nelle ipotesi (generalì?) in cui il servizio venga affidato tramite gara, per le quali l'art. 113 al comma 11 prevede che i contratti di servizio siano allegati ai capitolati di gara.

Si tratta di una disposizione importante, che impone di sottolineare⁶⁹⁹ come venga in qualche modo sovvertito "l'ordine naturale delle cose", poiché più coerente sarebbe prima individuare il gestore poi definire, bilateralmente, il contenuto del contratto⁷⁰⁰.

D'altra parte, si potrebbe aggiungere che nell'ipotesi di gestione del servizio tramite società *in house*, sembra piuttosto difficile individuare un soggetto gestore effettivamente distinto dall'amministrazione. L'incompatibilità del contratto di servizio con il rapporto *in house* ne metterebbe in crisi, come è stato sostenuto⁷⁰¹, la validità o addirittura l'esistenza.

Va richiamata, in conclusione, la difficoltà che la diffusione di contratti di servizio, (anche oltre i limiti che nel diritto comunitario ad essi erano connaturati)⁷⁰², ha determinato rispetto alla qualificazione dell'istituto⁷⁰³.

Come sempre a fronteggiarsi sono un'impostazione civilista, che lo vorrebbe accordo interamente privatistico (contratto a favore di terzi o contratto con prestazioni a favore di terzi)⁷⁰⁴ ed una pubblicista, che lo inquadrerebbe, invece, nell'ambito degli accordi sostitutivi di procedimento *ex art. 11 della l. 241 del 1990*⁷⁰⁵ o nelle concessioni-

⁶⁹⁸ L'espressione viene riferita da M. CAPANTINI, *op.ult. cit.*, 808.

⁶⁹⁹ L'osservazione è di B. SPADONI, *Regolazione dei rapporti tra enti locali e imprese affidatarie dei servizi pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁷⁰⁰ Non va trascurato, d'altra parte, come sia possibile che alla definizione dei contenuti dei contratti di servizio provvedano le stesse società nel caso in cui si tratti di realtà imprenditoriali di dimensioni significative, che gestiscano servizi per conto di piccoli comuni.

⁷⁰¹ M. CAPANTINI, *op.ult. cit.*, 819.

⁷⁰² Sul contratto di servizio tra diritto comunitario e normativa nazionale, M. LOTTINI, *Il contratto di servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, *Riv. quad. pubbl. Serv.*, 2002, 53 e segg.

⁷⁰³ In proposito, osserva M. DUGATO, *Diritto privato e tecniche di contaminazione*, cit., 49, che si tratterebbe di atti che per un verso inciderebbero sui diritti di terzi che non hanno avuto alcuna parte nel contratto, per l'altro contengono addirittura disposizioni (sul traffico, la circolazione..), che potrebbero qualificarsi come vere e proprie norme giuridiche.

⁷⁰⁴ In questo senso, M. CAMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 221; A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., 452 e segg.; S. TORRICELLI, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. BRANCASI, (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre*, cit., 94.

contratto⁷⁰⁶, con evidenti conseguenze in ordine sia agli effetti (nell'ipotesi di recesso dell'amministrazione e in generale sotto il profilo della tutela degli utenti)⁷⁰⁷, che all'individuazione del giudice competente per le controversie che dovessero derivarne.

In proposito, può osservarsi che, per quanto il contratto di servizio si collochi in procedimento complesso di matrice pubblicistica⁷⁰⁸ finalizzato all'organizzazione del servizio da erogare, tuttavia, le sue prescrizioni sembrano limitarsi all'esecuzione di decisioni già prese dall'ente locale⁷⁰⁹.

Sembra confermarlo anche la prescrizione, sopra richiamata, che prevede che il contratto di servizio sia allegato ai capitoli di gara posti alla base della procedura della scelta del gestore.

E' evidente, infatti, che nei casi in cui il contenuto del contratto venga predisposto unilateralmente dall'amministrazione (anche perché in un momento anticipato rispetto a quello della scelta del gestore), sarebbe difficile valutarlo come atto autonomamente rilevante nella fase di organizzazione del servizio.

3. Controlli e procedure di scelta del gestore.

Nel quadro degli strumenti di controllo dell'ente locale sull'erogazione del servizio, considerazione particolare meritano le procedure di scelta della società incaricata della gestione.

⁷⁰⁵ Tra gli altri, F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, 295-302 e A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Diritto dei trasporti*, 1998, 613 e segg. Dello stesso avviso, G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 164.

⁷⁰⁶ Osserva F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, cit., 965, che il contratto di servizio è modalità di organizzazione di un servizio pubblico e, per questo aspetto, il rapporto che si stabilisce tra l'amministrazione competente per l'apprestamento del servizio e l'impresa che assume l'incarico di produrlo non è diverso da quello che si costituisce per effetto di una concessione.

⁷⁰⁷ In proposito, può richiamarsi la distinzione tra modelli pubblicistici e privatistici di amministrazione in base alla quale i primi darebbero luogo ad una relazione trilaterale (amministrazione, privato e terzo) e i secondi ad una relazione bilaterale, con la conseguenza che la qualificazione del contratto di servizio in senso privatistico comporterebbe l'irrilevanza quanto meno formale dell'utente tra i destinatari degli effetti del contratto. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 250.

⁷⁰⁸ Ciò è testimoniato anche dal diverso grado di incidenza che la legge esplica sul contratto di servizio rispetto a quanto avvenga nei comuni rapporti contrattuali. F. GOGGIAMANI, *Contratti di pubblico servizio e contratti tra privati a confronto*, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2001, 41.

⁷⁰⁹ Dall'ente locale o dalle autorità deputate dalla legge alla definizione di *standards* e più in generale di attività di regolazione e controllo. Sul punto, G. NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione*, cit., 31.

Se, in generale, l'obbligo della gara per la scelta del contraente caratterizza il sistema dei contratti amministrativi, nel caso in esame esso non solo assolve alla funzione di garantire i principi di imparzialità della pubblica amministrazione e parità tra gli operatori ma anche ad una funzione *latu sensu* di controllo.

La procedura di scelta del gestore consente, infatti, all'amministrazione di individuare il soggetto che teoricamente garantisce le migliori condizioni di erogazione dell'attività, nel rispetto di quel principio di qualità del servizio al quale ci si è richiamati.

D'altra parte, l'effettività delle ragioni dell'utenza si gioca principalmente sulla qualità della scelta organizzativa compiuta e non solo nel momento in cui l'ente locale individua una modalità organizzativa tra quelle disponibili (società *in house*, esternalizzazione o società mista), ma anche quando seleziona tra i diversi concorrenti il soggetto a cui esternalizzare l'attività o con cui condividere la gestione.

Per questo, verranno richiamate le disposizioni che si occupano delle procedure selettive rispetto alle diverse modalità di gestione del servizio, tenendo distinte rispettivamente l'ipotesi dell'esternalizzazione da quella dell'affidamento del servizio a società mista.

Un'ipotesi distinta è quella nella quale la modalità di gestione prescelta dall'ente sia quella della società *in house*. In questo caso, evidentemente, non si fa luogo a gara poiché vi è un'immediata esternalizzazione, sia pur filtrata dalla società, tra l'ente ed il gestore del servizio e la questione della tutela dell'interesse pubblico va declinata diversamente. L'idea dalla quale si parte è che vi sia una sorta di coincidenza tra l'interesse dell'ente e quello perseguito dalla società (a partecipazione integralmente pubblica). Rinviando al capitolo precedente per ciò che riguarda le problematiche e i requisiti di ammissibilità dell'*in house*, verrà qui considerata l'ipotesi in cui la società sia partecipata da una pluralità di enti per valutare se ed in che misura possa continuare a parlarsi di convergenza tra interesse pubblico ed interesse sociale.

3.1. *L'interesse pubblico "fuori" dall'amministrazione nelle procedure di esternalizzazione.*

Prima di procedere oltre, è appena il caso di ricordare che il modello di concorrenza per l'erogazione del servizio prefigurato dal legislatore del 2001, rappresentava un più timido tentativo di liberalizzazione del settore, quanto meno rispetto a ciò che sarebbe stato

possibile fare e pure era stato prospettato⁷¹⁰, nella misura in cui si limitava a definire le condizioni attraverso cui tutti gli operatori potevano accedere alla gestione del servizio, optando per un sistema di concorrenza c.d. *per* il mercato.

Con il già richiamato intervento di riforma del 2003, però, l'opzione di esternalizzazione del servizio passava dall'essere l'unica possibile ad una delle modalità disponibili,⁷¹¹ con la conseguenza che il suo grado di operatività rimane fortemente condizionato.

Ad ogni modo, l'art. 113 del Testo Unico contiene una dettagliata disciplina della gara per la scelta del gestore, che proprio per il suo alto grado di compiutezza è stata oggetto dei rilievi di costituzionalità della Corte.

Intanto, occorre precisare che l'art. 113 impedisce la partecipazione alle gare di cui sopra alle società che in Italia o all'estero gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica (includendo le società da queste controllate o a queste collegate) o a seguito dei relativi rinnovi e alle società incaricate della gestione della rete nel caso in cui operi il principio di separazione.

Si tratta, evidentemente, di misure volte a tutelare la parità tra i soggetti concorrenti, che si vedrebbe inevitabilmente frustrata in assenza di tali divieti. Alle gare per la gestione del servizio sono invece ammesse solo le società di capitali, prosegue poi l'art. 113.

Rispetto al concreto svolgimento della gara secondo le disposizioni vigenti, dovranno essere seguite procedure di evidenza pubblica, nel rispetto degli *standards* qualitativi, quantitativi e ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o in mancanza dagli enti locali.

La gara sarà poi aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale.

E' questo il punto al quale si faceva riferimento. L'individuazione del gestore che assicuri il miglior livello di qualità, sicurezza e condizioni di prestazione del servizio, oltre che di piani di investimento per lo sviluppo, potenziamento, rinnovo e manutenzione delle reti e degli

⁷¹⁰ Il riferimento è evidentemente al d.d.l. n. 4014- AS- XIII legisl. (c.d. Bassanini- Vigneri), approvato da un ramo del parlamento come n. 7042- AC-XIII nel quale si prefigurava un'apertura del mercato dei servizi pubblici locali alla libera concorrenza tra operatori qualificati (concorrenza *nel* mercato). Sul punto, M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, 219 e G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali: ragioni e contenuti di una riforma "difficile"*, *Ist. fed.*, 2000, 397 e segg.

⁷¹¹ Non a caso, infatti, nell'ultima formulazione dell'art. 113 era stata eliminata l'espressione secondo cui l'erogazione del servizio deve svolgersi "in regime di concorrenza".

impianti, rappresenta, almeno su un piano teorico, un'ulteriore tipologia di controllo preventivo dell'ente sullo svolgimento del servizio, peraltro complementare a quella esercitata dall'utente.

Come si ricorderà, le suddette prescrizioni sono state però oggetto della sentenza n. 272 del 2004 della Corte costituzionale⁷¹², che ha dichiarato illegittimo il comma 7 dell'art. 113, nella parte in cui, violando i canoni di proporzionalità e ragionevolezza nell'individuazione dell'ambito di competenza statale detta una disciplina tanto dettagliata da comprimere gli spazi di autonomia regionale.

In particolare, sottolinea la Corte, la disciplina dettata dal legislatore statale per le gare per l'affidamento del servizio, pur se eccessivamente puntuale, rischiava nello stesso tempo di risultare carente, nella misura in cui non si richiamava ad ulteriori criteri per l'aggiudicazione della gara che invece sarebbero stati utili alla selezione del gestore migliore.

La pronuncia della Corte è interessante e può essere letta come ulteriore conferma di quanto si diceva, poiché ritiene la disciplina contenuta all'art. 113 "carente" nella parte in cui non si riferisce a criteri (ad es. le precedenti esperienze di gestione nel settore), che sarebbero necessari per la selezione del soggetto più adatto alla gestione del servizio.

Allo stesso tempo, però, la Corte giudica l'intervento legislativo statale ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza.

In proposito, può solo aggiungersi che il fatto che venga ribadita la competenza regionale in materia può rappresentare un'ulteriore possibilità per l'amministrazione di dotarsi di strumenti idonei a disciplinare le gare per la selezione dei gestori in maniera quanto più possibile vicina alle specifiche esigenze da soddisfare.

Nell'ipotesi in cui l'ente locale decida per l'esternalizzazione del servizio, dunque, il controllo sulla gestione del servizio si limita ai rapporti "esterni" tra l'ente e la società e in particolare alla fase della scelta del gestore e a quella della definizione delle modalità di erogazione dell'attività attraverso il contratto di servizio.

Diventa anche più comprensibile, nel caso descritto, la previsione in precedenza richiamata secondo cui il contratto di servizio viene allegato ai capitolati di gara. La scelta del gestore a seguito della procedura di gara presuppone, infatti, la rispondenza dell'organizzazione del gestore selezionato agli indirizzi definiti dall'ente locale con il contratto di servizio.

Per questo, allora, diventa essenziale che la gara si svolga in modo da assicurare effettivamente la selezione del gestore migliore, dal

⁷¹² Per un commento della sentenza si rinvia a G. SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali*, cit.

momento che per l'ente che non partecipa direttamente alla società incaricata della gestione del servizio si riduce significativamente la capacità di controllare “da vicino” che la gestione del servizio venga condotta secondo i propri indirizzi.

3.2. *La scelta del socio privato nell'ipotesi di “cogestione” del servizio per mezzo di società mista.*

Un'ipotesi intermedia tra esternalizzazione del servizio e gestione *in house* è quella in cui l'ente locale opta per una forma di “cogestione” del servizio, costituendo una società insieme ad un socio privato.

In questo caso, la procedura di scelta del socio privato rappresenta solo una, per quanto importante, delle forme di controllo dell'ente sulla società.

E' vero, infatti, che dalla ricostruzione comunitaria (*v. infra*) della società mista emerge una chiara distinzione di ruoli tra socio privato e socio pubblico (esecutore della prestazione affidata alla società, il primo; controllore delle operazioni in seno agli organi decisionali dell'impresa comune, il secondo), in base alla quale l'esatta definizione della prestazione da seguire e l'attenzione alle caratteristiche dell'offerta presentata ai fini dell'aggiudicazione della gara tornano ad essere elementi assolutamente significativi⁷¹³.

D'altra parte, però, la partecipazione diretta alla gestione del servizio consente all'ente di disporre dei più penetranti strumenti di controllo a ciò predisposti dal diritto societario e derivanti dalla titolarità di capitale azionario nella società e dalla presenza negli organi decisionali.

Anche in questa ipotesi, evidentemente, vengono poi in rilievo le ulteriori forme di controllo sulla società, che si sono descritte nelle pagine precedenti (delibera di costituzione e contratti di servizio).

Con riguardo alle modalità di scelta del socio privato, l'art. 113 co. 5 afferma poi esplicitamente la necessità della procedura di evidenza pubblica, indipendentemente dalla quota di capitale imputabile all'ente locale, archiviando così definitivamente il dibattito sulla necessità o meno della procedura ad evidenza pubblica nel caso di società miste a capitale prevalentemente pubblico⁷¹⁴.

⁷¹³ C. TESSAROLO, *Il partenariato pubblico-privato. La scelta del partner privato*, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁷¹⁴ Come si sa, nel precedente sistema dei servizi pubblici locali vi era la distinzione tra società a capitale prevalentemente pubblico e a capitale prevalentemente privato. Solo per queste ultime, esplicitamente, la legge (art. 12 l. n. 498 del 1992), disponeva la necessità della procedura di evidenza pubblica. E' pur vero, peraltro, che la giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa

Più precisamente, si subordina la legittimità dell'affidamento a società mista, alla condizione che il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica⁷¹⁵, che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche.

Con la riforma del 2003, la società mista, torna dunque prepotentemente ad essere una delle opzioni gestionali di cui l'ente dispone per l'erogazione del servizio.

Delle caratteristiche e dell'evoluzione di tale modello si è già detto; verrà invece svolta qualche rapida considerazione sulle sue prospettive.

Sono due, in particolare, i fattori potenzialmente in grado di incidere sul concreto utilizzo delle società miste da parte dell'ente locale.

Sul versante interno, la tendenza sembra essere quella ad un ridimensionamento della figura. In senso generale, come formula per l'esercizio di funzioni o lo svolgimento di attività da parte degli enti locali, in ragione della recente approvazione del decreto Bersani e dei conseguenti limiti di operatività imposti alle società locali; più in particolare, come modello di gestione del servizio pubblico locale, se dovesse aver séguito, con i contenuti che si sono descritti, la riforma del settore dei servizi pubblici locali.

In ambito comunitario, invece, la società mista che rappresenta la forma istituzionalizzata di partenariato pubblico-privato per la gestione di un servizio pubblico, rappresenta una delle alternative gestionali a disposizione delle autorità pubbliche alla quale il diritto comunitario sembra interessarsi solo nella misura in cui osti all'applicazione delle norme sulla concorrenza in materia di appalti e concessioni⁷¹⁶.

La tradizionale formula della società mista temporaneamente accantonata in ossequio alle ragioni della concorrenza, poi ripristinata in

aveva da tempo ritenuto di dover estendere tale regola anche alle società a prevalente partecipazione pubblica, argomentando sulla base dei principi di imparzialità e buon andamento che in ogni caso devono orientare l'azione della pubblica amministrazione. Sul punto, si rinvia M. DUGATO, *L'individuazione del socio di minoranza nelle società a partecipazione pubblica*, *Giorn. dir. amm.*, 1998, 428 e segg. e G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 420-425 ed ai riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁷¹⁵ In proposito, è interessante richiamare una recente sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, del 27 ottobre 2006, n. 589, www.dirittodeiservizipubblici.it, nella quale si afferma che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio privato a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento di un servizio pubblico. La pronuncia riaprirebbe il dibattito sul tema dell'appetibilità dello strumento della società mista per i privati che si vedono esposti al rischio di una doppia selezione (per la scelta del socio e per l'affidamento del servizio).

⁷¹⁶ Si v., in proposito, il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Testo presentato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004, n. COM(2004), www.dirittodeiservizipubblici.it. Di recente, negli stessi termini, la Relazione sui partenariati pubblico - privati, A6-0363/2006 presentata il 16 ottobre 2006, www.giustamm.it.

ossequio a quelle dell'autonomia, sembra così destinata a rimanere sospesa tra interventi normativi e pronunce giurisprudenziali nell'attesa che finalmente si realizzi quell'equilibrio tra mercato e autonomia locale così affannosamente cercato⁷¹⁷.

3.3. *La presunta convergenza tra interesse pubblico e interesse sociale nelle società in house. Il controllo "plurale" nelle società a partecipazione pluricomunale.*

Come si è osservato nel capitolo precedente, l'affidamento del servizio a società *in house* pone problematiche differenti specie sotto il profilo della relazione tra l'ente e la sua società.

Si è osservato, in particolare, che nell'ipotesi in esame, si realizzerebbe una convergenza tra l'interesse pubblico che l'ente locale è chiamato a soddisfare e l'interesse della società.

Più problematico, si è detto, è verificare quali condizioni rendano legittima la scelta dell'ente locale di ricorrere all'affidamento *in house*, in particolare rispetto alla sussistenza del requisito del controllo analogo.

Senza tornare qui sulle considerazioni svolte sul punto e alle quali si rinvia, è il caso di accennare all'ipotesi in cui la partecipazione pubblica sia frazionata tra più enti locali e nella quale questa presunta convergenza tra interesse pubblico e interesse sociale presenta risvolti particolari.

Le domande alle quali occorre rispondere sono due. La prima, se un'ipotesi del genere sia ammissibile e renda comunque legittimo l'affidamento diretto del servizio da gestire; la seconda e più importante, in che modo ciascuno degli enti locali partecipanti possa garantire la tutela dell'interesse pubblico che istituzionalmente persegue.

Come si vede, la soluzione alle problematiche poste non è semplice perché impone la considerazione di ulteriori questioni ad esse sottese.

Rispetto al primo punto, si è già richiamata la giurisprudenza della Corte di Giustizia, nella quale si conferma la possibilità che la partecipazione pubblica sia distribuita tra più enti locali⁷¹⁸.

Nel caso di specie la Corte affermava che per l'applicabilità dell'eccezione *in house*⁷¹⁹ l'espressione "ente pubblico", tradizionalmente

⁷¹⁷ La società mista potrebbe rappresentare, infatti, la c.d. "terza via" e conciliare le esigenze del mercato con quelle del controllo nel rispetto dell'autonomia organizzativa dell'ente locale. Ci si chiede, infatti, se in ipotesi di completa esternalizzazione dei servizi potrebbero rivelarsi sufficienti i diversi strumenti di controllo a disposizione dell'ente locale (contratti di servizio..). M. P. CHITI, *Verso la fine delle società miste*, cit., 1169.

⁷¹⁸ In particolare, Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04, "Caboterno".

⁷¹⁹ In proposito, è necessario solo ribadire che nell'ottica del diritto comunitario ciò che conta è il rispetto delle norme sugli appalti e sulle concessioni ogniqualvolta l'amministrazione ricorra al mercato per l'acquisizione di beni e servizi, rimanendo invece irrilevante in quali particolari

utilizzata, dovesse essere intesa come riferita ad uno o più soci pubblici⁷²⁰, con la conseguenza che potrà ricorrersi al modello *in house* non solo quando vi sia un ente pubblico ma anche quando vi siano più enti⁷²¹, alla condizione che ciascuno di essi eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Nell'ipotesi in esame, poi, aggiungeva la Corte, la valutazione del requisito della prevalenza dell'attività potrà essere compiuta in riferimento ai diversi enti complessivamente considerati.

In tal modo, la Corte mantiene fermo il proprio orientamento sostanzialista, ammettendo che, ad essere decisiva ai fini della legittimità dell'affidamento *in house*, non è l'imputabilità dell'intero capitale ad un unico socio o il suo frazionamento, quanto la circostanza che ciascun socio possa disporre dei poteri per esercitare un controllo analogo sulla società.

La questione è stata peraltro oggetto di un'interessante pronuncia del giudice amministrativo⁷²², nella quale si è messo in risalto che ciò che rileva non è l'unicità o pluralità delle partecipazioni pubbliche, ma l'esercizio da parte dei diversi soci pubblici di un "controllo comune", analogo a quello esercitato sui propri servizi⁷²³.

In altri termini, ritiene il Tar Friuli Venezia-Giulia, la società *in house* pluricomunale dovrebbe diventare la struttura organizzativa prescelta dagli enti per l'esercizio in comune delle attività,⁷²⁴ di rispettiva competenza (nel caso di specie la gestione di un servizio pubblico), analogamente a quanto accade con alternative modalità pubblicistiche di gestione congiunta del servizio (ad es. i consorzi).

forme l'amministrazione operi quando decide di adempiere ai propri compiti mediante proprie strutture e senza far ricorso ad entità esterne. Così si esprime la Corte di Giustizia nella citata sentenza "Stadt Halle".

⁷²⁰ In questo senso, la Corte già nella sentenza Teckal.

⁷²¹ Proprio nella sentenza "Teckal" la Corte aveva concluso per la configurabilità del modello *in house*, dal momento che pur in presenza di una pluralità di soci il controllo veniva esercitato in comune dagli stessi. Sul tema, anche L. MANGIAVACCHI, *L'affidamento in house tra capitale pubblico e partecipazione privata*, www.giustamm.it. La ragione, sta probabilmente nel fatto, che ancora una volta la Corte aveva cercato indici ulteriori rispetto a quello relativo alla partecipazione pubblica per concludere per l'ammissibilità del sistema *in house*; indici che evidentemente nel caso deciso con la sentenza Teckal erano mancati.

⁷²² Si tratta della già richiamata pronuncia del Tar Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634 in *Foro amm.-Tar.* 2005, 1934 segg. con nota di A. LOLLI.

⁷²³ In tal senso sembra peraltro orientato il legislatore nazionale, che nel disciplinare la modalità di affidamento *in house* all'art. 113 co. 5 del Testo Unico, richiede soltanto che "l'ente o gli enti pubblici del capitale" esercitino una forma di controllo analogo a quella esercitata sui propri servizi. Per tutti, G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza*, cit.

⁷²⁴ A distinguere la società *in house* pluricomunale dagli altri soggetti operanti sul mercato sarebbe, dunque, proprio l'aspetto della collaborazione intercomunale. A. LOLLI, *Servizi pubblici e società in house*, cit., 1943.

Più complicato sarà, semmai, individuare gli strumenti di “*governance*” in grado di assicurare agli enti il suddetto controllo⁷²⁵. Nella pronuncia citata si richiamano in proposito le convenzioni di diritto pubblico (*ex art. 30 del Testo Unico*), che potrebbero rappresentare un valido strumento per consentire che la società sia governata da tutti gli enti che vi partecipano e non solo da quelli che ne detengono la maggioranza.

Tuttavia, la convenzione di diritto pubblico non potrebbe sostituire gli ordinari strumenti di governo della società previsti dal diritto societario, avendo essi una diversa funzione.

Così, se con la convenzione i soci possono vincolarsi tra loro, attraverso la predisposizione di clausole statutarie *ad hoc*, essi dovranno ulteriormente garantire il corretto funzionamento della società al proprio interno, in particolare disciplinando le modalità di nomina dei membri del consiglio di amministrazione⁷²⁶.

Si tratta di una problematica tanto più delicata, se si pensa al rinnovato ruolo dell’organo amministrativo nell’attuale ripartizione delle competenze tra organi sociali sul quale ci si è già soffermati.

Solo due ultime osservazioni sull’ipotesi in esame. Della società *in house* pluricomunale si è detto che occorre, perché sia legittimamente utilizzata, che vi sia un’organizzazione tale da consentire ai soci di esercitare un controllo congiunto sulla stessa.

Bene. Ma come fare a garantire che ciascuno dei soci all’interno della società possa garantire la tutela del proprio interesse pubblico?

In altre parole, si potrebbe pensare che in tale ipotesi si corra il rischio di una “dissolvenza” dei singoli interessi pubblici di cui ciascun socio è portatore all’interno della società⁷²⁷.

E’ questo il punto. Anche qualora il servizio sia affidato direttamente alla società *in house*, non vengono meno le esigenze di verifica delle modalità di gestione del servizio conformemente agli indirizzi definiti in sede politica nel caso in cui il capitale pubblico sia frazionato tra più enti locali.

Quando la titolarità del capitale pubblico sia imputabile a più enti locali occorrerebbe, allora, operare sulla composizione e sul

⁷²⁵ In proposito, è utile sottolineare che l’ipotesi della società *in house* a partecipazione pluricomunale offre un valido esempio di come gli strumenti di diritto societario ordinariamente riconosciuti all’azionista si rivelino in alcuni casi insufficienti.

⁷²⁶ E’ evidente che nell’ipotesi della società *in house* a partecipazione pluricomunale assumono ancor più significato le problematiche relative alla questione della nomina dei membri del Consiglio di amministrazione e dei rapporti di questo con l’Assemblea, già problematici nell’ipotesi in cui alla società partecipino un solo ente locale.

⁷²⁷ Il riferimento è, in particolare, all’ipotesi in cui alla società *in house* pluricomunale partecipino più enti territoriali, con la conseguenza che a ciascuno di essi è ascrivibile la tutela di interessi pubblici che sono propri della comunità di riferimento dell’ente in questione. Non sembrano porsi invece problematiche del tipo di quelle indicate nell’ipotesi in cui i soci pubblici siano enti non territoriali.

funzionamento degli organi societari per consentire anche ai comuni di minoranza di poter efficacemente gestire il servizio sia attraverso un'attività di vero e proprio controllo, intesa come verifica periodica dell'andamento della gestione, sia mediante la previsione di poteri decisionali tesi ad assicurare il regolare svolgimento del servizio pubblico locale di cui i predetti enti restano sempre titolari e responsabili⁷²⁸.

Sotto altra prospettiva, la società *in house* pluricomunale, rappresenta un esempio ulteriore della tendenza cui si è accennato in precedenza ad un uso discrezionale dello strumento societario, non solo per le finalità pubblicistiche (acquisizione ormai risalente), quanto, si potrebbe dire, con le modalità pubblicistiche, per sottolineare come talvolta l'ente pubblico consideri la società una "sua" struttura, priva di autonomia e di caratteristiche proprie, privatistiche.

4. Il controllo "atipico" degli utenti: la carta dei servizi.

Che anche la carta dei servizi⁷²⁹ rappresenti uno strumento di controllo del gestore del servizio è reso evidente dal fatto che la sua disciplina è contenuta nel capo III del d. lgs. n. 286 del 1999, sul riordino ed il potenziamento dei meccanismi di monitoraggio dei costi, dei rendimenti e dei risultati prodotti dall'attività amministrativa. La sua applicazione al sistema dei servizi pubblici locali, poi, è esplicitamente ribadita dal comma 3 dell'art. 112 del Testo.

Più in particolare, l'art. 4 del d. lgs. n. 286/1999 stabilisce che l'erogazione dei servizi pubblici nazionali e locali debba avvenire con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti, secondo modalità (definizione, adozione e pubblicazione di *standards* di qualità, adozione di carte di servizi..) definite da autorità pubbliche⁷³⁰.

Altrettanto significativo è l'art. 11 del d. lgs. n. 286 del 1999, che obbliga le amministrazioni e le aziende erogatrici di servizi ad individuare "modelli di gestione idonei a garantire il miglioramento della qualità del servizio"⁷³¹.

⁷²⁸ Così si esprime, di recente, il Tar Campania, Napoli, sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁷²⁹ Sul tema si rinvia in particolare all'ampia monografia di G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici*, Rimini, 1997 ed al saggio di A. DI PIETRO, *Adozione e contenuto della Carta dei servizi, strumento dello Stato regolatore al servizio dei consumatori utenti*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, *Servizi pubblici concorrenza e diritti*, cit., 311- 362.

⁷³⁰ Nel caso dei servizi pubblici locali si tratterà di atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la Conferenza unificata Stato-regioni- città e autonomie locali.

In proposito, si è già ricordato che l'evoluzione del sistema verso la privatizzazione dei servizi⁷³² e la “tendenziale” distinzione tra funzioni di regolazione (degli enti locali) e di gestione (esercitate indifferentemente da soggetti pubblici e privati) ha evidenziato la necessità di fornire agli utenti strumenti che consentissero una più efficace tutela dei propri diritti⁷³³.

E' stato sottolineato, in particolare, come proprio il superamento del sistema in cui la pubblicità del gestore garantiva, almeno in linea di principio, la soddisfazione e dunque la tutela dei destinatari delle prestazioni, abbia comportato la necessità della definizione dei diritti e degli strumenti di tutela riconosciuti all'utente⁷³⁴.

In questo quadro si inseriscono le carte di servizi, strumento giuridico e amministrativo volto a garantire il raggiungimento di soddisfacenti livelli di qualità ed efficienza del servizio.

L'idea delle carte di servizi ha rappresentato, come si sa, su un piano più generale l'occasione per estendere anche all'attività di erogazione di servizi pubblici alcuni dei principi canonizzati dalla legge sul procedimento amministrativo del 1990⁷³⁵ ed è, dunque, essa pure, segno evidente della trasformazione dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

Come si diceva, le modifiche intervenute rispetto alle modalità di gestione del servizio hanno richiesto strumenti di tutela “nuovi”. In questo senso, le carte di servizi dovrebbero agire per differenziare la posizione degli utenti di servizio pubblico sia rispetto a quella dei destinatari di atti autoritativi, che da quella del consumatore *tout court*, cioè dal fruitore di beni rispetto ai quali i pubblici poteri non intervengono⁷³⁶.

⁷³¹ In realtà, la dottrina aveva già evidenziato lo stretto collegamento esistente tra “le ragioni dell'utenza” e l'elemento organizzativo. M. CAMELLI, *Questione amministrativa, sindacato e utenti*, in M. CAMELLI, L. MARIUCCI, (a cura di), *Utenti, pubblica amministrazione e sindacato*, Rimini, 1989, 27.

⁷³² D'altra parte, la stessa emersione del diritto ad un servizio di qualità va ricollegato al superamento del sistema dei monopoli, rispetto al quale il gestore unico teneva in scarsa considerazione il livello qualitativo delle prestazioni erogate, non dovendo confrontarsi con altri operatori.

⁷³³ Sul rapporto tra natura del gestore e tutela delle esigenze della collettività anche C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, *Dir. Amm.*, 2005, spec. 349- 351 e G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., spec. 230-245. Peraltro, la denuncia del basso livello di tutela della posizione dell'utente non costituisce una novità. Si v. ad. es. M. CAMELLI, *Per uno statuto dell'utente*, *Pol. dir.*, 1981, 447 e segg.

⁷³⁴ Sul tema, A. CORPACI, *Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici* in A. CORPACI, (a cura di) *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003, spec. 12-15.

⁷³⁵ S. CASSESE, *Presentazione*, Presidenza del Consiglio dei ministri- Dipartimento della funzione pubblica, *Carta dei servizi pubblici. Proposta e materiali di studio*, *Quaderni del Dipartimento della Funzione pubblica*, n. 5, Roma, 1993; G. SANVITI, *La carta dei servizi pubblici*, *Reg. gov. loc.*, 1994, 721.

⁷³⁶ G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici*, cit., 54.

Rispetto ad altri strumenti per far valere le responsabilità dell'amministrazione per i servizi erogati⁷³⁷, le carte di servizi si ispirerebbero, però, ad una logica differente. Espressione di principi fondamentali, esse si collocano, però, a valle del processo decisionale pubblico e riguardano le ricadute dell'attività erogata sull'utente.

L'attuale formulazione della carta di servizi va ricercata nella proposta elaborata nel 1993 dal Dipartimento della funzione pubblica, nella quale erano individuabili tre parti distinte⁷³⁸; una prima, relativa ai principi generali (uguaglianza, imparzialità, diritto di scelta); l'altra fatta, di regole strumentali all'attuazione dei principi generali (semplificazione delle procedure, informazione degli utenti, rapporti con gli utenti e valutazione del servizio) e l'ultima dedicata alla previsione di meccanismi di tutela.

I principi contenuti nel documento elaborato dal dipartimento della funzione pubblica, sono stati poi recepiti in una direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri ("direttiva Ciampi", 27 gennaio, 1994)⁷³⁹ e in altri provvedimenti di carattere diverso per inquadramento giuridico e per finalità perseguite⁷⁴⁰.

Richiamati principi generali e finalità cui la predisposizione delle carte di servizi risponde è necessario precisarne il collegamento con gli obiettivi della presente indagine.

Nel sistema dei controlli "esterni" sulle società costituite o partecipate dagli enti locali, in qualità di soggetti erogatori, la carta di servizi rappresenta l'unica forma di controllo a diretta disposizione dell'utente come destinatario della prestazione del servizio⁷⁴¹.

⁷³⁷ M. CAMMELLI, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi*, in D. SORACE, (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, 12. In particolare, sull'applicabilità dei principi della responsabilità civile ai rapporti tra utenti e gestore del servizio, F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità del gestore di pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni. Considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale*, *Dir. Amm.*, 1995, 143 e segg.

⁷³⁸ Cfr., Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento per la funzione pubblica, *Carta dei servizi pubblici*, Proposta e materiali di studio, cit.

⁷³⁹ Pubblicata in G.U., 22 febbraio 1994, n. 43. In proposito, si è detto che la direttiva aveva come obiettivo quello di rappresentare per l'amministrazione dei servizi ciò che la legge n. 241 del 1990 ha significato per l'amministrazione delle funzioni e cioè una "tavola" di principi che concorre a qualificare il rinnovato rapporto con il cittadino. G. SCIULLO, *Profili della direttiva 27 gennaio 1994 ("principi sull'erogazione dei servizi pubblici")*, *Dir. econ.*, 1996, 49.

⁷⁴⁰ Art. 8, l. 29 gennaio 1994, n. 71, sulla trasformazione dell'amministrazione delle poste e telecomunicazioni in ente pubblico economico; art. 13 del decreto del Ministro della Funzione pubblica 31 marzo 1994, "Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni"; art. 2 del decreto legge n. 163/1995 convertito in legge n. 273/1995, *Misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni*; legge n. 481 del 1995 di istituzione delle autorità di regolazione dei servizi nel settore dell'energia e del gas. Per l'analisi dei richiamati provvedimenti, si rinvia ancora a G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici*, cit., 71- 102.

⁷⁴¹ Più esattamente, come osservano M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 230, occorrerebbe in proposito distinguere l'ipotesi in cui l'ente sia socio da quella

Ci si interroga, però, sulla sua efficacia nel far valere il diritto dell'utente ad un servizio di qualità e dunque sul grado di coerenza dei principi in materia di carta di servizi⁷⁴².

Come si è visto, è necessaria un'efficiente azione regolativa da parte di autorità pubbliche, il cui esito dovrebbe essere l'individuazione delle modalità concrete di erogazione del servizio nel rispetto dei principi di qualità ed uguaglianza della prestazione.

Un primo elemento di debolezza, dunque, potrebbe essere questo.

Il secondo passaggio è quello della conformazione del gestore alle modalità indicate dall'autorità pubblica, soprattutto nell'ipotesi in cui si tratti di un soggetto privato.

Anche in questa fase diventa imprescindibile un'attività di controllo e direzione da parte del pubblico⁷⁴³.

Per questo, allora, la carta di servizi rappresenterebbe uno strumento di controllo che potremmo definire "debole", perché subordinato all'esercizio di una puntuale attività di regolazione dell'autorità competente⁷⁴⁴, prima e a quella di conformazione del gestore privato, poi.

Se così è, l'esperienza delle carte di servizi benché lacunosa e parziale, forse anche per l'assenza di efficaci meccanismi sanzionatori nelle norme di legge che disciplinano la materia e limitata considerazione di cui lo strumento in questione gode da parte dei soggetti erogatori⁷⁴⁵, rimane certamente utile nel quadro del rinnovamento del sistema dei servizi pubblici.

in cui egli sia cittadino. Solo nel primo caso, infatti, l'utente godrebbe di una posizione qualificata che gli consentirebbe di utilizzare gli strumenti di controllo predisposti dal diritto societario.

⁷⁴² Non può non notarsi, in proposito, la rilevanza del problema della qualificazione della posizione giuridica dell'utente di fronte alle prescrizioni contenute nella carta, sull'effettività della tutela riconosciuta. Sul punto, M. CAMMELLI, A. ZIROLI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 234-238.

⁷⁴³ In proposito, è stato osservato che gli aspetti relativi in generale alla garanzia e alla tutela dell'utenza sono regolati più che con riguardo alla relazione tra questa e il gestore, con riguardo ai poteri regolativi, conformativi e di controllo facenti capo a pubbliche autorità. Sul punto, A. CORPACI, *Le linee del sistema di tutela*, 16-17.

⁷⁴⁴ Va sottolineato, in proposito, il ruolo delle agenzie per il controllo dei servizi pubblici (i casi di Torino e Grosseto, ad esempio), cui vengono delegate dall'ente locale alcune attività inerenti non solo l'analisi e la ricerca e più in generale la consulenza per l'ente locale sullo stato dei servizi pubblici locali, ma anche funzioni propriamente di controllo (valutazione dei reclami e delle segnalazioni degli utenti rispetto alla qualità del servizio erogato) e vigilanza sullo svolgimento dei servizi anche attraverso poteri di ispezione e accesso alla documentazione. A tal fine, i ruoli e compiti riconosciuti per statuto all'agenzia vengono ripresi nei contratti di servizio.

⁷⁴⁵ Sul punto, A. DI PIETRO, *Adozione e contenuto della carta dei servizi*, cit., 337.

5. I controlli “esterni”: Corte dei Conti e società pubbliche.

Dopo aver descritto le forme di controllo “preventivo” di cui l’ente locale dispone nei confronti della società incaricata della gestione del servizio, non rimane che accennare agli strumenti di controllo *a posteriori* dell’attività svolta dalla società.

Come si vedrà, vi sono forme di controllo di tipo pubblicistico non esercitate dall’ente locale che hanno ad oggetto la gestione della società ed attribuiti alla giurisdizione contabile.

Due, in particolare, i punti da trattare; l’applicabilità alle società del controllo di gestione che la Costituzione in base all’art. 100 attribuisce alla Corte dei Conti rispetto agli enti ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria e l’estensione della responsabilità amministrativa agli amministratori di società pubbliche.

Cominciamo, dunque, dalla seconda delle due prospettive indicate.

Nel secondo capitolo, trattando della disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica, si è richiamata quella giurisprudenza in base alla quale si estende la responsabilità amministrativa anche agli amministratori di società a partecipazione pubblica, essenzialmente in base al principio per cui l’utilizzo di risorse pubbliche, indipendente dallo strumento (privatistico) al quale si ricorre, costituirebbe il presupposto necessario e sufficiente a legittimare la giurisdizione della Corte dei Conti⁷⁴⁶.

A questo aspetto si dedicheranno le considerazioni che seguono.

In generale, la responsabilità pubblica, (dove pubblico è l’aggettivo che indica il soggetto al quale si imputa la responsabilità) nelle due forme nelle quali può presentarsi⁷⁴⁷, rappresenta il principale strumento di controllo dell’amministrazione.

Così, in particolare, ci si occuperà nelle pagine seguenti, della responsabilità degli amministratori pubblici, prospettiva privilegiata dalla quale guardare agli effetti dell’estensione di un regime pubblicistico alle società a partecipazione pubblica, nel quadro della realizzazione di un

⁷⁴⁶ Non si tratta però di un principio di applicazione generale in Europa. Nell’ordinamento spagnolo, è il regime delle responsabilità degli amministratori di società anonime che trova applicazione per quelli di società a partecipazione (non integralmente pubblica) statale. Una deroga è prevista dall’art. 179 della l. n. 33/2003 per le società ad integrale partecipazione pubblica nel caso in cui gli amministratori abbiano agito in esecuzione di direttive del ministro preposto al controllo. Più vicino al nostro è il sistema francese nel quale la *Cour de Discipline budgétaire et financière* giudica anche gli amministratori di società di capitali con partecipazione pubblica maggioritaria. Sul punto, si rinvia alle considerazioni di G. CORSO, P. SAVONA, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo, Servizi Pubblici e Appalti*, 2006, 197-207.

⁷⁴⁷ L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 1, distingue nell’ambito della responsabilità pubblica quella nei confronti di altri pubblici poteri e quella nei confronti di soggetti privati.

sistema efficace di verifica della conformità dell'attività svolta dalla società alle esigenze per le quali viene costituita.

Non è possibile in questa sede ricostruire il dibattito relativo alle diverse forme di responsabilità pubblica e alla loro evoluzione e per esso si rinvia a specifiche trattazioni⁷⁴⁸.

La considerazione dalla quale si intende partire è invece generale e piuttosto ovvia.

La “pluralizzazione” dell'amministrazione e l'evoluzione degli strumenti dei quali essa si serve per svolgere “nuove” funzioni impone, lo si è ribadito più volte, una riflessione sull'adeguatezza degli strumenti di controllo tradizionalmente previsti⁷⁴⁹.

La commistione dei modelli (consensuale e unilaterale) e delle discipline (privatistica e pubblicistica) dell'azione amministrativa che ne è derivata ha comportato conseguenze diverse.

Da un lato, si è cercato di estendere al pubblico criteri e strumenti di valutazione propri del settore privato⁷⁵⁰.

Dall'altro, lo si vedrà tra breve, si è immaginato di poter applicare i sistemi di imputazione e verifica delle “responsabilità pubbliche” a soggetti privati che svolgano attività amministrativa⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Tra gli altri si v. G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit.; L. TORCHIA, *La responsabilità*, (in diretto da), S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 1649-1713, ove ampi riferimenti bibliografici; D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, cit.. Con particolare riguardo al tema della responsabilità in ambito locale si v., invece, F. STADERINI, A. SILVERI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1998. Con specifico riferimento alla responsabilità amministrativa si v. invece in particolare, A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, 390-402; F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997. In particolare, per il tema che qui interessa, M. ATELLI, C. D'ARIES, *La public governance*, cit., 378-394; A. CAROSELLI, *La responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblica locale e degli amministratori e dei dipendenti di enti pubblici economici*, www.dirittodeiservizipubblici.it; F. GUALANDI, F. MINOTTI, *Le recenti tendenze nel campo della responsabilità della P.A. con particolare riferimento alle società pubbliche*, www.dirittodeiservizipubblici.it; F. LOMBARDO, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, *Foro Amm.- C.d.S.*, 2005, 629 e segg.; A. MIMMO, *Le responsabilità di amministratori e funzionari nelle aziende pubbliche trasformate in s.p.a.*, *Le società*, 2002, 306 e segg.; C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, *Rass. giur. en. el.*, 2004, 507 e segg. L. VENTURINI, *Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, *Riv. C. Conti*, 2001, 294 e segg.

⁷⁴⁹ A questo è da ricollegarsi l'emersione della responsabilità procedimentali, di risultato, della responsabilità prevista dalle carte di servizi o dai codici di comportamento e la configurazione della responsabilità da lesione di interessi legittimi.

⁷⁵⁰ Sul tema, si v. le considerazioni di G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *Annuario AIPDA 2002*, cit., 127 e segg.

⁷⁵¹ Ciò, come è stato osservato, in ossequio alla tendenza generale a considerare il diritto pubblico un valore ed il diritto privato uno strumento neutrale, L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, *Serv. Pubbl. e App.*, 2006, 224.

Così, allora, il processo di osmosi che ha interessato la pubblica amministrazione negli anni scorsi sembra aver agito non solo nel senso dell'applicazione all'amministrazione di metodologie e strumenti propri dell'operare privato, ma anche nel senso di pubblicizzare l'agire *iure privato* dell'amministrazione.

Ai fini della presente indagine, la domanda che ci è posta è se una tale impostazione debba essere condivisa; non solo o non tanto su un piano di coerenza di sistema (se determinate funzioni di rilievo generale possono essere svolte da soggetti privati, non si comprende che senso abbia applicare a tali soggetti una disciplina pubblicistica), quanto in termini di conseguenze che ciò comporta.

A questa domanda cercherà di risponderci al termine di questo capitolo, richiamando gli aspetti principali della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica nelle due prospettive pubblicistica e privatistica.

Cominciamo dalla prima.

Presupposto fondamentale della responsabilità amministrativa è il rapporto di servizio tra il soggetto che danneggia e l'amministrazione danneggiata e la sua funzione quella di tutelare il patrimonio dell'amministrazione dai danni provocati dai suoi dipendenti.

Come si sa, secondo la Corte dei Conti, (in accordo con l'impostazione di recente seguita dalla Corte di Cassazione⁷⁵²), l'esercizio di attività amministrativa, sebbene in forme privatistiche, con l'impiego di risorse provenienti dalla generalità dei contribuenti, non escluderebbe la giurisdizione contabile, poiché il *discrimen* tra le giurisdizioni (civile e contabile) risiederebbe unicamente nella natura pubblica o privata delle risorse finanziarie utilizzate, rimanendo invece irrilevante la natura del soggetto agente (s.p.a o altro) e gli strumenti attraverso cui vengono realizzati i fini pubblici⁷⁵³.

In proposito, è interessante sottolineare come la questione dei limiti di giurisdizione della Corte dei Conti si sia già posta in passato anche rispetto ai dipendenti degli enti pubblici economici⁷⁵⁴.

Se l'ente è pubblico, pubbliche sono le risorse di cui si serve e se esso agisce come semplice strumento organizzativo dell'amministrazione, osservava la Corte, non si comprende come possa escludersi la giurisdizione contabile, col rischio, poi, che l'attivazione della responsabilità degli amministratori di tali enti per altre vie diventi di fatto improbabile.

⁷⁵² Si v. in proposito la già richiamata ordinanza del 22 dicembre 2003.

⁷⁵³ Corte dei Conti, sez. giurisd., per la Regione Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁷⁵⁴ Sul tema si v. F. STADERINI, A. SILVERI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1998, 89-94.

A questa conclusione si opponeva la Corte di Cassazione, secondo cui il fatto che gli amministratori degli enti pubblici economici operassero secondo regole privatistiche, eliminava in radice i presupposti per l'estensione della giurisdizione della Corte dei Conti.

In particolare, secondo la Corte di Cassazione, il fine pubblico che giustifica la creazione stessa degli enti pubblici economici non incide di per sé sul tipo di organizzazione dell'impresa pubblica, non la modifica nella sua essenza e nelle sue peculiarità operative, né la differenzia da quella privata⁷⁵⁵.

Alla Corte dei Conti non rimaneva che prendere atto di tale orientamento, salvo poi distinguere, sulla base della natura dell'attività svolta, i limiti entro i quali poter ampliare la propria giurisdizione⁷⁵⁶.

Le vicende richiamate spiegano il successivo atteggiamento tenuto dai giudici in seguito alla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni.

Si comprende bene, infatti, che se la Corte di Cassazione, aveva con forza respinto l'idea dell'ammissibilità della giurisdizione contabile nei confronti dei dipendenti di enti pubblici economici in ragione della diversità delle regole che ne disciplinavano l'azione, la stessa opinione avrebbe dovuto sostenere rispetto agli amministratori di società.

Al contrario e sulla base di argomentazioni in parte analoghe a quelle appena richiamate, lo si è già ricordato, la Corte dei Conti giunge ad estendere la propria giurisdizione sui dipendenti di imprese che, ancorché siano costituite in forma di s.p.a., abbiano in realtà natura pubblica⁷⁵⁷.

Come a dire che, per individuare i limiti della giurisdizione, occorrerebbe guardare al dato oggettivo dell'attività e/o al riferimento del soggetto al comparto pubblico, non certo alle modalità di svolgimento dell'attività⁷⁵⁸.

In ogni caso, la giurisdizione del giudice contabile nel caso considerato deriverebbe dalla pertinenza del denaro all'ente pubblico e, quindi, andrebbe affermata ogni qualvolta si faccia questione della sussistenza di un pregiudizio che direttamente si rifletta sul bilancio erariale, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli strumenti utilizzati⁷⁵⁹.

Opportunamente, è stato notato che una tale conclusione condurrebbe a conseguenze quanto meno paradossali nella misura in cui

⁷⁵⁵ Tra le altre, Cass., 21 ottobre 1983, n. 66178, *Foro it.*, 1983, I, 2688.

⁷⁵⁶ Corte dei Conti, S.R. n. 806/A del 20 ottobre 1992, *Riv. Corte conti*, 1992, 42.

⁷⁵⁷ Corte dei Conti, sez. giurisd. per la Regione Lombardia, 22/2/2006 n. 114, www.dirittodeiservizipubblici.it

⁷⁵⁸ Corte dei Conti, sez. I giurisd. centr. d'appello, 3/11/2005 n. 356, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁷⁵⁹ Corte dei Conti, sez. II centr., 26/3/2002 n. 96, www.dirittodeiservizipubblici.it. Negli stessi termini Corte dei Conti, sez. giur. Veneto, 9 febbraio 2006, in *Foro Amm: Tar*, 2006, 771.

ammettesse il giudizio della Corte dei Conti su imprese private che utilizzano (male) finanziamenti pubblici⁷⁶⁰.

E' il caso di una recente ordinanza della Corte di Cassazione nella quale si afferma la giurisdizione della Corte dei Conti in ordine alla responsabilità degli amministratori di una società privata per l'illecito utilizzo di finanziamenti pubblici erogati nell'ambito di un programma concordato con l'Unione europea⁷⁶¹.

La pronuncia ora richiamata si inserisce nel solco del significativo mutamento di rotta della Corte di Cassazione su cui ci si è già soffermati⁷⁶².

Quanto alle ragioni che possono aver determinato l'affermarsi della diversa impostazione della questione, si è detto⁷⁶³ che, fino a quando l'ente pubblico economico rappresentava l'ultima frontiera dell'esercizio di attività imprenditoriale da parte dei pubblici poteri, la sua esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina della responsabilità aveva lo scopo di preservare l'attività d'impresa dall'irretimento in logiche pubblicistiche.

Oggi, un simile intento protezionista non avrebbe più senso, perché l'amministrazione è autorizzata ad utilizzare ogni sorta di figure soggettive private per esercitare attività economiche e perché molte attività sono state restituite al mercato.

Verrebbe da dire che proprio una tale osservazione imporrebbe conclusioni diverse. Più semplicemente, il riconoscimento della teorica possibilità per l'amministrazione di svolgere attività economiche attraverso soggetti di diritto privato sarebbe frustrata dalla riconduzione degli stessi a procedimenti e schemi di diritto pubblico.

Ad ogni modo, la Suprema Corte, per giustificare la competenza della Corte dei Conti si richiama a quel criterio del rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico⁷⁶⁴, che la stessa Corte dei Conti invocava a

⁷⁶⁰ In questi termini, L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa*, cit., 228.

⁷⁶¹ Si tratta dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione, 1 marzo 2006, n. 4511, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 969 e segg. con *Commento* di G. D'AURIA. Nello stesso senso, Corte dei Conti, sez. giur., Lombardia, 14 febbraio 2006, *Foro Amm. Tar*, 2006, 770.

⁷⁶² Nel caso di amministratori di società per azioni il cui capitale sia detenuto in misura assolutamente maggioritaria dalla pubblica amministrazione, deve essere riconosciuto il rapporto di servizio, necessario per l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti, ogni qual volta vi sia una relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico, come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo, a nulla rilevando, in contrario, la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione. Così, Corte di Cassazione, SS.UU., 26/2/2004 n. 3899, www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁷⁶³ Sono parole di G. D'AURIA, *op. ult. cit.*, 971.

⁷⁶⁴ Il ricorso al suddetto criterio consentirebbe di superare il tema della distinzione tra società a prevalente capitale pubblico e società minoritarie ai fini dell'assoggettamento alla competenza della Corte dei Conti. Così F. GUALANDI, F. MINOTTI, *Le recenti tendenze*, cit., che peraltro evidenziano la difformità di una tale interpretazione rispetto alla previsione dell'art. 7 della legge n. 97 del 2001, ("Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento

fondamento della responsabilità amministrativa dei dipendenti di enti pubblici economici⁷⁶⁵.

Ciò premesso, dunque, l'impressione che si trae dall'analisi della responsabilità degli amministratori di società pubbliche per danni causati all'erario è che, per ovviare al rischio di un abbassamento del livello di tutela delle risorse pubbliche, si sia ritenuto di dover estendere a società private meccanismi sanzionatori e di controllo di tipo pubblicistico⁷⁶⁶.

E' questo passaggio a suscitare perplessità.

Non si discute, infatti, la rilevanza delle esigenze da tutelare, quello che non convince è piuttosto che si debba farlo ricorrendo ad istituti pubblicistici.

Solo un'ultima osservazione. Nell'ipotesi in cui il servizio sia affidato a società *in house* il danno si produrrebbe immediatamente nei confronti dell'ente senza più neppure il tramite della società (in ragione della sostanziale indistinguibilità dei due soggetti), con la conseguenza che al termine del percorso di fuga dal diritto pubblico e dai suoi vincoli e legami si finisce invece per ricadere nella sua rete.

E' utile in, conclusione, accennare all'altro dei due aspetti richiamato in apertura di §, vale a dire all'esistenza di un controllo di gestione svolto dalla Corte dei Conti sulle società pubbliche⁷⁶⁷.

Le ragioni in base alle quali nel vigore della precedente disciplina in materia di società per la gestione dei servizi pubblici locali un simile controllo era ammesso erano sostanzialmente due.

Intanto, una tale soluzione s'inseriva nella tendenza piuttosto diffusa ad attribuire un'importanza relativa alla veste formale di tali enti dei quali si evidenziava piuttosto il carattere di "specialità".

In secondo luogo, come già ricordato, secondo la Corte costituzionale la permanenza del controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici, nonostante la trasformazione in società, si giustificava in ragione della presenza di una partecipazione esclusiva o prevalente dello Stato nelle suddette strutture societarie⁷⁶⁸.

disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche"), che prevede la comunicazione al Procuratore della Corte dei Conti della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti di dipendenti di amministrazioni o enti pubblici ovvero a prevalente partecipazione pubblica riconosciuti responsabili dei delitti contro la pubblica amministrazione previsti dal capo I del libro secondo del c.p.

⁷⁶⁵ Proprio la sussistenza di un rapporto di servizio tra danneggiante ed amministrazione danneggiata sarebbe l'unico criterio idoneo ad individuare la competenza della Corte dei Conti senza incorrere in soluzioni poco convincenti. G. D'AURIA, *op. ult. cit.*, cit., 975.

⁷⁶⁶ Si v., in proposito, la Corte di Cassazione nella sentenza delle Sezioni Unite del 2 ottobre 1998, n. 9780, relativa alla vicenda Enimont, in *Foro It.*, I, 1999, 575, con nota di G. D'AURIA. In termini in parte analoghi, si esprime peraltro la Corte costituzionale nella già richiamata sentenza n. 466/1993.

⁷⁶⁷ Il tema veniva affrontato nei suoi diversi aspetti da A. MIMMO, *Il controllo sulla gestione delle società miste*, *Le società*, 1999, 286 e segg. Sul tema, anche M.G. PERINI, *I controlli sulle società commerciali a partecipazione statale*, *Riv. delle società*, 1956, 767 e segg.

⁷⁶⁸ Si rinvia a quanto detto in proposito nel capitolo secondo.

Lo stesso principio trovava poi espressione anche in ambito locale attraverso il rinvio che il quarto comma dell'art. 69 e il terzo comma dell'art. 40 del d. lgs. n. 77 del 1995 in materia di ordinamento locale facevano alle norme sul controllo di gestione rispetto alle società a partecipazione maggioritaria⁷⁶⁹.

Il punto è, allora, verificare se un tale controllo sia ammissibile anche alla luce dei recenti interventi normativi che hanno investito il settore dei servizi pubblici locali⁷⁷⁰.

In proposito, occorre preliminarmente richiamare l'art. 148 del Testo Unico degli Enti locali in materia di controlli esterni, che attribuisce in generale alla Corte dei Conti il controllo sulla gestione degli enti locali ai sensi delle disposizioni di cui alla l. 20 del 14 gennaio 1994⁷⁷¹.

Quanto poi alla definizione delle modalità di svolgimento, l'art. 197 del Testo Unico precisa che il controllo di gestione avrebbe ad oggetto l'intera attività amministrativa (co. 1) e sarebbe svolto in riferimento ai singoli servizi e centri di costo (co. 3)⁷⁷².

Infine, l'art. 198 *bis*⁷⁷³ stabilisce che il referto sui controlli di gestione svolti sia trasmesso (oltre che agli amministratori ed ai responsabili dei singoli servizi) anche alla Corte dei Conti.

D'altra parte, lo stesso art. 4 della legge n. 20/1994, nel prevedere che la Corte accerti anche in base all'esito di altri controlli la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge e svolga valutazioni sul funzionamento dei controlli interni, attribuisce al giudice contabile una funzione di controllo indiretto sul corretto esercizio dei controlli interni sui singoli servizi e centri di costo (e dunque le società)⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ In proposito, la dottrina escludeva di poter giungere alle stesse conclusioni per le società minoritarie, non solo in assenza di un'espressa disposizione di legge in tal senso, quanto anche in base alla considerazione che una simile interpretazione avrebbe comportato un'illegittima compressione dell'autonomia privata di società "private". A. MIMMO, *Il controllo sulla gestione*, cit., 288.

⁷⁷⁰ E' stato osservato, come il controllo di gestione sia uno degli strumenti più idonei a rappresentare le attuali esigenze di valutazione dell'attività svolta dalle società locali (anche in relazione a quanto prescritto nei contratti di servizio), in particolare in ipotesi di gestione del servizio per mezzo di società *holdings*. F. FONTANA, M. ROSSI, *Ente locale come holding pubblica e il controllo sulle società*, *Nuova rassegna*, 2006, 2439 e segg.

⁷⁷¹ L'art. 3 co. 4 della l. 20/1994 affida alla Corte la competenza all'esercizio del controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche; mentre il comma 7 dello stesso articolo nonché le disposizioni della l. 21 marzo 1958 n. 259 relativamente ai controlli ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria.

⁷⁷² In questo senso si esprimeva la dottrina rispetto all'interpretazione del terzo comma dell'art. 40 del d. lgs. 77 del 1995, di analoga formulazione. A. MIMMO, *Il controllo di gestione*, cit., 289.

⁷⁷³ Disposizione introdotta dall'art. 1, d. l. 12 luglio 2004, n. 168, conv. con modificazioni in l. 30 luglio 2004, n. 191.

⁷⁷⁴ E' utile precisare che la finanziaria 2006 (l. 266 del 23 dicembre 2005), ha previsto alcune disposizioni (art. 1 co. 166, 167) di tipo collaborativo- funzionale tra i revisori degli enti locali e

In definitiva, solo nella misura in cui si realizzasse la privatizzazione sostanziale delle società locali i controlli di gestione della Corte dei Conti sulle società locali diventerebbero ingiustificabili.

Allo stato delle cose, con il proliferare convulso delle gestioni *in house* conclusioni diverse sembrerebbero difficilmente condivisibili, perché finirebbero col legittimare la discutibile tendenza all'utilizzazione della formula privatistica per eludere i controlli pubblici.

E' vero, lo si è sostenuto più volte, che più di una ragione giustifica le critiche all'estensione generalizzata di istituti pubblicistici a società per azioni a partecipazione pubblica.

D'altra parte, si ritiene qui che l'applicabilità di un determinato istituto non possa essere postulata in astratto, ma vada verificata in concreto alla luce degli specifici obiettivi da perseguire e delle caratteristiche di volta in volta assunte dal soggetto considerato⁷⁷⁵.

Così, dunque, la questione della competenza della Corte dei Conti non può essere risolta sulla base di un criterio da applicarsi indistintamente alle partecipazioni societarie locali, ma valutando se rispetto alla società singolarmente considerata (oggetto sociale, all'assetto societario...) lo stesso obiettivo non possa essere perseguito attraverso il ricorso alla disciplina sua propria.

6. I controlli "endosocietari": la responsabilità degli amministratori secondo il diritto societario. *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel d. lgs. n. 231/2001.*

E' possibile, a questo punto, passare a considerare le responsabilità derivanti dallo svolgimento del ruolo di amministratore di società per azioni nel quadro del vigente diritto societario.

le sezioni di controllo della Corte dei Conti. Sul tema, si rinvia a A. MINGARELLI, *Quali controlli sono possibili e quali sono dovuti sulle società partecipate dagli enti locali*, Nuova rassegna, 2006, spec. 2396 e segg.

⁷⁷⁵ Così come, per rimanere all'ambito considerato, occorre distinguere, ai fini dell'imputabilità della responsabilità amministrativa agli amministratori di società pubbliche, se la partecipazione sia o meno maggioritaria. In questo senso anche A. CAROSELLI, *La responsabilità amministrativa*, cit.,

Norma di riferimento in proposito è l'art. 2392 del codice civile⁷⁷⁶, secondo cui gli amministratori devono adempiere i doveri⁷⁷⁷ ad essi imposti dalla legge con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze⁷⁷⁸.

La prima novità introdotta dalla riforma del 2003 è certamente il superamento del riferimento alla diligenza del mandatario⁷⁷⁹.

Si tratta di un'innovazione di rilievo, che probabilmente nell'intenzione del legislatore doveva consentire di individuare un criterio di comportamento più adeguato alla nuova fisionomia dell'organo amministrativo⁷⁸⁰ al quale, come si è detto, viene attribuita in via esclusiva la gestione dell'impresa.

Si direbbe che tutta la disciplina delle responsabilità risenta della diversa ripartizione delle competenze tra gli organi sociali, che ha caratterizzato il disegno riformatore e sulla quale ci si è già soffermati⁷⁸¹.

Così è, ad esempio, per l'abolizione dell'obbligo di vigilanza sull'andamento generale della gestione sociale, che trasformava la responsabilità degli amministratori in una sorta di responsabilità oggettiva⁷⁸² e che, oltre a rappresentare la quasi totalità delle ipotesi di responsabilità civile, costituiva anche il presupposto più di frequente utilizzato per l'esercizio dell'azione penale nei confronti degli amministratori.

⁷⁷⁶ A differenza di quella verso la società, la disciplina delle responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali e verso terzi o singoli soci per il compimento di atti dolosi o colposi sono invece rimaste sostanzialmente immutate a seguito della riforma, sul tema si rinvia a A. FRANCHI, *La responsabilità*, cit., 31-40.

⁷⁷⁷ Oltre ad un dovere generico di buona amministrazione il codice prevede una serie di doveri specifici, tra cui ad esempio quello del rispetto del divieto di concorrenza (art. 2394 c.c.).

⁷⁷⁸ In proposito, è stato precisato che evidentemente non si richiede all'amministratore approfondite conoscenze in materia finanziaria e contabile o specifiche conoscenze in ciascuno dei settori dell'impresa, ma che egli operi scelte che siano frutto di un'adeguata ponderazione e di un rischio calcolato. S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli*, cit., 67.

⁷⁷⁹ Sul tema si v. anche le considerazioni di D. PISELLI, *La responsabilità degli amministratori verso la società alla vigilia della riforma*, *Le società*, 2003, 1272 e segg.

⁷⁸⁰ E' stato efficacemente notato come in realtà l'incarico di amministratore non sia suscettibile di diversificazioni che possano influire sulla diligenza poiché unica è la funzione amministrativa... con la conseguenza che unico dovrebbe essere il criterio per la valutazione del comportamento, essendo stato omesso dal legislatore un riferimento esplicito alla natura dell'attività esercitata, ex art. 1176 co. 2 del c.c. V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., 406. Diversamente, però, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, cit., 180, secondo cui è necessario distinguere la posizione dell'amministratore unico o delegato da quella dei consiglieri sforniti di tali poteri.

⁷⁸¹ Come suggerisce F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di società per azioni*, *Giur. comm., Supplemento* al n. 3/2004, I, 642-643, occorre distinguere ai fini della ricostruzione del regime della responsabilità degli amministratori, l'ipotesi in cui l'amministrazione pluripersonale si svolge in regime di delega da quella in cui essa venga esercitata collegialmente dal consiglio.

⁷⁸² V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., 406.

Una disposizione del tipo di quella precedentemente vigente avrebbe forse prodotto un effetto paralizzante⁷⁸³ sugli amministratori, oggi investiti dell'esclusiva competenza gestoria.

In ogni caso, precisa l'art. 2392, ferme restando le attribuzioni attribuite al consiglio di amministrazione dal comma 3 dell'art. 2381⁷⁸⁴, gli amministratori sono solidalmente responsabili⁷⁸⁵, se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La formulazione utilizzata dal legislatore lascerebbe, tuttavia, spazio ad un'interpretazione eccessivamente ampia⁷⁸⁶ della responsabilità degli amministratori (sono responsabili...se non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento...), forse in contrasto con il contestuale rinvio al comma 3 dell'art. 2381⁷⁸⁷, se inteso nel senso che la responsabilità dell'amministratore presuppone la conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società da parte dell'amministrazione della società *sulla base delle informazioni ricevute*.

In altri termini, sarebbe preferibile un'interpretazione restrittiva della disposizione sulla responsabilità degli amministratori, argomentando in base alla considerazione che, solo quando abbiano ricevuto informazioni in merito all'esistenza di fatti pregiudizievoli per la società, essi debbano attivarsi quanto possibile per impedirne il compimento o eliminarne le conseguenze dannose, non essendogli al contrario imputabile di non essersi attivati per essere a conoscenza del verificarsi di fatti pregiudizievoli per la società⁷⁸⁸.

La violazione delle disposizioni contenute all'art. 2392 legittima, dunque, l'esercizio di un'azione di responsabilità (art. 2393 c.c.) a seguito

⁷⁸³ Com'è stato sottolineato, infatti, il legislatore della riforma nella rielaborazione delle norme in materia di responsabilità amministrativa avrebbe cercato un nuovo punto di equilibrio fra l'esigenza di non deprimere la propensione al rischio del *management*, da un lato, e la necessità di prevedere una rete efficace di controlli sul suo operato. A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., 1.

⁷⁸⁴ “Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale...sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione...”

⁷⁸⁵ L'art. 2392 prevede, però, che la responsabilità non si estenda a quello tra gli amministratori che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

⁷⁸⁶ La formulazione utilizzata evoca la disciplina della responsabilità civile derivante da esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.) e circolazione dei veicoli (art. 2054), che la dottrina qualifica tendenzialmente come responsabilità oggettiva. Per tutti, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, 3^aed., vol. II, tomo II, 378.

⁷⁸⁷ In questi termini, pare, S. AMBROSINI, *L'amministrazione ed il controllo*, cit., 68.

⁷⁸⁸ Tale conclusione sembrerebbe più confacente alla richiamata abolizione dell'obbligo di vigilanza sulla gestione dell'impresa.

di deliberazione assembleare, che comporta la revoca d'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché venga votata da almeno 1/5 del capitale sociale.

In proposito, però, la novità più significativa introdotta dal legislatore della riforma è quella contenuta all'art. 2393 *bis*, che consente anche ai soci (che rappresentino almeno 1/5 del capitale sociale) o la diversa misura prevista nello statuto (comunque non superiore a 1/3)⁷⁸⁹ l'esercizio dell'azione di responsabilità.

La disposizione è importante, perché rappresenta il tentativo di realizzare un maggior equilibrio tra maggioranza e minoranza in seno alla società⁷⁹⁰.

Pur essendo in questo caso esercitata dalla minoranza, l'azione di responsabilità rimane in ogni caso a vantaggio della società. A differenziarla dalla prima stanno, però, oltre al soggetto legittimato ad esercitarla anche le conseguenze che ne derivano, dal momento che l'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza non comporta la revoca d'ufficio degli amministratori.

Nell'ipotesi considerata l'amministratore risponderà, precisa ancora l'art. 2392, dei danni derivanti alla società, con formulazione che pare ampliare la tutela risarcitoria a favore della società, poiché si riferisce la responsabilità dell'amministratore ai danni causati e non alle perdite subite dalla società⁷⁹¹.

Sul procedimento per l'esercizio dell'azione di responsabilità, incide anche il sistema di amministrazione prescelto. L'adozione del modello dualistico in particolare comporta che l'azione di responsabilità potrà essere esercitata nei confronti dei consiglieri di gestione dalla società, dalla minoranza dei soci e anche dal consiglio di sorveglianza, il quale però in assenza di una ripartizione capitalistica al proprio interno delibererà l'azione di responsabilità a maggioranza assoluta, o dei due terzi dei suoi componenti.

⁷⁸⁹ L'art. 2393 *bis* prevede che nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio, l'azione in questione possa essere esercitata dai soci che rappresentino un ventesimo del capitale sociale o misura minore prevista nello statuto. Si tratta di contrappesi idonei a scongiurare il rischio di "azioni di disturbo". Sempre a tal fine, com'è stato osservato, sarebbe stato opportuno riproporre analogamente a quanto accade nel Testo Unico sull'intermediazione finanziaria, la disposizione che richiede che i soci che esercitano l'azione di minoranza siano iscritti nel libro dei soci da almeno sei mesi.

⁷⁹⁰ E' l'osservazione di G. ALPA, *La riforma del diritto societario*, *Riv. dir. priv.*, 2003, 231, che individua una serie di "disposizioni a favore delle minoranze" (art. 2367 in tema di convocazione dell'assemblea, art. 2409 in tema di denuncia di irregolarità al tribunale e così via). La legittimazione dei soci di minoranza all'esercizio dell'azione di responsabilità era, prima della riforma, riconosciuta solo per le società quotate (art. 129 T.U n. 58 del 1998).

⁷⁹¹ Come è stato osservato, infatti, il riferimento al danno causato, anziché alle perdite consente alla società di rivalersi nei confronti dell'amministratore interessato, non solo per il danno emergente ma anche per il lucro cessante, secondo il generale principio vigente nel nostro ordinamento. Sul tema, A. FRANCHI, *La responsabilità*, cit., 10-12.

In termini generali, ciò che emerge dalla nuova disciplina della responsabilità degli amministratori è, in primo luogo, la tendenza del legislatore a marcarne più nettamente i confini.

In proposito, assume significativo rilievo la riscrittura delle disposizioni a tutela dell'interesse sociale attraverso la nuova disciplina degli interessi degli amministratori (art. 2391 c.c.)⁷⁹².

Ad essere oggi rilevante non è, infatti, l'esistenza di un interesse degli amministratori in conflitto con quello della società, quanto l'esistenza di un interesse che, per conto proprio o dei terzi, l'amministratore abbia in una determinata operazione della società, indipendentemente dalla sua natura conflittuale rispetto all'interesse sociale.

L'amministratore interessato dovrà, dunque, dare notizia in modo esaustivo⁷⁹³ agli altri amministratori e al collegio sindacale dell'esistenza di un interesse proprio o altrui nell'operazione societaria (affinché sia possibile verificarne la potenziale conflittualità o convenienza rispetto all'interesse sociale)⁷⁹⁴.

La deliberazione adottata dal consiglio nell'ipotesi dell'esistenza di un interesse dell'amministratore dovrà poi adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza dell'operazione per la società.

In caso di inosservanza delle disposizioni in materia di obbligo di informazione dell'amministratore interessato⁷⁹⁵ e di motivazione della deliberazione, nonché in caso di deliberazione adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato, la deliberazione, qualora

⁷⁹² Sul tema, in generale, si rinvia alla monografia di L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.

⁷⁹³ L'art. 2391 precisa, in proposito, che l'amministratore nell'informare il consiglio di amministrazione e l'organo sindacale debba precisare la natura, i termini e la portata dell'interesse, con ciò confermando gli obblighi di trasparenza e lealtà richiesti dalla Riforma sul terreno della *governance*. Si tratta di una disposizione che se da un lato, può essere letta in termini di valorizzazione del principio di trasparenza dell'attività societaria, d'altra parte, com'è stato efficacemente osservato, comporterebbe un appesantimento delle adunanze consiliari a causa dell'obbligo di informazione dell'amministratore e della motivazione della delibera da parte del consiglio stesso. G. MINERVINI, *Interessi degli amministratori*, cit., 152. In proposito, si è pertanto suggerito, L. ENRIQUES, *Ad art. 2391*, in A. MAFFEI ALBERTI, (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 768, che l'interesse in presenza del quale andrà applicato l'art. 2391 deve essere qualitativamente e quantitativamente rilevante e che cioè l'utilità prospettata sia tale da poter ragionevolmente influire sulle scelte di un amministratore mediamente diligente e corretto.

⁷⁹⁴ Ad integrazione dell'ultima parte del comma 1 dell'art. 2391 che prendeva in considerazione dell'amministratore delegato, il d. lgs. n. 310 del 2004 ha preso in considerazione, in verità un po' sommariamente, il caso dell'amministratore unico al quale si fa carico di informare l'assemblea in tempo utile.

⁷⁹⁵ La novità rispetto al sistema precedente è che la violazione dell'obbligo di informazione comporta l'annullabilità della delibera del consiglio, anche quando essa sia stata adottata senza il voto determinante dell'amministratore interessato. S. AMBROSINI, *L'amministrazione e il controllo*, cit., 65.

possa arrecare danno alla società⁷⁹⁶, è impugnabile dagli amministratori⁷⁹⁷ e dal collegio sindacale entro 90 giorni⁷⁹⁸.

A tutela dell'essenziale valore della trasparenza della gestione, poi, l'ultimo comma dell'art. 2391 estende la responsabilità dell'amministratore anche ai casi nei quali l'amministratore, venendo meno ad un generale dovere di lealtà nei confronti della società, utilizzi a vantaggio proprio o di terzi dati, notizie o opportunità appresi nell'esercizio del suo incarico⁷⁹⁹.

E' bene ricordare, che si tratta di una delle ipotesi che possono dar luogo alla revoca degli amministratori per giusta causa ai sensi dell'art. 2383 co. 3.

E' interessante, infine, richiamare l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di responsabilità degli amministratori. L'art. 2364, nel definire le competenze dell'assemblea ordinaria prevede, infatti, che l'assemblea deliberi sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla sua competenza, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, *ferme in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti*.

In altri termini, agli amministratori non è più consentito sottoporre alla delibera assembleare la decisione su argomenti attinenti alla gestione della società, dando luogo ad una sorta di "delega speciale" all'assemblea dei soci con conseguente liberazione degli amministratori dalla responsabilità inerente la scelta di gestione assunta dall'assemblea.

Nel precedente sistema si poneva, semmai, il problema di stabilire se vi fosse l'obbligo per gli amministratori di eseguire la deliberazione assembleare in materia gestionale⁸⁰⁰, ma una volta eseguita l'operazione

⁷⁹⁶ Dalla formulazione del legislatore si è dedotto che il giudice chiamato a valutare la deliberazione impugnata sarà chiamato a valutarne la probabile conformità-contrarietà all'interesse sociale. G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 159.

⁷⁹⁷ E' chiaro che la legittimazione all'impugnazione in capo agli amministratori varia a seconda delle diverse ipotesi. In particolare, qualora l'amministratore abbia violato l'obbligo di informazione, saranno legittimati tutti gli amministratori; diversamente nel caso in cui tale obbligo sia stato assolto saranno legittimati solo gli amministratori assenti, astenuti o dissenzienti.

⁷⁹⁸ La deliberazione non può invece essere impugnata da chi ha acconsentito con il proprio voto alla deliberazione qualora siano stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dall'art. 2391.

⁷⁹⁹ E' stata fortemente criticata, in proposito, la scelta dei redattori dell'art. 2391 di non aver tentato di coordinare la nuova normativa con quella contenuta all'art. 2634 c.c. "Infedeltà patrimoniale" (statuito dal d. lgs. n. 61 del 2002), che punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni gli amministratori (e i direttori generali e i liquidatori), che avendo un interesse in conflitto con quello della società compiono o concorrono a compiere atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale. G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 151.

⁸⁰⁰ Sul tema, F. BONELLI, *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364 n. 4 c.c.)*, *Giur. comm.*, 1984, I, 10.

nei termini approvati dall'assemblea la responsabilità degli amministratori si riteneva esclusa.

Così, dunque, secondo la disciplina vigente, gli amministratori, solo ove previsto dallo statuto, potranno chiedere all'assemblea l'autorizzazione per il compimento di determinati atti, ferma restando però la loro responsabilità per il compimento degli stessi.

In proposito, potrebbe forse solo immaginarsi un qualche effetto limitativo della responsabilità degli amministratori, in presenza di un'autorizzazione dell'assemblea, dal momento che diversamente argomentando la società si troverebbe ad agire contro gli amministratori in relazione al compimento di atti che essa stessa aveva precedentemente autorizzato.

In particolare, dovrebbe ritenersi preclusa alla società l'azione di responsabilità nei confronti dei soci, poiché ciò comporterebbe la possibilità per la società di "tornare sui propri passi", determinando un'incertezza nei rapporti tra amministratori e società, che ostacolerebbe il buon andamento e la corretta gestione della società⁸⁰¹.

In conclusione, è utile provare ad immaginare che ricadute le cose dette abbiano sulle società a partecipazione pubblica locale.

Un principio generale che la riforma sembra esprimere è che l'unico interesse in vista del quale gli amministratori (anche di società a partecipazione pubblica) sono tenuti ad agire è quello della società⁸⁰².

Ciò è apparso evidente dalla ricostruzione dei diversi profili dell'amministrazione della società, tra i quali anche quello degli interessi degli amministratori.

Al legislatore, non importa che l'interesse che l'amministratore abbia per contro proprio o *di terzi* in una determinata operazione, sia in conflitto con quello sociale.

Il fatto stesso che egli sia portatore di un "proprio" interesse comporta le conseguenze che si sono viste in ordine al regime delle relative deliberazioni consiliari.

Si vede bene, quanto una tale previsione possa incidere nell'ipotesi in cui l'amministratore sia espressione dell'ente che partecipa alla società, soprattutto alla luce del fatto che l'esclusiva gestione della società (con le responsabilità che ne derivano) è attribuita all'organo amministrativo.

Nello stesso senso, va ricordata la modifica dell'art. 2364, a seguito della quale rimane precluso agli amministratori richiedere all'assemblea l'autorizzazione al compimento di determinati atti di gestione per esonerarsi dalla relativa responsabilità⁸⁰³.

⁸⁰¹ A. FRANCHI, *La responsabilità*, cit., 42-43.

⁸⁰² A. GUACCERO, *Alcuni spunti*, cit., 847.

⁸⁰³ Nel precedente sistema infatti, proprio le autorizzazioni assembleari agli amministratori costituivano il principale strumento di conseguimento di interessi extrasociali, Ancora, A. GUACCERO, *op. ult. cit.*, 848.

Ne dovrebbe seguire una scarsa disponibilità degli amministratori ad attenersi alle direttive dell'organo assembleare, dell'esecuzione delle quali essi rimarrebbero unici responsabili.

Non meno rilevante è, poi, la previsione di un'azione di responsabilità di minoranza verso gli amministratori, che potrebbe rappresentare nelle ipotesi di società a prevalente capitale pubblico, un ulteriore deterrente per gli stessi a discostarsi dall'interesse sociale e un rafforzamento del meccanismo di tutela del patrimonio sociale.

Prima di concludere, è necessario accennare al sistema dei controlli sulle società per azioni disciplinato dal diritto societario.

Come si sa, sono due le prospettive dalle quali il tema va analizzato; quella del soggetto che controlla e quella dell'oggetto del controllo.

In merito, occorre in particolare considerare il ruolo del collegio sindacale, quale tradizionale organo di controllo della società nel rinnovato assetto societario.

L'art. 2403 (doveri del collegio sindacale) precisa che il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Alla prima nomina del collegio sindacale si prevede nell'atto costitutivo; per le successive è competente l'assemblea, salvo il disposto degli artt. 2351, 2449, 2450⁸⁰⁴.

Autonomamente disciplinato dal codice civile è invece il sistema dei controlli contabili (2409-*bis* e seguenti).

E' abbastanza evidente il mutamento di prospettiva rispetto al passato. Vi è oggi uno sdoppiamento della funzione di controllo, sia per quanto riguarda i soggetti ad esso preposti che l'oggetto stesso del controllo.

E' così possibile che mentre il collegio sindacale rimane titolare della funzione di controllo sull'azione della società complessivamente intesa (osservanza della legge e dello statuto, rispetto dei principi di corretta amministrazione, ecc.), il controllo contabile⁸⁰⁵ a norma degli artt. 2409 *bis* e seguenti verrà svolto da un soggetto esterno (revisore contabile o società di revisione iscritti nel registro istituito presso il Ministero della giustizia)⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ Com'è noto, l'art. 2351 si occupa dei presupposti e della creazione di azioni senza diritto di voto; sugli artt. 2449 e 2450 ci si è soffermati a lungo nel capitolo precedente.

⁸⁰⁵ A norma dell'art. 2409- *ter* l'esercizio della funzione di controllo contabile consiste: a) nella verifica della regolare tenuta della contabilità sociale e della corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione; b) nella verifica del bilancio rispetto alle risultanze delle scritture contabili e rispetto alle norme che lo disciplinano; c) nella formulazione di un giudizio sul bilancio.

⁸⁰⁶ L'art. 2403 conclude, infine, prevedendo che il collegio sindacale, eserciti il controllo contabile nel caso previsto dall'art. 2409- *bis*, terzo comma, che ammette che a svolgere il

La *ratio* è chiara; la non appartenenza del soggetto all'organizzazione societaria dovrebbe garantire la maggiore trasparenza ed effettività dei controlli eseguiti⁸⁰⁷.

E' chiaro, d'altra parte, che l'aver mantenuto per le società chiuse l'opzione per il tradizionale modello della competenza del collegio sindacale in ordine alle funzioni di controllo, incide sulla concreta operatività delle nuove disposizioni e rende la dichiarata scissione tra controllo di legalità e controllo contabile più apparente che reale⁸⁰⁸.

Più in generale, le previsioni indicate sono espressione della logica generale della riforma del 2003, di fornire modelli ed opzioni diversi, in modo da consentire alla società di adattare la propria organizzazione alle caratteristiche che presenta⁸⁰⁹.

D'altra parte, il tener distinte (soprattutto nella disciplina dei sistemi di controllo) le società chiuse da quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, rappresenta un'anomalia rispetto alla tendenza generale seguita dal legislatore del 2003 di disciplinare unitariamente il "tipo" della società per azioni.

Ad ogni modo, il nuovo sistema dei controlli delle società va rapportato al modello di amministrazione in concreto adottato dalla società.

Così, ad esempio, l'adozione da parte della società del modello dualistico comporta l'attribuzione al consiglio di sorveglianza (che elegge i componenti del consiglio di gestione ed è sua volta nominato dall'assemblea) delle funzioni di controllo generalmente attribuite al collegio sindacale (art. 2409-*terdecies*); mentre invece il controllo contabile sarà svolto per mezzo del revisore o della società di revisione.

Diversamente, qualora la società adotti il modello monistico, le funzioni di controllo in senso ampio saranno svolte dal comitato di controllo sulla gestione (i cui componenti sono nominati dal consiglio di amministrazione), che si occupa, in particolare, di verificare l'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione (art. 2409-*octiesdecies*).

Ciascuno dei due modelli, suscita qualche perplessità. Il primo, in particolare, potrebbe risultare carente sotto il profilo dell'autonomia del controllore dal controllato.

controllo contabile per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato.

⁸⁰⁷ Così, anche grazie alla previsione di una specifica responsabilità (art. 2409-*sexies*) per i soggetti incaricati dello svolgimento del controllo contabile nei confronti della società, dei soci e dei terzi per danni derivanti dall'inadempimento dei propri doveri.

⁸⁰⁸ In questi termini, M. CERA, *op. cit.*, 361.

⁸⁰⁹ M. CERA, *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, *Giur. comm.*, 2006, I, 360.

Si è detto, in proposito, che il consiglio di sorveglianza avrebbe meno indipendenza e minor distacco rispetto al comitato di gestione di quanta il collegio sindacale ne abbia nei confronti del consiglio di amministrazione⁸¹⁰.

Analoghe considerazioni valgono per quello monistico, nel quale la commistione tra funzione gestoria e funzione di vigilanza rende il modello ancor meno desiderabile dal punto di vista della tutela degli interessi in gioco⁸¹¹.

Il punto è, allora, che la scelta del modello con i suoi inevitabili risvolti sul sistema dei controlli sulla società potrebbe a sua volta rimanere condizionata da alcune variabili (le relazioni interne tra i soci, la maggiore o minore articolazione della compagine societaria la volontà del socio di controllo di tener conto dell'esigenza di un maggiore o minore tasso di incidenza dei controlli, ecc.).

Ne consegue che l'autonomia riconosciuta ai soci nella scelta del modello di amministrazione (e dunque di controllo) rischia di rendere meno rilevanti gli interessi esterni alla società la cui tutela è tradizionalmente affidata ad organi specificamente volti alla vigilanza sulla gestione.

Non può non accennarsi, infine, al controllo giudiziario che oltre ad iscriversi pienamente nel sistema dei controlli, sembra fornire un'interessante chiave di lettura della riforma del 2003, nella misura in cui suggerisce l'idea che si sia in qualche modo inciso sull'effettività della tutela delle minoranze a favore della stabilità degli assetti gestionali⁸¹².

Così è, in particolare, per la limitazione dei casi di esperibilità della denuncia al tribunale *ex art. 2409* per il fondato sospetto che gli amministratori in violazione dei loro doveri abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione *che possono arrecare danno alla società o ad una o più società controllate*.

Non è più sufficiente, dunque, la commissione di irregolarità nella gestione quando queste non siano potenzialmente lesive per la società.

Ancor più evidente, forse, la novità contenuta nella disposizione che offre una "via di fuga" all'assemblea per evitare le conseguenze negative della denuncia al tribunale, attraverso la possibilità di sostituire amministratori e sindaci con soggetti di adeguata professionalità che si attivino senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.

⁸¹⁰ Osserva S. FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma del diritto societario*, *Riv. delle società*, 2003, 875, che il sistema dualistico si tradurrebbe più in un parziale esautoramento dei poteri assembleari che in un reale miglioramento della funzione di controllo.

⁸¹¹ M. CERA, *op. cit.*, 367-369. Dello stesso avviso, S. FORTUNATO, *I "controlli"*, cit., 885.

⁸¹² S. FORTUNATO, *I "controlli"*, cit., 893.

A completare il quadro della disciplina delle responsabilità, può essere utile qualche rapida considerazione sulla disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ad opera del d. lgs. 231 dell'8 giugno 2001 e relativa all'obbligo per l'impresa di predisporre modelli organizzativi adeguati a prevenire le condotte pregiudizievoli e della configurabilità della c.d. colpa "organizzativa" di cui l'ente può essere chiamato a rispondere⁸¹³.

Le disposizioni del decreto n. 231/2001⁸¹⁴ sono interessanti anche ai fini della presente indagine, poiché legano indissolubilmente gli amministratori all'ente⁸¹⁵ per il quale essi agiscono, rispetto alla configurabilità della responsabilità per illeciti amministrativi dipendenti da reato.

In particolare, a norma dell'art. 5 del decreto, l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da chi riveste funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

Solo qualora i soggetti indicati abbiano agito nell'interesse proprio o di terzi l'ente non risponderà dei reati commessi. A destare interesse sono, però, soprattutto le ricadute organizzative che da tale principio derivano.

Secondo quanto disposto dall'art. 6 del decreto, infatti, l'ente non risponde dei reati commessi dai propri "amministratori", qualora provi che: a) l'organo dirigente ha adottato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di

⁸¹³ Sul tema, AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti-d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Ipsoa, 2002, 70 e segg.; S. BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Milano, Ipsoa, 2004; D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d. lgs. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, *Giur. comm.*, 2006, I, 126 e segg.; R. RODORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, *Società*, 2001, 1297 e segg.; V. SALAFIA, *La responsabilità delle società alla luce del d.m. n. 201 del 2003 e delle modifiche al d. lgs. n. 231 del 2001*, *Società*, 2003, 1433; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. n. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, *Società*, 2003, 1305 e segg.

⁸¹⁴ Il decreto citato presenta numerosi profili di rilievo per il diritto penale dei quali però non si tratterà e per l'analisi dei quali si rinvia ai lavori citati alla nota precedente e agli ulteriori riferimenti bibliografici in essi contenuti.

⁸¹⁵ Si tratterà, come precisa l'art. 1 del decreto, di enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica. In proposito, come è stato precisato, gli unici enti pubblici che sono assoggettati al decreto sono quelli che, indipendentemente dalla formale struttura giuridica, agiscono come soggetti di diritto privato o *iure privatorum*, ovvero soggetti pubblici che gestiscono attività imprenditoriale. E. GARAVAGLIA, *La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche: i primi anni di applicazione giurisprudenziale*, *Giur. comm.*, II, 384.

curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo; c) che il reato è stato commesso attraverso l'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione; d) che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

I modelli di organizzazione cui si riferisce l'art. 6 dovranno essere tali da garantire un efficiente sistema informativo nei confronti dell'organo vigilante e un efficace sistema sanzionatorio.

Più precisamente, dovranno essere individuate le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati, previsti protocolli diretti a programmare e attuare decisioni dell'ente in relazione ai reati da pervenire e soprattutto le modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati⁸¹⁶.

Da sottolineare, infine che, benché risalente al 2001, la nuova disciplina della responsabilità amministrativa degli enti ha cominciato ad entrare a regime piuttosto in ritardo, probabilmente anche a causa delle incertezze interpretative che ne hanno accompagnato l'approvazione⁸¹⁷.

6.1. *La "patologia" della relazione interesse pubblico/interesse sociale nella holding per la gestione del servizio. La responsabilità da direzione e coordinamento svolta dall'ente nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui.*

Al tema che qui si affronta delle responsabilità derivanti dalla gestione di imprese in forma societaria può ricollegarsi anche la particolare forma di responsabilità dell'ente pubblico derivante dai danni causati per l'attività di direzione e coordinamento svolta nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, nelle ipotesi in cui la partecipazione pubblica trovi espressione nel fenomeno del gruppo di imprese⁸¹⁸.

⁸¹⁶ Sul punto, Trib. Milano, 20 settembre 2004 e Trib. Roma, 4 aprile 2003, *Guida dir.*, 2003, 66.

⁸¹⁷ In proposito si rinvia a E. GARAVAGLIA, *La responsabilità amministrativa*, cit., ove anche ampi riferimenti bibliografici.

⁸¹⁸ In tema, tra gli altri, G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, Relazione al Convegno "La riforma del diritto societario: prime esperienze applicative, Firenze 22-23 ottobre 2004", dattiloscritto; G. FANELLI, *Considerazioni in tema di controllo reciproco fra società per azioni*, *Riv. soc.*, 1956, 664; ID., *Partecipazione della società in altre società e partecipazioni reciproche, collegamento e controllo di società*, *Riv. soc.*, 1966, 286; F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, *Contratto e impresa*, 1990, 401; ID., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, *Contratto e impresa*, 2002, 1015; M. MAGGIOLO, *L'azione di danno contro società o ente capogruppo*, *Giur. comm.*, 2006, I, 176 e segg.; A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, *Contratto e impresa*, 1986, 71 e segg.; P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999; A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, *Riv. soc.*, 2003, 780 e segg.; AA. VV., *I gruppi di società*, in A. PAVONE LA ROSA, (a cura di) Bologna, 1982; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *Riv. soc.*,

I profili d'interesse che tale istituto riveste ai nostri fini sono più d'uno.

In primo luogo, una constatazione. Non di rado,⁸¹⁹ la gestione dei servizi pubblici locali avviene attraverso il modello del “comune *holding*”⁸²⁰, nel quale l'ente locale gestisce il servizio attraverso la partecipazione, mediante una società *holding*,⁸²¹ in società operative che costituiscono il gruppo locale nel suo complesso⁸²².

In secondo luogo, e principalmente, la problematica degli strumenti di governo societario in funzione di bilanciamento di interessi contrapposti assume, nel caso in esame, contorni particolari⁸²³.

La gestione delle partecipazioni sociali dell'ente locale attraverso una società *holding*⁸²⁴ determina, infatti, il fenomeno della stratificazione e sovrapposizione di livelli societari, cui segue il progressivo allontanamento dell'ente dal livello strettamente operativo di gestione del

2003, 765 e segg.; A. ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, *Contratto e impresa*, 2004, 1104 e segg.

⁸¹⁹ Si tratta, nella maggior parte dei casi, di realtà territoriali di più significative dimensioni. In proposito, si rinvia all'indagine condotta dall'Ufficio Studi di Mediobanca per Fondazione Civicum, i cui risultati sono pubblicati su *Amministrare*, 2006, 133 e segg.

⁸²⁰ G. VALLOTTI, *I nuovi modelli di corporate governance*, cit., 99. La dottrina aveva peraltro sottolineato il carattere di atipicità della società *holding* nel sistema delle forme di gestione dei servizi pubblici locali dal momento che alla *holding* non si richiedeva un'attività propriamente di gestione del servizio, quanto piuttosto di coordinamento delle società che effettivamente provvederanno alla gestione del servizio. In proposito, M. DUGATO, G. PIPERATA, *La gestione dei servizi pubblici per mezzo di società holding*, *Riv. trim. app.*, 2001, 312 e segg. e ancora, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., 381-394; A. VIGNERI, *Servizi e interventi pubblici locali*, cit., 296. E' pur vero, che nell'attuale sistema la questione della necessaria tipicità delle forme di gestione del servizio, appare in qualche modo ridimensionata (vedi *supra* capitolo I). Certo è che pur lasciando da parte l'aspetto patologico delle dinamiche dei gruppi societari è proprio nella loro fisiologia che possono presentarsi problemi interpretativi di non poco rilievo. Si allude, ad esempio, al tema degli affidamenti “quasi *in house*”.

⁸²¹ La dottrina aveva subito sottolineato come il problema del ricorso alla *holding* per la gestione del servizio, derivasse “dalla sostanziale perdita da parte del comune di alcune funzioni strategiche in materia, a vantaggio della capogruppo e dal possibile costituirsi in mano a quest'ultima di una concentrazione di poteri decisionali tale da porre le sedi istituzionali e rappresentative in situazioni di minorità..” M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, cit., 55.

⁸²² Si realizzerebbe, in tal caso, il modello che si è definito di decentramento debole, perché realizzerebbe una separazione tra proprietà e controllo, pur non escludendo del tutto un ruolo attivo dell'ente locale. Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte nel capitolo precedente.

⁸²³ Ad alcuni, è parso che la direzione unitaria potesse rappresentare un estremo ulteriore rispetto al mero controllo azionario, per giustificare il ricorso da parte dell'ente locale al sistema dell'affidamento diretto. C. MATTEI, *La governance delle società*, cit., 535. Più in generale, osserva F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche*, cit., che il diritto societario potrebbe offrire strumenti affiancabili a quelli pubblicistici...atti a garantire il controllo richiesto dalla giurisprudenza comunitaria onde evitare l'applicazione della normativa sugli appalti.

⁸²⁴ In effetti si tratta di una modernizzazione del tradizionale sistema delle partecipazioni statali gestite attraverso i c.d. enti di gestione. In proposito, si rinvia alla compiuta analisi condotta da F. A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967, 191 e segg.

servizio, nel quale l'interesse pubblico viene così percepito in maniera sfumata⁸²⁵.

In proposito, la dottrina ha evidenziato l'esistenza di un rischio "marginalizzazione" degli enti locali per il peso economico progressivamente acquisito dalle *holdings*, la complessità delle iniziative economiche poste in essere, la moltitudine e la tendenziale debolezza degli enti locali rappresentati nelle assemblee societarie nonché i condizionamenti derivanti dalla quotazione in borsa delle società⁸²⁶.

Sembra, allora, che le esigenze di governo della compagine societaria pubblica nell'ipotesi del gruppo⁸²⁷ si presentino sotto una duplice prospettiva; quella del rapporto tra interesse pubblico e interesse sociale nella relazione tra società capogruppo e società operative e quella (analizzata più specificamente nel capitolo precedente) del conflitto tra interessi di natura diversa all'interno della società stessa.

Nel diritto societario riformato il fenomeno del gruppo⁸²⁸, (che peraltro il legislatore non definisce), viene regolamentato, per quello che ora interessa, essenzialmente⁸²⁹ in una prospettiva "patologica", attraverso la definizione di una responsabilità da direzione e coordinamento⁸³⁰ nei confronti della società o dell'ente, che abbiano agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime⁸³¹.

Prima di delinearne brevemente i presupposti e senza pensare di poter trattare qui compiutamente il fenomeno dei gruppi d'impresa, per l'analisi del quale si rinvia ai più specifici contributi già richiamati, è necessario precisare che uno degli esiti principali del dibattito dottrinale

⁸²⁵ Così M. DUGATO, *Il finanziamento delle società*, cit., 562-563.

⁸²⁶ M. CAMMELLI, *Le autonomie tra sistemi locali e reti: profili istituzionali*, in ID., (a cura di), *L'innovazione tra centro e periferia. Il caso Bologna*, Bologna, 2004, 19.

⁸²⁷ In generale, sulle modalità di aggregazione e cooperazione societaria nel settore delle *public utilities* si rinvia a A. GILARDONI, G. LORENZONI, *Public utilities. Alleanze e aggregazioni*, Milano, 2003.

⁸²⁸ Com'è stato precisato, le disposizioni contenute agli artt. 2497 e segg. rappresentano una disciplina "transtipica", nel senso che sono stati introdotti una serie di principi generali, che trovano applicazione per ogni società appartenente ad un gruppo. Così, A. ZOPPINI, U. TOMBARI, *Intestazione fiduciari e nuova disciplina dei gruppi di società*, *Contratto e impresa*, 2004, 1105.

⁸²⁹ La disciplina dei gruppi nel nuovo ordinamento societario, è costituita, peraltro, anche da una serie di disposizioni specifiche per l'ipotesi in cui la società faccia parte di un gruppo. Così, solo a titolo esemplificativo: a) l'art. 2381, co. 5, a proposito dell'obbligo degli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggiore rilievo per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate; b) l'art. 2403-bis, co. 2, che consente una collaborazione tra i sindaci di società di gruppo, altrimenti esclusa dall'art. 2407, co. 1 (obbligo di riservatezza dei sindaci). Su questi e altri aspetti della disciplina dei gruppi, A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate*, cit., 780 e segg.

⁸³⁰ Al tema è dedicato il capo IX del titolo V del titolo V del codice civile.

⁸³¹ E' quanto prevede l'art. 2497 del c.c.

in materia è l'affermazione secondo cui l'interesse sociale della *holding* e quello delle controllate sono interessi tra loro omogenei⁸³².

La prima persegue, infatti, in modo mediato e indiretto il medesimo interesse che le seconde perseguono in modo immediato e diretto⁸³³. Presupposto della ricostruzione proposta è che al gruppo di società, pur nella pluralità delle soggettività giuridiche che lo compongono, corrisponderebbe un'unica impresa⁸³⁴, con la conseguenza che alla *holding* spetterebbero la direzione ed il coordinamento tecnico dell'impresa e alle società controllate le ulteriori fasi di produzione e scambio nella medesima impresa.

Rispetto alla gestione del servizio pubblico locale, il fenomeno del gruppo si presenta piuttosto diversificato.

Così allora, il comune potrà costituire una *holding*, che a sua volta costituisce o partecipa a società operative o invece affidarle il compito di affiancarlo nella conduzione delle società operative

Potrà infine, verificarsi l'ipotesi per cui le società operative siano partecipate tanto dall'ente quanto dalla *holding*, con o senza partecipazione di altri soggetti⁸³⁵.

Ad ogni modo, ciò che qui interessa è valutare che cosa comporti sul piano della *governance* la gestione del servizio per mezzo di una società *holding*.

Sono due le considerazioni dalle quali si intende partire. L'effetto "dissolvenza" che investirebbe l'interesse pubblico nel gruppo di imprese imporrebbe all'ente locale la ricerca di soluzioni che consentano di verificare, a maggior ragione nella dispersione della partecipazione azionaria nei diversi livelli societari, la conformità dell'attività di gestione del servizio agli obiettivi di tutela dell'interesse della collettività cui essa è preordinata⁸³⁶.

A parere di chi scrive, anche la disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento può in questo senso produrre qualche risultato.

⁸³² In questo senso, veniva negato che l'interesse della *holding* rispetto a quello delle controllate fosse un interesse extrasociale e che conseguentemente gli amministratori della *holding* che votano nelle seconde fossero in una situazione di conflitto di interessi. F. GALGANO, *L'oggetto della holding*, cit., 402.

⁸³³ F. GALGANO, *L'oggetto della holding*, cit., 401.

⁸³⁴ Proprio la non sovrapposibilità tra realtà economica e costruzione giuridica ha caratterizzato il tradizionale approccio al tema dei gruppi di imprese. Sul punto, F. GALGANO, *L'oggetto della holding*, cit., 402.

⁸³⁵ Così M. DUGATO, G. PIPERATA, *La gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 325.

⁸³⁶ Diversamente, ipotesi di alleanze societarie (quali quella tra Aem Milano e Asm Brescia) finirebbero per diventare semplici aggregazioni di quote azionarie, lontane dal territorio e governate da forze e interessi senza volto, anziché come opportunità di modernizzazione. A. BONOMI, *Liberalizzazioni, capitalismo*, cit., 840.

L'altra considerazione riguarda l'omogeneità che, si diceva, caratterizzerebbe, in generale, la relazione tra interesse sociale della *holding* ed interesse sociale delle controllate.

La domanda è dove andrà collocato in questo contesto l'interesse pubblico perseguito dall'ente locale che costituisce la *holding* o ad essa partecipa.

Indipendentemente dall'adesione o meno alla concezione che vuole l'interesse del socio pubblico un interesse "extrasociale"⁸³⁷ rimane il fatto che in ragione del primo la società viene costituita e deve agire, con la conseguenza che non può pensarsi che ciò non produca alcuna influenza nella vita della società.

Più complicato è, semmai, stabilire se l'interesse pubblico faccia ingresso nella società attraverso i normali percorsi di diritto societario o meno.

Tornano utili, in proposito, le considerazioni svolte nel capitolo precedente in merito alla tipologia di società che l'ente costituisce. Sembra evidente, infatti, che qualora la *holding* sia ad integrale partecipazione dell'ente locale, vi sarà corrispondenza tra interesse pubblico e interesse sociale, con la conseguenza, che la dialettica interesse pubblico/interessi privati riguarderà solo la relazione tra società capo-gruppo e società operative.

Diversamente, invece, nell'ipotesi in cui l'ente locale condivide con altri soggetti (specie se privati), la partecipazione alla *holding*, il conflitto tra interessi agirebbe su due livelli.

L'entità della partecipazione pubblica rimane rilevante nelle società operative ma in senso parzialmente diverso. Se, infatti, la composizione della compagine azionaria nella capo gruppo influisce sul grado di condizionamento delle società operative, rispetto a queste ultime la circostanza che il capitale sia totalmente pubblico o meno, presenta più immediata incidenza sull'attività strettamente operativa della gestione del servizio e dunque sull'indirizzo dell'attività sociale alle finalità generali per le quali il servizio viene erogato.

Tornando alla responsabilità da direzione e coordinamento *ex art.* 2497, conviene in primo luogo osservare che, nel prevedere la diretta responsabilità della società o dell'ente⁸³⁸, il legislatore sembra aver

⁸³⁷ In proposito, si rinvia a quanto detto al § 1 del capitolo II.

⁸³⁸ Necessario perché venga imputata la responsabilità in questione è che la società o l'ente nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, agiscano nell'interesse proprio altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, causando un pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale o una lesione all'integrità del patrimonio della società. La dottrina ha peraltro sottolineato come sia possibile interpretare tale responsabilità come sussidiaria, rispetto a quella della controllata, argomentando dalla formulazione letterale dell'art. 2497, che espressamente dispone "che i soci e i creditori della controllata possono agire nei confronti della controllante solo quando non siano stati soddisfatti dalla controllante". D'altra parte, si è osservato che in un contesto nel quale la

rafforzato il principio secondo cui unico parametro di valutazione della legittimità dell'attività societaria sarebbe l'interesse sociale⁸³⁹.

Così, allora, da un lato, gli amministratori non sono più esonerati da responsabilità nel caso in cui sottopongano scelte gestorie all'autorizzazione dell'assemblea⁸⁴⁰, con l'obiettivo di compiere, sempre su indicazione dell'assemblea, atti di gestione in direzione di interessi extrasociali.

Dall'altro, anche la società o l'ente che svolgano attività di direzione e coordinamento, agendo per un interesse diverso da quello sociale (interesse imprenditoriale proprio o altrui) diventano direttamente responsabili dei danni arrecati.

D'altra parte, la nuova disciplina dei gruppi sembra ispirata proprio al sospetto che gli amministratori della controllata siano la *longa manus* degli amministratori della controllante⁸⁴¹.

In tal modo, sia la ridefinizione della relazione tra assemblea ed amministratori nella società, che la disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento costituiscono attuazione del più generale principio di esclusiva gestione della società da parte dei "suoi" amministratori.

Ai fini dell'imputabilità della responsabilità da direzione e coordinamento, l'art. 2497 richiede però il verificarsi di una serie di presupposti.

Intanto, occorre precisare che si presume⁸⁴² che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalle società o enti tenuti al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controllano ai sensi dell'art. 2359⁸⁴³, con estensione dell'applicazione della disciplina in questione anche all'ipotesi dell'esercizio dell'attività di direzione e

definizione della responsabilità da direzione e coordinamento riveste un ruolo centrale, l'interpretazione della responsabilità della capo gruppo come sussidiaria, avrebbe l'effetto di relegare in un ruolo residuale l'azione per far valere tale responsabilità. Così, M. MAGGIOLO, *L'azione di danno*, cit., 182.

⁸³⁹ A. GUACCERO, *Alcuni spunti*, cit., 848.

⁸⁴⁰ E' quanto prevede l'art. 2364, n. 5. Si rinvia, in proposito, nel capitolo precedente.

⁸⁴¹ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma*, cit., 1025.

⁸⁴² Cfr., art. 2497-*sexies*.

⁸⁴³ A norma dell'art. 2359 sono controllate:

- le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria;
- le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa. Sul tema, M. LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995.

coordinamento per mezzo di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.

Prima di considerare gli ulteriori presupposti che la legge richiede ai fini dell'imputazione della responsabilità in questione⁸⁴⁴, è necessario soffermarsi proprio sulla nozione di direzione e coordinamento utilizzata dall'art. 2497 c.c.⁸⁴⁵.

In particolare, dopo aver richiamato le nozioni di controllo interno di diritto e di fatto, il legislatore include tra le ipotesi in cui si presume l'esercizio di attività di direzione e coordinamento, anche quella del c.d. controllo contrattuale, in cui cioè una società eserciti un'influenza dominante su un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ancora. La responsabilità da direzione e coordinamento sorge in capo alla società o all'ente (che tali attività esercitano) in seguito alla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Formulazione questa, che ha sollevato dubbi in dottrina circa la ricostruzione tipologica di tale forma di responsabilità.

Così se, per alcuni, il richiamo alla violazione dei principi di gestione societaria, sarebbe un chiaro sintomo della sua natura contrattuale⁸⁴⁶, secondo altri, la fattispecie *ex art. 2497 c.c.* integrerebbe un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale⁸⁴⁷.

A bilanciare l'apparente severità della disciplina prevista dall'art. 2497 c.c., il legislatore precisa, però, che non vi sarebbe responsabilità qualora il danno venisse a mancare alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Come a dire che, nel caso in cui l'azione della capo-gruppo, pur se in violazione dei principi di corretta gestione societaria, si rivelasse conforme all'interesse di gruppo⁸⁴⁸, verrebbero meno i presupposti per far valere tale forma di responsabilità.

⁸⁴⁴ In proposito, si rinvia alle considerazioni di G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento*, cit.

⁸⁴⁵ La formula direzione e coordinamento rappresenterebbe un sintagma e dunque un'unica fattispecie da considerare unitariamente. Ancora, G. ALPA, *op. ult. cit.*, 1.

⁸⁴⁶ A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili*, cit., 770; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, cit., 426; M. MAGGIOLO, *L'azione di danno*, cit., 190.

⁸⁴⁷ A. JORIO, *I gruppi*, in P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario*, cit., 199; G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 4, che nel ricondurre la responsabilità *ex art. 2497* all'alveo della responsabilità extracontrattuale, argomentando in base alla considerazione che legittimati ad agire sono i soci e i creditori della società assoggettata a direzione e coordinamento, che nessun rapporto hanno con la società o l'ente che esercitano tale attività, parla, tuttavia, di responsabilità "speciale".

⁸⁴⁸ In altre parole, verrebbe meno la responsabilità *ex art. 2497*, nel momento in cui il risultato complessivo dell'attività da direzione e coordinamento fosse la realizzazione dell'interesse di gruppo cui mira la *holding* e in particolare il beneficio che l'intero gruppo e di riflesso le singole controllate conseguono o prevedono di conseguire. F. GALGANI, *I gruppi*, cit., 1033.

L'art. 2497 c.c. individua, poi, nel socio e nel creditore sociale i soggetti legittimati ad agire rispettivamente per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale e per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

Non si fa invece menzione della società controllata dal momento che, evidentemente, proprio perché governata dalla *holding*⁸⁴⁹, difficilmente intenderà rivalersi del danno cagionatole, tranne che, ad esempio, nell'ipotesi in cui la partecipazione di controllo venga nel frattempo ceduta ad altra *holding*⁸⁵⁰.

Non può non accennarsi, infine, alla disciplina del recesso del socio di società soggetta a direzione e coordinamento che a norme dell'art. 2497-*quater* del codice civile viene limitato a tre ipotesi distinte.

In particolare, si tratta dei casi in cui: a) la società che esercita la direzione o il coordinamento abbia disposto il mutamento dello scopo sociale, ovvero abbia deliberato una modifica del suo oggetto sociale, consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta a direzione e coordinamento; b) a favore del socio sia stata pronunciata condanna di chi la direzione e il coordinamento ai sensi dell'art. 2497; c) all'inizio e alla cessazione della direzione e del coordinamento quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne derivi un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto.

La nuova disciplina dei gruppi e in particolare della responsabilità da direzione e coordinamento dovrebbe sortire effetti positivi anche sul funzionamento delle società a partecipazione pubblica.

Così, in particolare, l'indicazione dell'interesse sociale come parametro unico di verifica dell'attività sociale, anche nel caso delle società a partecipazione pubblica, potrebbe contribuire a relegare le istanze pubblicistiche fuori dalla società, per collocarle nella fase preliminare alla sua costituzione e relativa tanto al momento di programmazione e regolazione del servizio, di cui l'ente locale rimane depositario esclusivo, che al momento costitutivo della società (l'individuazione dei soci, la definizione dell'oggetto sociale..).

Se così fosse, la società potrebbe efficacemente disporre degli ordinari strumenti di diritto societario per comporre i conflitti ad essa interni ed agire "liberamente" nel perseguimento di quegli obiettivi (pubblici) per i quali è stata costituita.

⁸⁴⁹ In proposito, A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo*, cit., 737, parlava di "società a sovranità limitata".

⁸⁵⁰ Sul punto, F. GALGANO, *I gruppi*, cit., 1038.

7. *Un'ipotesi per concludere. L'adeguatezza degli strumenti privatistici di controllo sulle società che gestiscono un servizio pubblico locale.*

Il quadro che ci viene consegnato dalle riforme degli anni scorsi, che a vario titolo hanno inciso sul sistema delle società per la gestione dei servizi pubblici locali si presenta, come si è visto, piuttosto articolato.

Non sono poche le ambiguità che si sono registrate e molte sono le domande che meriterebbero più attenta riflessione e le questioni che qui, per brevità, non si sono trattate⁸⁵¹.

Ad ogni modo, è necessario svolgere qualche rapida considerazione al termine dell'indagine svolta.

Sullo sfondo. Con il passaggio "all'amministrazione di economia"⁸⁵² la sfera di organizzazione pubblica basata su enti speciali e indipendente da figure di diritto privato doveva ritenersi superata a favore di una in cui pubblico e privato convivono⁸⁵³.

E' singolare, peraltro, è stato osservato, che l'amministrazione pubblica, così gelosa delle sue prerogative, invochi il soccorso del diritto privato quando vuol impiantare qualcosa di nuovo, che brilli per la sua efficienza e produttività [...] quando l'utilità sociale non è raggiungibile al di fuori del confronto con le regole dell'economia⁸⁵⁴.

A guardare alle società a partecipazione pubblica come cartina tornasole del rapporto tra pubblica amministrazione e diritto privato sembra, però, doversi osservare che la prima si è avvicinata al secondo il più delle volte per "adattarlo" secondo le proprie necessità e caratteristiche.

In generale, i processi di privatizzazione realizzati negli anni scorsi hanno impedito, per il modo in cui sono stati gestiti, che il diritto privato potesse divenire quel "diritto comune a pubblici e privati operatori secondo la nota formula di Giannini"⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ Una per tutte, la relazione tra i beni pubblici e le società private che ne sono intestatarie.

⁸⁵² L'espressione è di G. BERTI, *Introduzione*, cit., 15.

⁸⁵³ In proposito, S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, cit., 382 parla di "insufficienze delle amministrazioni pubbliche", osservando come l'accollo di nuovi compiti all'amministrazione abbia proceduto ad una velocità e con una intensità superiori alle possibilità di adeguamento dei nuovi compiti delle strutture, del personale delle procedure. In proposito, autorevole dottrina sottolineava come al contatto con l'economia il pubblico potere fosse rimasto "privatizzato". F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica, Contratto e impresa*, 1985, 359.

⁸⁵⁴ Sono parole di G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 178.

⁸⁵⁵ Sul punto, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 866.

Il passaggio al diritto privato⁸⁵⁶ è stato infatti accompagnato da deroghe così significative ed eccezioni così rilevanti che hanno cominciato a proliferare espressioni come “diritto privato speciale”⁸⁵⁷, “società di diritto singolare”⁸⁵⁸ e così via.

Il risultato è un insieme di regole ed istituti difficilmente riconoscibili. In una cornice privatistica si inseriscono tali e tante sfumature di colore pubblicistico che il quadro presenta contorni assai sfumati che rendono all’interprete quasi impossibile ricostruire i soggetti.

Fuor di metafora, il ricorso a strumenti di diritto privato per l’organizzazione amministrativa⁸⁵⁹ avrebbe ridotto di fatto la tipicità dei soggetti pubblici⁸⁶⁰. L’organizzazione si decolora e perde incisività; non è più protettiva “come una grande madre di tutte le garanzie”⁸⁶¹.

La reazione più diffusa alla frammentazione del sistema organizzativo, in qualche modo guidata dal timore di un abbassamento del livello di garanzie offerte dal diritto pubblico è stata, come si è visto, quella dell’estensione di una disciplina di tipo pubblicistico ai soggetti risultanti dagli interventi di privatizzazione, nell’erronea convinzione che gli interessi pubblici potessero essere efficacemente perseguiti solo attraverso strumenti di tipo pubblicistico.

Prima di procedere oltre è necessario precisare a cosa ci si riferisce. Un conto è l’estensione a soggetti privati della disciplina tipica dell’attività amministrativa, sul presupposto che, ad esempio, il gestore di un pubblico servizio “non possa nascondersi dietro alla sua natura privata per sottrarsi al rispetto dei principi fondamentali in materia di attività amministrativa”⁸⁶².

⁸⁵⁶ L’orientamento seguito dal Consiglio di Stato del quale si è dato conto nel capitolo secondo, di definire pubblico ciò che il legislatore ha definito privato rischia di mettere in discussione l’illimitata capacità di quest’ultimo di consentire all’amministrazione di agire secondo strumenti sostanzialmente differenti da quelli pubblici. Così, M. DUGATO, *Diritto dell’amministrazione e mercati*, in corso di pubblicazione nel volume per il 50° della Corte Costituzionale, 19.

⁸⁵⁷ E’ la stessa Corte costituzionale che in questi termini si esprime a proposito delle società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici nella nota pronuncia n. 466 del 1993.

⁸⁵⁸ C. IBBA, *Le società “legali”*, cit., 17 e segg.

⁸⁵⁹ Sul tema dell’organizzazione in generale si rinvia tra le altre alle voci di G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, *Dig. Disc. Pubb.*, Torino, 1995, X, 513 e segg.; C. FRANCHINI, *L’organizzazione*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 251 e segg., ed ai riferimenti bibliografici in esse contenuti.

⁸⁶⁰ Ciò comporta la difficoltà di ricostruire la nozione di pubblica amministrazione in senso soggettivo; difficoltà aggravata anche dall’interpretazione seguita dall’ordinamento comunitario. Sul punto, S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915 e segg.

⁸⁶¹ Sono parole di G. BERTI, *Introduzione*, cit., 18.

⁸⁶² Così, da ultimo, Tar Lazio, sez. III, 4 dicembre 2006, n. 13599, www.dirittodeiservizipubblici.it, che ribadisce la sussistenza del diritto di accesso anche per gli atti degli enti pubblici economici e dei gestori di pubblici servizi.

In questo caso il principio, condivisibile e oggi codificato in via legislativa⁸⁶³, è quello secondo cui l'attività amministrativa segue certe regole indipendentemente dalla natura del soggetto gestore⁸⁶⁴.

Si tratta, di un percorso argomentativo che risente dell'impostazione tradizionale del diritto amministrativo, secondo cui dall'amministrazione occorre proteggersi; con la conseguenza che le garanzie tipiche dell'attività amministrativa svolta secondo moduli pubblicistici vengono riconosciute indifferentemente anche quando l'amministrazione agisca secondo formule privatistiche⁸⁶⁵.

Altra cosa è immaginare che un soggetto privato, incaricato della tutela di interessi pubblici, debba rimanere soggetto a controlli di tipo pubblicistico.

Altra cosa è, in particolare, pensare di poter applicare un istituto qual è quello della responsabilità amministrativa, ad un soggetto privato.

Anche in questo caso rimane, è vero, la fondamentale esigenza di tutela di risorse pubbliche, funzione essenziale della responsabilità amministrativa.

Si sono ricordate, inoltre, le ragioni in base alle quali la giurisprudenza contabile e (oggi anche ordinaria) ammette la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche.

La domanda è, però, se non sia possibile ottenere gli stessi risultati utilizzando gli strumenti predisposti dal diritto societario.

Su questo è utile soffermarsi ancora un momento. L'analisi condotta sulla disciplina delle società a partecipazione pubblica ha mostrato come la sola parte lasciata al diritto privato, (sia pur con qualche adattamento legato alla natura pubblica del socio) sia quella relativa alle dinamiche che ne governano il funzionamento (ruolo e attribuzioni degli organi, relazioni tra gli stessi e così via).

Si è visto, poi, che con la riforma dell'ordinamento societario del 2003 si sono introdotte alcune modifiche che potrebbero avere un effetto benefico anche nei confronti delle partecipate pubbliche.

E' forse utile qui richiamarle ancora una volta. La nuova disciplina del conflitto di interessi degli amministratori, l'attribuzione in via esclusiva all'organo amministrativo della gestione della società, la

⁸⁶³ Il riferimento è evidentemente all'art. 1 – *ter* della l. n. 15 del 2005, secondo cui i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1.

⁸⁶⁴ Nello stesso senso può essere letta l'estensione dei controlli di gestione alle società a partecipazione pubblica.

⁸⁶⁵ In proposito, G. SALA, *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, *Diritto e società*, 2005, 48. suggerisce la definizione di uno "statuto di quelle attività che istituzionalmente dirette all'utilità sociale, sono di naturale pertinenza di un ordinamento imperniato su regole coerenti con la doverosità della loro azione".

previsione della responsabilità da direzione e coordinamento per l'ente che agisce nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, sono elementi che sembrano agire tutti nella direzione di orientare l'attività della società esclusivamente all'interesse sociale⁸⁶⁶.

L'interesse pubblico per il quale la società viene costituita o partecipata rimane così sullo sfondo come "motivo" e non "causa" del contratto sociale.

La sua tutela sembra però rafforzarsi proprio se le società pubbliche possono agire esattamente come quelle private⁸⁶⁷.

Lasciare che le società vengano interamente (ad eccezione dei profili che sopra si sono richiamati) disciplinate secondo la propria disciplina potrebbe garantirne i risultati migliori.

Non è scontato dirlo perché invece, ad esempio, proprio l'imputazione di una responsabilità amministrativa agli amministratori di società pubbliche potrebbe contraddire questo principio.

Opportunamente, veniva ricordato che il pregio del modello delle società per azioni starebbe proprio nella standardizzazione della loro disciplina.

Tutte le deroghe di segno pubblicistico renderebbero, infatti, le società a partecipazione pubblica società di serie B, incapaci di competere alla pari con gli altri operatori⁸⁶⁸, il che avrebbe dovuto rappresentare proprio una delle ragioni per le quali il modello veniva preferito a quelli pubblicistici.

D'altra parte, l'esperienza non sempre positiva di questi anni suggerisce un cambiamento di rotta.

Il sistema di "coamministrazione" che caratterizzava l'ente e la "sua" azienda⁸⁶⁹ si è in molti casi riproposto nella veste della società a partecipazione pubblica locale.

La separazione tra il momento politico e quello di gestione che poteva essere finalmente realizzata attraverso una struttura autonoma e dotata di regole proprie si è rivelata non di rado più apparente che reale.

La tendenza dell'ordinamento sembra, infatti, ancora quella di legittimare forme di immedesimazione tra l'ente e la società che gestisce il servizio.

⁸⁶⁶ Così A. GUACCERO, *Alcuni spunti*, cit., 847. Del resto se davvero, come è stato sottolineato, l'interesse sociale si presenta oggi piuttosto come un alveo nel quale confluiscono e reciprocamente si pongono in rapporto istanze diverse, sarebbe anche naturale che in esso possano confluire anche gli interessi di cui è naturale portatrice la pubblica amministrazione. R. RODORF, *Le società "pubbliche"*, cit., 427. Sulla rinnovata concezione di interesse sociale, P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, *Giur. comm.*, 2000, I, 795 e segg.

⁸⁶⁷ N. IRTI, *L'ordine giuridico*, cit., 111.

⁸⁶⁸ Sul punto, G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale*, cit., 746.

⁸⁶⁹ L'espressione è di M. CAMMELLI, *Rapporti tra ente locale e azienda speciale nella legge di riforma delle autonomie locali, Regione e governo locale*, 1990, 774.

Anche lasciando da parte l'ipotesi estrema delle gestioni *in house*, rimane il fatto che il sistema della nomina pubblica degli amministratori, pur se giustificabile alla luce degli obiettivi pubblicistici che la società persegue, per certi versi è causa di disfunzioni che condizionano l'efficienza delle società.

Intanto, lo si è già sottolineato, le nomine politiche rendono inevitabile la commistione tra politica e gestione che almeno astrattamente si sarebbe voluta eliminare, demotivando e deresponsabilizzando al tempo stesso l'organo amministrativo.

In una diversa prospettiva, la concentrazione dei poteri di nomina nel Sindaco, svislaccia il ruolo del consiglio comunale di rappresentazione esplicita delle esigenze degli utenti⁸⁷⁰.

Proprio sul ruolo dell'organo amministrativo nella gestione della società, invece, si gioca la possibilità di rendere l'utilizzo della società per azioni per finalità pubblicistiche il più proficuo possibile⁸⁷¹. Il nuovo diritto societario, come si è ricordato, in questo senso può essere di qualche aiuto⁸⁷².

Veniamo ora al tema dei controlli sulle società. Come si è visto, gli interventi di privatizzazione e liberalizzazione che hanno caratterizzato la più recente esperienza nel settore degli enti locali, non hanno eliminato la necessità e l'opportunità dell'esercizio di controlli efficaci degli enti locali sull'erogazione dei servizi.

D'altro canto, l'idea di un controllo "direzionale" del comune sull'impresa è già di per sé un fatto eccezionale. Ancora valida, dunque, l'osservazione di Minervini in merito alla necessità di individuare assetto istituzionale e procedure capaci di garantire l'utilizzazione delle società a partecipazione pubblica per fini pubblici senza sacrificare il potere politico, da un lato e l'autonomia manageriale, dall'altro⁸⁷³.

⁸⁷⁰ Ancora, M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, 773.

⁸⁷¹ In proposito, opportunamente, V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, *Giur. comm.*, 1994, I, 34, nel commentare la prima disciplina organica delle società comunali per la gestione dei servizi pubblici sottolineava la necessità di individuare "strumenti che senza sconvolgere il sistema dei controlli ed anzi cercando di rinforzare la trasparenza dell'azione amministrativa potessero permettere ai comuni di fare in un mese ciò che essi riuscivano a fare in un anno aggiungendo che senza dubbio le società a partecipazione comunale avrebbero rappresentato un mezzo utile in questa direzione.

⁸⁷² Ancora da verificare, tuttavia, in che modo e in che tempi il nuovo complesso di regole verrà applicato dagli operatori. Sul tema, P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario. Dottrina, giurisprudenza, prassi applicative alla luce dei dati statistici: spunti di riflessione*, *Giur. comm.*, I, 504 e segg.

⁸⁷³ Sul punto, G. MINERVINI, *Società a partecipazione pubblica*, cit., 195. Nello stesso senso, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 195.

E' vero, peraltro, che il Comune riveste contemporaneamente il ruolo di azionista e quello di rappresentante della domanda di servizio espressa dalla collettività di riferimento⁸⁷⁴.

I controlli sulla gestione del servizio complessivamente intesa, che si sono descritti nei paragrafi precedenti possono ben rappresentare questa duplicità.

Però, come si diceva, dovrebbe trattarsi di controlli diversi a seconda degli obiettivi da realizzare.

Così, allora, l'idea di controlli "esterni" che possano condizionare direttamente l'attività sociale (come sono quelli esercitati dalla Corte dei Conti) produrrebbe risultati insoddisfacenti⁸⁷⁵.

Il timore di esporsi ad un duplice regime di responsabilità (civile e amministrativa)⁸⁷⁶ avrebbe l'effetto di burocratizzare e paralizzare l'organo amministrativo, dissolvendo le ragioni stesse del ricorso al modello societario⁸⁷⁷.

Né, d'altra parte, il cumulo delle responsabilità sembra derivare dall'esigenza di colmare una lacuna dell'ordinamento, perché esprime piuttosto il pregiudizio dell'inidoneità degli strumenti di diritto privato rispetto al perseguimento di fini pubblici.

Ma se si guardasse alla "sostanza delle cose"⁸⁷⁸, non (come non di rado suggerito dalla giurisprudenza amministrativa) soltanto per svilire la veste formale del soggetto agente, ma anche per misurare l'idoneità delle azioni e dei rimedi offerti dal diritto privato in ragione degli effetti e dei risultati prodotti, gli esiti potrebbero essere diversi e sorprendenti.

Diritto pubblico e diritto privato diventerebbero "insiemi di strumenti e rimedi ai quali si può ricorrere in alternativa, o che possono essere coordinati in relazione alla medesima fattispecie ma non sovrapposti e cumulati, pena la distorsione degli istituti...e la mortificazione dell'attività d'impresa"⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ A. VIGNERI, *Il controllo del Comune*, cit., 408.

⁸⁷⁵ D'altra parte, osserva D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo*, *Dir. Amm.*, 2006, 266 e 267, l'istituto della responsabilità amministrativa, in ragione del carattere di doverosità dell'azione e dell'attribuzione della relativa legittimazione ad un soggetto estraneo alla compagine sociale, apparirebbe estraneo alla *ratio* del diritto societario e che per il "permanere della sua forte specialità amministrativa non appare in armonia... ma può sembrare addirittura di ostacolo alla modernizzazione del diritto delle pubbliche amministrazioni".

⁸⁷⁶ Sulle questioni derivanti dal cumulo di giurisdizioni, V. DOMENICHELLI, *Responsabilità amministrative giurisdizione (le confuse linee di confine tra le giurisdizioni, Diritto e società*, 2003, 313-315.

⁸⁷⁷ U. LOI, *Il modulo della S.p.A. come modello privatistico*, cit., 25.

⁸⁷⁸ A questo criterio autorevole dottrina si richiama per affermare che alla responsabilità amministrativa vanno assoggettati tutti coloro che siano inseriti in amministrazioni qualificabili tali sulla base di indici sostanziali di pubblicità. Si v., in proposito, le considerazioni di F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, *Dir. Amm.*, 2006, spec. 18-21.

⁸⁷⁹ L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa*, cit., 235.

Diritto pubblico e diritto privato nella disciplina delle società a partecipazione pubblica sarebbero così non più in antagonismo ma in equilibrio⁸⁸⁰; un equilibrio mutevole che tenga conto di controlli diversi in ragione del soggetto da controllare⁸⁸¹.

Così, in conclusione, meglio sarebbe, individuare strumenti e procedure che assicurino il corretto funzionamento delle regole societarie⁸⁸².

La varietà dei sistemi di amministrazione e di controllo oggi disponibili consente agli enti locali di adattare alle proprie caratteristiche la struttura societaria.

La previsione di forme di controllo che dall'interno verificano la conformità svolta all'interesse sociale⁸⁸³, il rafforzamento e la conseguente responsabilizzazione dell'organo amministrativo⁸⁸⁴, la disciplina dei patti parasociali, la definizione della disciplina dei gruppi, che consenta alla *holding* comunale di semplificare le procedure di controllo⁸⁸⁵, senza però incorrere in deviazioni dall'interesse sociale, sono tutti fattori in grado di garantire un più corretto funzionamento delle società a partecipazione pubblica e in definitiva una più efficace tutela dell'interesse pubblico per il quale vengono costituite.

Così, forse, un più corretto utilizzo delle risorse del socio pubblico potrebbe rendere in concreto superflua l'applicazione di una responsabilità contabile e sufficiente l'attivazione dei meccanismi di reazione offerti dal diritto societario.

Diversamente, procedendo come fino ad ora si è fatto, dovrebbe concludersi che si è fuggiti dall'ente pubblico economico⁸⁸⁶, che, si badi, veniva tutelato come impresa, perché sembrava rappresentare l'ultima

⁸⁸⁰ D'altra parte, "la specialità del diritto amministrativo non disdegna certo contaminazioni col diritto privato; molto spesso anzi il diritto privato è assai ben accetto in un corpo di regole e di istituti che voleva essere speciale a tutti i costi, perché espressione della sovranità dello stato". Ancora, G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 178.

⁸⁸¹ Ad evitare la paradossale conclusione di esporre le società pubbliche a controlli più penetranti di quelli previsti per le società private. Così R. PEREZ, *I controlli sugli enti pubblici economici privatizzati*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 210.

⁸⁸² Secondo F. GUERRERA, *Le società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, *Le società*, 2005, 689, gli adattamenti statutari ammessi nell'attuale ordinamento societario potrebbero contribuire a consentire all'ente locale di perseguire le finalità pubblicistiche nell'ambito dell'ordinaria capacità ed autonomia negoziale e nello stesso tempo a proteggere il socio privato.

⁸⁸³ Così, in particolare, per la previsione dell'azione di responsabilità verso gli amministratori esperibile dalla minoranza, il potenziamento delle ipotesi di recesso del socio.

⁸⁸⁴ Uno strumento utile, in proposito, potrebbe essere l'adozione di codici di autodisciplina per gli amministratori. Sul tema, M. NICO, *Il controllo comunale*, cit., 423 e segg. Per la stessa finalità veniva suggerita anche la precisazione in sede contrattuale dei doveri degli amministratori. E' l'idea di U. LOI, *op. cit.*, spec. 27 e segg. Nello stesso senso, potrebbero essere di qualche utilità anche i patti parasociali.

⁸⁸⁵ E' una delle ipotesi che emerge più frequentemente dall'analisi condotta da E. RONCRONI e C. VACCARI alla quale si è più volte accennato.

frontiera dell'intervento pubblico nell'economia, per arrivare a società per azioni, ricondotte interamente al diritto pubblico⁸⁸⁷, così "come hanno sempre fatto i gattopardi di tutte le stagioni"⁸⁸⁸.

Bibliografia

- AA. VV., *I gruppi di società* A. PAVONE LA ROSA, (a cura di), Bologna, 1982.
- AA. VV., *Privatizzazioni e regioni*, *Quaderni giur. comm.*, Milano, 2003.
- AA.VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, 2003.
- ABBADESSA P., *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo")*, *Giur. comm.*, 1998, 785 e segg.
- ABBADESSA P., *Organizzazione della società concessionaria del servizio radio televisivo e primato del consiglio di amministrazione*, *Riv. soc.*, 1983, 655 e segg.
- ABBADESSA P., *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, *Impr. amb.e P.A.*, 1975, 369 e segg.
- ALBI F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.
- ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978.
- ALLEGRI V., *Una ricerca sulle imprese pubbliche in Italia*, *Riv. soc.*, 1976, 1 e segg.
- ALONSO UREBA A., *La sociedad mercantil como forma de empresa pública local*, Madrid, 1988.
- ALONSO UREBA A., *La sociedad mercantil de capital como forma de gestión de los servicios locales*, en *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Madrid, 1988, 1301 e segg.
- ALONSO UREBA A., *La empresa pública. Aspectos constitucionales y de Derecho económico*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- ALPA G., *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, *Contratto e impresa*, 2006, 86 e segg.
- ALPA G., *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società, note esegetiche sull'art. 2497*, Relazione al Convegno "La riforma del diritto societario: prime esperienze applicative, Firenze 22-23 ottobre 2004", dattiloscritto.
- ALPA G., *La riforma del diritto societario*, *Riv. dir. priv.*, 2003, 217 e segg.
- ALPA G., *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, *Contratto e impresa*, 2002, 597 e segg.

⁸⁸⁶ Tra le ragioni, dell'avvicinarsi dei due modelli vi era proprio quella della volontà dello Stato di rinunciare a speciali strumenti di azione, per accettare la parità con le imprese private. N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico*, cit., 475.

⁸⁸⁷ Più coerente sarebbe, allora, tornare all'utilizzazione di strumenti pubblicistici (aziende speciali, enti pubblici economici) da parte degli enti territoriali. Si tratta di una conseguenza che parte della dottrina imputa alla rigida interpretazione delle Istituzioni comunitarie in materia di società a partecipazione pubblica. Sul punto, F. GUALTIERI, *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire, Servizi pubblici e appalti*, 2006, 476. Dello stesso avviso, E. ROCA ROCA, *Las técnicas societarias*, cit., 753, che auspica che "dentro de un nuevo Derecho Administrativo se consigan los fines que la Administración debe prestar sin que se produzca la desnaturalización, por su administrativización, de Instituciones del Derecho Privado".

⁸⁸⁸ M. CAMMELLI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del Convegno di Varenna, 21-23 settembre 1995, Milano, 1997, 157.

- ALPA G., *Diritto privato "e" diritto pubblico. Una questione aperta*, Studi in onore di Pietro Rescigno, I, Teoria generale e storia del diritto, Milano, 1998, 3 e segg.
- ALVAREZ BLANCO R., *Principios de derecho publico economico*, Granada, 2004.
- ALVAREZ BLANCO R., *El sector público en España: clasificación, fuentes y cuentas*, Madrid, 1982.
- AMATO G., *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. TORCHIA, F. BASSANINI, (a cura di), *Sviluppo e declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Firenze, 2005.
- AMBROSINI S., (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- AMMANNATI L., *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 906 e segg.
- AMMANNATI L., *Servizi pubblici, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001.
- AMOROSINO S., (a cura di) *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995.
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, *Scritti giuridici*, Milano, 1999.
- ANDRES ALVAREZ V., *Introduccion al estudio de la empresa publica*, RAP, núm. 3, 1950, 41.
- ARENA A., *L'impresa pubblica e la sua inesistenza giuridica*, *Riv. soc.*, 1963, 36 e segg.
- ARIÑO ORTIZ G., *De la empresa publica a la empresa con participacion publica: ¿ privatizacion o reforma? Quizas ambas cosas*, *Revista de administracion publica*, 1995, núm. 138., 7 e segg.
- ARNAU BERNIA V. J., *Control y descentralizacion desde una perspectiva local*, *Revista de derecho financiero y de hacienda publica*, núm. 263, 2002, 153 e segg.
- ARNAUDO L., *L'efficienza nel nuovo controllo comunitario delle concentrazioni*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2005, 51 e segg.
- ASCARELLI T., *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, *Riv. soc.*, 1959, 995 e segg.
- ASCARELLI T., *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, *Saggi giuridici*, Milano, 1949.
- ASCARELLI T., *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, *Riv. dir. comm.*, 1933, 286 e segg.
- ASCARELLI T., *Simulazione e nuove funzioni nelle società anonime*, *Giur. it.*, 1930, IV, c. 283 e segg.
- ASQUINI A., *I battelli del Reno*, *Riv. soc.*, 1959, 617 e segg.
- ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004.
- ATELLI M., D'ARIES C., *La public governance nei servizi pubblici locali*, Milano, 2006.
- ATELLI M., *Dallo Stato- padrone allo spoil system: un nuovo caso di conflitto tra regole neutrali di corporate governance e modello di politica industriale*, *Le società*, 2002, 1071 e segg.
- Atti del Convegno Varenna, 1999, *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies enti privatizzati e controlli*, Milano, 2000.
- Atti del Convegno, *Dieci anni di Riforme amministrative*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 780 e segg.
- AYALA MUNOZ J.M., *Sobre la sujecion de las sociedades estatales a las normas de contratacion de las Administraciones publicas*, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 23, 2004, 227 e segg.
- BACHELET V., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957.
- BALLARINO T., BELLODI L., *La Golden share nel diritto comunitario*, *Riv. soc.*, 2004, 2 e segg.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ Á, *Manual de administracion local*, Comares, Granada, 1994.

- BALLESTREROS FERNÁNDEZ Á, BALLESTREROS FERNÁNDEZ M., *Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales*, Madrid, 2005.
- BARBATI C., *Arcus s.p.a.: il modello societario*, Aedon, 2, 2005.
- BARBIERO A., *Le problematiche inerenti il rapporto tra l'Ente Locale socio e gli amministratori di una s.p.a. partecipata*, www.dirittodeiservizipubblici.it.
- BARBIERO R., *La natura giuridica degli atti delle SOA*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 996 e segg.
- BATTINI F., *La responsabilità per danno erariale delle persone giuridiche*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 505 e segg.
- BENZAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2003.
- BENEDETTI A.M., *L' "ordinamento civile" come "materia" o come "limite"? Ovvero il federalismo italiano tra rigidità delle formule e ragionevolezza delle soluzioni*, *Pol. del dir.*, 2005, 471 e segg.
- BENVENUTI F., *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, *Riv. soc.*, 1962, 206 e segg.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, *Riv. trim. dir. pubb.* 1952, 118 e segg.
- BERCELLI J., *I modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici*, *Foro amm- Tar.*, 2004, 2654 e segg.
- BERCELLI J., *Organizzazione e funzione amministrativa nel servizio idrico integrato*, Rimini, 2001.
- BERMEJO VERA J., *Derecho Administrativo. Parte special*, Madrid, 1999.
- BERTI G., *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994.
- BERTI G.(a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993.
- BERTI G., *Il principio collaborativo nell'amministrazione locale*, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Vol. I, Milano, 1993, 201 e segg.
- BERTI G., *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 81 e segg.
- BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.
- BERTI G., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1985.
- BERTI G., *Relazione*, in N. LUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1984.
- BOBBIO N., *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 e segg.
- BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *Giur. Comm.*, Supplemento al n. 3/04, I, 620.
- BONELLI F., *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364 n. 4 c.c.)*, *Giur. comm.*, 1984, I, 10 e segg.
- BONELLI F., *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, *Giur. comm.*, 1983, I, 510 e segg.
- BONELLI F., ROLI M., *Procedure di privatizzazione e clausole di prelazione*, *Giur. comm.*, 2001, 257 e segg.
- BONOMI A., *Liberalizzazioni, capitalismo delle reti, territorio*, *Il mulino*, 2006, 831 e segg.
- BRANCASI A., *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005.
- BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, *Giur. comm.*, 2006, I, 5 e segg.
- BUONOCORE V., *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, *Giur. comm.*, 2003, 389 e segg.

BUONOCORE V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata*, *Giur. comm.*, I, 1994, 5 segg.

BUONOCORE V., RACUGNO G., *Privatizzazioni e regioni*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2003.

BURRONI L., CROUCH C., KEUNE' M., *Governance caleidoscopica, debolezza istituzionale e sviluppo locale*, *Stato e mercato*, 2005, 423 e segg.

CAFAGGI F., *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2006, 9 e segg.

CAFAGGI F., *Complementarietà istituzionali ed evoluzione dei modelli organizzativi nella riforma del diritto societario*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 9 e segg.

CAGNASSO O., *Società a partecipazione pubblica*, in (diretta da) *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, 1960, 3 e segg.

CAIA G., *I problemi della transizione dal vecchio al nuovo ordinamento*, *Relazione al seminario "Autonomia locale e autonomia imprenditoriale nei servizi pubblici locali. L'art. 14 del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003"*, www.giustamm.it.

CAIA G., *La quotazione in borsa delle società a prevalente capitale pubblico locale*, *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 333 e segg.

CAIA G., *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, *Foro Amm.*, 2002, 1568 e segg.

CAIA G., (a cura di) *I servizi pubblici locali*, Rimini, 1995.

CAIA G., *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, *Nuova rassegna*, 1995, 1082 e segg.

CAIA G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 2 e segg.

CAIA G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1.

CALANDRA BONAURA V., *Il recesso del socio nelle società di capitali*, *Giur. comm.*, 2005, I, 291 e segg.

CALANDRA BONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, 535 e segg.

CAMMELLI M., *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2005.

CAMMELLI M., (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004.

CAMMELLI M., (a cura di), *L'innovazione tra centro e periferia. Il caso Bologna*, Bologna, 2004.

CAMMELLI M., SCIULLO G., *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90: un primo bilancio*, *Quaderni Spisa*, Rimini, 2004.

CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 e segg.

CAMMELLI M., *Concorrenza, mercato e servizi pubblici*, *Riv. trim. app.*, 2003, 513 e segg.

CAMMELLI M., *Decentramento e "outsourcing" nel settore della cultura: il doppio impasse*, *Dir. pubbl.*, 2002, 265 e segg.

CAMMELLI M., *Dopo il titolo V: quali poteri locali?*, *Le Regioni*, 2002, 3 e segg.

CAMMELLI M., *Amministrazione e interpreti davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, *Le Regioni*, 2001, 1275 e segg.

CAMMELLI M., *Riforme amministrative e riforma dei controlli*, in, ID., (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d. lgs. 286/1999*, Bologna, 2001.

CAMMELLI M., *Autonomie locali e riforme amministrative: due letture*, *Il Mulino*, 2000, 313 e segg.

CAMMELLI M., ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, II ed.

CAMMELLI M., *Le società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 125 e segg.

- CAMMELLI M., *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 348 e segg.
- CAMMELLI M., *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 1161 e segg.
- CAMMELLI M., *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, *Le Regioni*, 1992, 7 e segg.
- CAMMELLI M., *S.p.a. a partecipazione regionale: la Corte chiude un problema se ne aprono altri*, *Le Regioni*, 1991, 206 e segg.
- CAMMELLI M., *Rapporti tra ente locale e azienda speciale nella legge di riforma delle autonomie locali*, *Regione e governo locale*, 1990, 767 e segg.
- CAMMELLI M., *Questione amministrativa, sindacato e utenti*, in ID., L. MARIUCCI, (a cura di), *Utenti, pubblica amministrazione e sindacato*, Rimini, 1989.
- CAMMELLI M., *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province, regioni*, Rimini, 1989.
- CAMMELLI M., *Considerazioni e ipotesi per un intervento in materia di controlli*, *Regioni e governo locale*, 1984, 3 e segg.
- CAMMELLI M., *Per uno statuto dell'utente*, *Pol. dir.*, 1981, 447 e segg.
- CAMPOBASSO G. F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, *Riv. soc.*, 1998, 390 e segg.
- CANGIANO R., *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica... e ritorno*, *Econ. pubb.*, 2005, 49 e segg.
- CAPANTINI M., *Contratto di servizio e affidamenti in house*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 801 e segg.
- CAPUTO O.M., *Commento a Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006, n. 29, Urb. e App.*, 2006, 551 e segg.
- CARBONELL PORRAS E., *Algunas reflexiones sobre la empresa publica como concesionaria de servicios publicos: regimen de responsabilidad*, en A.PEREZ MORENO (Coord.) *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla- Civitas, vol.II, Madrid, 1994, 1071 e segg.
- CARDI E., *Le società di proprietà pubblica. Riflessione sulle problematiche emergenti*, *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 237 e segg.
- CAROLI CASAVOLA H., *Il principio di separazione contabile societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 169 e segg.
- CAROLI CASAVOLA H., *Divagazioni in tema di "controllo" e "gruppo" nelle aggregazioni societarie*, *Contratto e impr.*, 1997, 508 e segg.
- CAROSELLI A., *La responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblico locale e degli amministratori e dei dipendenti di enti pubblici economici*, www.dirittodeiservizipubblici.it.
- CASELLI G., *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, *Contratto e impresa*, 2003.
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2004.
- CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 2004, 901 e segg.
149 e segg.
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 389 e segg.
- CASSESE S., *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915 e segg.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 579 e segg.

- CASSESE S., *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale :il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1134 e segg.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991.
- CASSESE S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 e segg.
- CASSESE S., *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 374 e segg.
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1984.
- CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962.
- CASSESE S., *Azionariato di Stato*, *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, 774 e segg.
- CATTANEO S., *Servizi pubblici*, *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 355.
- CAVALIERE A., *Il controllo comunale sui servizi pubblici*, *Amministrare*, 2003, 415 e segg.
- CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, *Dir. amm.*, 2006, 51 e segg.
- CERA C., *Le modifiche introdotte dal d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 alla disciplina transitoria e l'impatto sugli statuti delle s.p.a.*, *Le società*, 2004, 415 e segg.
- CERA M., *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, *Giur. comm.*, 2006, I, 354 e segg.
- CERULLI IRELLI V., *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, Relazione al Convegno AIPDA, Palermo, 13 maggio 2005, www.aipda.it.
- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa*, *Dir. Amm.*, 2003, 217 e segg.
- CHITI M.P., *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, *Foro Amm.- Tar*, 2006, 1161 e segg.
- CHITI M.P., *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 66 e segg.
- CHITI M.P., *L'organismo di diritto pubblico*, *Annuario AIPDA*, 1999-2000, Milano, 7 e segg.
- CIAN M., *Gli strumenti finanziari di s.p.a.: pluralità di fattispecie e coordinamento delle discipline*, *Giur. comm.*, 2005, I, 382 e segg.
- CINTIOLI F., *"Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale": il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, *Servizi pubblici e appalti*, 2004, p. 79 e segg.
- CIRENEI M.T., *La società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e legislatori nazionali nella sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 1992: verso la formazione di un diritto societario regionale*, *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, 12 e segg.
- CIRIELLO P., *Servizi pubblici*, *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 1 e segg.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, *Dir. pubbl.*, 2003, 405 e segg.
- CLARICH M., PISANESCHI A., *La riforma delle fondazioni bancarie*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 334 e segg.
- CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, *Dir. Amm.*, 1995, 519 e segg.
- CLARIZIA A., *Il privato inquinato: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, www.giustamm.it.
- COLOMBARI S., *La gestione dei servizi pubblici a mezzo di società partecipate dell'ente locale: situazione attuale e prospettive*, *Rass. giur. en. el.*, 1998, 527 e segg.
- COLTORTI F., GIAVAZZI F., SAPELLI G., VITALE M., *Utilities e utili. Indirizzi di governance per le società a controllo comunale*, *Equilibri*, 2006, 369 e segg.

CONTALDI G., *Il diritto comunitario delle società tra evoluzioni giurisprudenziali e legge di riforma della materia, Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, 711 e segg.

CONTICELLI M., *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete, Mercato, concorrenza e regole*, 2001, 369 e segg.

CORPACI A., *L'azione pubblica nel giudizio di responsabilità amministrativa, Dir. pubbl.*, 2005, 787 e segg.

CORPACI A., *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003.

CORSO G., *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo, Servizi pubblici e appalti*, 2004, 91 e segg.

CORSO G., *Amministrazione di risultati, Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127 e segg.

CORSO G., *Pubblica amministrazione e diritto privato*, Relazione al Convegno, Roma, 6-7 aprile 2001, *Interessi pubblici e diritto privato, Riv. quad. dei pubblici servizi*, 2001, 25 e segg.

CORSO G., *Attività economica privata e deregulation, Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 629 e segg.

CORSO G., SAVONA P., *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo, Servizi pubblici e appalti*, 2006, 197 e segg.

COSTI R., *I patti parasociali e il collegamento negoziale, Giur. comm.*, 2004, I, 200 e segg.

COSTI R., *Privatizzazione e diritto delle società per azioni, Giur. comm.*, 1995, 77 e segg.

COTTINO G., *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta, Gur. comm.*, I, 2005, 5 e segg.

COTTINO G., *Considerazioni sulla forma del contratto di società, Riv. soc.*, 1963, 284 e segg.

COTTINO G., *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale, Archivio giuridico*, 1965, 45 e segg.

CUGURRA G., *Competenze amministrative e limiti territoriali, Dir. Amm.*, 2003, 17 e segg.

D'ALBERTI M., *Misure urgenti a tutela della concorrenza e dei consumatori nel decreto legge n. 223/2006, Giorn. dir. amm.*, 2006, 1173 e segg.

D'ALBERTI M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli, Dir. Amm.*, 2004, 705.

D'ATTORRE G., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione, Società*, 2005, 876 e segg.

D'AURIA G., *Finanziamento pubblici a privati e responsabilità amministrativa, Giorn. dir. amm.*, 2006, 969 e segg.

D'AURIA G., *I controlli, in Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale, Tomo II, 2ª ed.*, 2003, 1343 e segg.

de LEONARDIS F., *Legalità, autonomie e privatizzazioni, Dir. amm.*, 2000, 241 e segg.

DE PRETIS D., *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità, www.giustamm.it*.

DE VINCENTI C., *A proposito della liberalizzazione dei servizi pubblici locali: qualche precisazione, www.astridonline.it*, rassegna n. 14 del 2005.

DEL GATTO S., *Natura privata e sostanza pubblica.- Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis, Foro Amm.- Cons. Stato*, 2006, 579 e segg.

DELLA CANANEA G., *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas, Riv. ita. dir. pubbl. com.*, 2004, 1385 e segg.

DELLA SCALA M.G., *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 5 del 2005 (nota a Cons. Stato, ad.plen., 5 settembre 2005, n. 5), Foro Amm.- Cons. Stato*, 2006, 769 e segg.

DELLA SCALA M. G., *Le società legali pubbliche, Dir. Amm.*, 2005, 391 e segg.

DI GASPARE G., *La public utility: "una possibile formula per il servizio pubblico locale" note a margine del disegno di legge A.S. 4014 di riforma dei servizi pubblici locali, in Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli, Atti del XLV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2000, 261 e segg.

DI GASPARE G., *I servizi pubblici locali verso il mercato*, *Dir. pubbl.*, 1999, 797 e segg.

DI GASPARE G., *Organizzazione amministrativa*, *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, 1995, 513 e segg.

DI GASPARE G., *Privatizzazione delle imprese pubbliche*, *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1995, 1 e segg.

DI PORTO F., SILVA F., *Riformare le utilities è difficile: il caso elettrico italiano*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2005, 1 e segg.

DI SABATO F., *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2002, 670 e segg.

DIAZ LEMA J.M., *La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)*, *Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, núm, 282, 70.

DOMENICHELLI V., *Giurisdizione e controversie societarie pubbliche*, *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 263 e segg.

DOMENICHELLI V., *Responsabilità amministrative giurisdizione (le confuse linee di confine tra le giurisdizioni)*, *Diritto e società*, 2003, p.

DOMENICHELLI V., *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 113 del T. U.E.L.)*, *Dir. Amm.*, 2002, 310 e segg.

DOMENICHELLI V., *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"*, *Dir. Amm.*, 1999, 193 e segg.

DONATIVI V., *Amministrazioni e sindaci di nomina pubblica nelle società per azioni*, Milano, 2003.

DONATIVI V., *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale*, *Riv. dir. impresa*, 1999, 335 e segg.

DONATIVI V., *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica diretta alle cariche sociali (2458-2459 c.c.)*, *Riv. soc.*, 1998, 1258 e segg.

DUGATO M. e PIPERATA G., *La gestione dei servizi pubblici locali attraverso società holding*, *Riv. trim. app.*, 2001, 312 e segg.

DUGATO M., *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in corso di pubblicazione in un volume per il 50° della Corte costituzionale.

DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, *Quaderno n. 15*, Torino, 2005.

DUGATO M., *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1051 e segg.

DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, *Dir. Amm.*, 2004, 561 e segg.

DUGATO M., *Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.a.*, *Annuario AIPDA 2003*, Milano, 2004, 119 e segg.

DUGATO M., *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, *Riv. trim. app.*, 2003, 519 e segg.

DUGATO M., *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 154 e segg.

DUGATO M., *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 24 e segg.

DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, *Dir. Amm.*, 2002, 169 e segg.

DUGATO M., *I servizi pubblici degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 218 e segg.

DUGATO M., *Diritto privato e tecniche di contaminazione*, *Relazione al Convegno, Interessi pubblici e diritto privato*, Roma 6-7 aprile 2001, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2001, 47 e segg.

DUGATO M., *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1328 e segg.

DUGATO M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Ipsosa, 2001.

- DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte Speciale*, cit., 2581 e segg.
- DUGATO M., *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. Amm.*, 1999, p. 511 e segg.
- DUGATO M., *L'individuazione del socio di minoranza nelle società a partecipazione pubblica*, *Giorn. dir. amm.*, 1998, 428 e segg.
- DUGATO M., *Le società miste di enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 1997, 243 e segg.
- DUGATO M., *Lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo - Controlli, finanza e servizi pubblici degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 1997, 730 e segg.
- DUGATO M., *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, *Riv. trim. app.*, 1996, 229 e segg.
- DUGATO M., *Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*, *Dir. Amm.*, 1995, 415 e segg.
- ELEFANTI M., (a cura di), *L'evoluzione delle imprese pubbliche locali*, Bologna, 2006.
- ENDEMAÑO ARÓSTEGUI J.M., *Las sociedades mercantiles participadas por el Municipio. Particularidades más relevantes de su régimen jurídico*, *REALA*, núm. 270, 1996, 363 e segg.
- ENDRICI G., *Il potere di scelta (le nomine tra politica e amministrazione)*, Bologna, 2000.
- ENRIQUES L., *Scelte pubbliche e interessi particolari nella riforma delle società di capitali*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2005, 145 e segg.
- F. GUALTIERI, *Società miste e in house providing: un rapporto da definire*, *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 445 e segg.
- F.G. COCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997.
- FACCHIN N., *Il controllo nella società per azioni. Concorrenza tra modelli, Contratto e impresa*, 2004, 323 e segg.
- FANELLI G., *Partecipazione della società in altre società e partecipazioni reciproche; collegamento e controllo fra società*, *Riv. soc.*, 1966, 286 e segg.
- FANELLI G., *Considerazioni in tema di controllo reciproco fra società per azioni*, *Riv. soc.*, 1956, 654 e segg.
- FATTORI P., *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato Ce nella giurisprudenza comunitaria*, *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, 127 e segg.
- FAZIOLI R., MATINO P., PETRETTO L., *Ruolo e prospettive delle società patrimoniali locali*, *Economia pubblica*, 2004, 25 e segg.
- FERNANDEZ GONZALES, *La intervención del Municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Civitas, Madrid, 1995.
- FERNANDEZ T.R., *Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública*, *RAP*, 46, 1965, 95 e segg.
- FERNANDEZ T.R., *Empresa pública y servicio público: el final de una época*, *Revista española de derecho administrativo*, núm 89, 1996, 37 e segg.
- FERRARI E., *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 123 e segg.
- FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, *Riv. Ital. Dir. Pubb. Com.*, 2005, 1004 e segg.
- FOIS C., *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, *Giur. comm.*, 2001, 421 e segg.
- FOIS C., *La società per azioni tra codice civile e legislazione speciale. Preliminare ad una indagine esegetica*, *Riv. soc.*, 1985, 62 e segg.
- FONT Y LLOVET T., *Empresa pública (artt. 52 y 54) en el vol colectivo Comentarios a l'Estatut de' autonomia de Catalunya*, Barcellona, 1988.

FONTANA F., M. ROSSI, *Ente locale come holding pubblica e il controllo sulle società*, *Nuova rassegna*, 2006, 2246 e segg.

FORTUNATO S., *I controlli nella riforma del diritto societario*, *Riv. soc.*, 2003, 863 e segg.

FORTUNATO S., *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, *Giur. comm.*, 2003, I, 728 e segg.

FOURNIER J., *La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, 3 e segg.

FRACCHIA F., *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, *Il diritto dell'economia*, 2004, 589 e segg.

FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006.

FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004.

FRANCHI SCARSELLI G., *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, *Aedon*, 3, 2000.

FRANCHI SCARSELLI G., *Appunti sul modello dell'istituzione per l'esercizio dei diritti sociali*, *Le Regioni*, 1999, 925 e segg.

FRÈ G., *Della società per azioni*, *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna, Roma, 1997.

FREGONARA E., *Le clausole di mero gradimento nel nuovo sistema societario tra apertura e chiusura*, *Contratto e impresa*, 2003, 1319 e segg.

FRENI E., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 263 e segg.

FRENI E., *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, cit., 3947 e segg.

FRENI E., *Vere o false privatizzazioni (d. lgs 18 novembre 1997 n. 426, d. lgs. 29 gennaio 1998 n. 19, d. lgs. 29 gennaio 1998 n. 20, d. lgs. 23 aprile 1998 n. 134)*, *Giorn. dir. amm.*, 1998, 705 e segg.

GALGANO F., *Della società per azioni*, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro V- Del Lavoro, Art. 2325-2341-ter*, Bologna, 2006, 21 e segg.

GALGANO F., *Globalizzazione e conglomerazione*, *Contratto e impresa*, 2006, 73 e segg.

GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003.

GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, *Contratto e impresa*, 2002, 1015 e segg.

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

GALGANO F., *Le istituzioni della società post-industriale*, in ID., S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TREU, (a cura di), *Nazioni senza ricchezza e ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993.

GALGANO F., *Pubblico e privato nella regolazione degli enti pubblici economici*, *Contratto e impresa*, 1993, 914 e segg.

GALGANO F., *Giuristi che leggono, giuristi che scrivono*, *Contratto e impresa*, 1990, 779 e segg.

GALGANO F., *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, *Contratto e impresa*, 1990, 401 e segg.

GALGANO F., *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, *Contratto e impresa*, 1985, 357 e segg.

GALGANO F., *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, *Riv. soc.*, 1982, 433 e segg.

GALGANO F., *Commento art. 41 cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna, 1982, 1 e segg.

GALGANO F., *Le regioni e il governo della società civile*, *Giur. cost.*, 1977, I, 329 e segg.

- GALGANO F., *Le società per azioni*, Bologna, 1974.
- GALGANO F., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1966, 279 e segg.
- GALGANO F., *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 554 e segg.
- GALLETTI D., *I modelli organizzativi nel d. lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, *Giur. comm.*, 2006, I, 126 e segg.
- GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, *Dir. Amm.*, 2005, 327 e segg.
- GALLUCCI C., *Servizi pubblici locali*, *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1999, 1.
- GAMBINO A., *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, *Giur. comm.*, 2002, I, 641 e segg.
- GARAVAGLIA E., *La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche: i primi anni di applicazione giurisprudenziale*, *Giur. comm.*, 2006, II, 383 e segg.
- GARCIA DE ENTERRIA E., FERNANDEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1998.
- GARCIA DE ENTERRIA E., FERNANDEZ T.R., *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª ed., t. II, Madrid, 1989.
- GARCIA DE ENTERRIA E., *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, *RAP*, núm. 17, 1955 e segg.
- GARCÍA RUIZ E., *El nuevo marco legal de la sociedad mercantil estatal*, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 23, 2004, 451 e segg.
- GAVERINI F., *Il rapporto tra modalità di erogazione dei servizi e soddisfazione degli utenti: il caso della legge regionale della Lombardia n. 26 del 12 dicembre 2003*, *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 347 e segg.
- GAVERINI F., *Servizi pubblici e affidamento in house: dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 729 e segg.
- GHETTI G., *Tempo dello stato, tempo dell'imprenditore*, *Il diritto dell'economia*, 1999, 565 e segg.
- GIACCHI O., *Introduzione al problema giuridico delle partecipazioni economiche dello Stato*, *Riv. soc.*, 1956, 463 e segg.
- GIAMPAOLINO L., *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, *Riv. trim. app.*, 1999, 14 e segg.
- GANI R., *Le novità del decreto Bersani in materia di giustizia, appalti e pubblica amministrazione*, *Urb e app.*, 2006, 1157 e segg.
- GIANNINI M.S., *Attività economiche pubbliche e forme giuridiche private*, *Scritti*, Vol., VI, 1970-1976, Milano, 2005, 375 e segg.
- GIANNINI M.S., *Sulla natura giuridica della s.p.a Cogne*, *Scritti*, vol. III, 1949-1954, Milano, 2003, 395 e segg.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985.
- GIANNINI M.S., *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione italiana*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1982, 722 e segg.
- GIANNINI M.S., *Controllo, nozioni e problemi*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1974, 1263 e segg.
- GIANNINI M.S., *Esercizio privato di pubbliche attività*, *Enc. del dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 685 e segg.
- GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, *Enc. del dir.*, vol. III, Milano, 1958, 988 e segg.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, *Enc. del dir.*, vol. XII, 855 e segg.
- GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, *Riv. soc.*, 1958, 227 e segg.

- GIGLIONI F., *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, *Dir. Amm.*, 2005, 353 e segg.
- GILARDONI A., LORENZONI G., *Public utilities locali. Alleanze e aggregazioni*, Milano, 2003.
- GIORELLO M., *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, *Riv. ita. dir. Pubbl. Com.*, 2004, 929 e segg.
- GIORGIANI M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 406 e segg.
- GIRON TENA J., *Las sociedades de economia mixta*, Madrid, 1942.
- GOGGIAMANI F., *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società partecipate, Servizi pubblici e appalti*, 2005, 823 e segg.
- GOGGIAMANI F., *Contratti di pubblico servizio e contratti tra privati a confronto*, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2001, 39 e segg.
- GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.
- GOISIS F., *I limiti all'attività extramoenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 560 e segg.
- GOMEZ PORRUA, *El control publico de las empresas privatizadas*, Madrid, 2003.
- GRASSINI F., *C'è un ruolo per gli amministratori indipendenti?*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2004, 427 e segg.
- GRAZIANI A., *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, *Riv. Int. di Scienze Econ. e Comm.*, 1956, 401 e segg.
- GRAZIANO A., *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, *Urb e app.*, 2005, 1369 e segg.
- GRECO G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, "affidamenti in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 61 e segg.
- GRECO G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 839 e segg.
- GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, *Riv. soc.*, 2004, 842 e segg.
- GUACCERO A., *Quotazione e sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, *Giur. comm.*, 2004, I, 662 e segg.
- GUARINO G., *Quale amministrazione?*, Milano, 1985.
- GUERRERA F., *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, *Le società*, 2005, 681 e segg.
- IANNONE R., *Governance: una questione di significati*, *Riv. trim. scien. Amm.*, 2005, 57 e segg.
- IANNOTTA L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, www.giustamm.it.
- IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, *Riv. soc.*, 2005, 1 segg.
- IBBA C., *Tipologia delle privatizzazioni*, *Giur. comm.*, 2001, 464 e segg.
- IBBA C., *Società legali e società legificate*, *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1 e segg.
- IBBA C., *Le società legali*, Torino, 1992.
- IERA L., *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1203 e segg.
- INZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art.2447 bic, lettera a, c.c)*, *Giur. comm.*, 2004, 164 e segg.
- IRRERA M., *La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2004, I, 1132 e segg.
- IRTI N., *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa"-codici di autodisciplina)*, *Giur. comm.*, 2003, I, 693 e segg.

- IRTI N., *Sul problema delle fonti di diritto privato*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 697 e segg.
- IRTI N., *Economia di mercato e interesse pubblico*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000, 435 e segg.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998.
- IRTI N., *Privatizzazione dell'Enel e luoghi dell'interesse pubbliche*, *Rass. giur. enel.*, 1995, 289 e segg.
- IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, *Riv. soc.*, 1993, 466 e segg.
- J. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992.
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, *Giur. comm.*, 2000, 795 e segg.
- JAEGER P.G., *Privatizzazioni. Profili generali*, *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1995, 1 e segg.
- JAGER P.G., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, *Giur. comm.*, 1992, 989 e segg.
- LA SPINA A., MAJONE G., *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000.
- LACAVA C., *In house providing e tutela della concorrenza*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, 841.
- LACAVA C., *L'impresa pubblica*, in a cura di S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, cit., 3901 e segg.
- LACHAUME J-F., *L'identification d'un service public industriel et commercial: la neutralisation du critère fondé sur le modalités de gestion du service*, *Revue français de droit administratifs*, 2006, 119 e segg.
- LAGUNA DE PAZ J.C., *La empresa pública: formas, regimen juridico y actividades*, en A. PEREZ MORENO (Coord.) *Administracion instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, t. II, Madrid, 1994.
- LAGUNA DE PAZ J.C., *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- LAMANDINI M., *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, *Riv. trim. app.*, 2003, 541 e segg.
- LAMANDINI M., *Il controllo. Nozione e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995.
- LAMARQUE E., *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005.
- LASCOMBE M., X. VANDENDRIESSCHE, *La responsabilité financière des dirigeants des entreprises publiques*, *Revue français de droit administratifs*, 2006, 624 e segg.
- LEONE S., *Limiti di partecipazione di comuni e province a società di capitali*, *Le Società*, 1998, 44 e segg.
- Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspective, *Rfda*, 2005, 946 e segg.
- LEZZI L., *Regolazioni anticoncorrenziali. Criteri di responsabilità per Stato, associazioni di imprese e imprese private*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2006, 61 e segg.
- LIBONATI B., *L'intervento dello Stato nell'attività d'impresa*, *Riv. dir. comm.*, 1988, 151 e segg.
- LICHÈR F., *Les contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la command publique ?*, *Revue du droit public*, 2004, 1547 e segg.
- LLISET BORRELL F., *Las sociedades de los entes locales*, *AA.VV., Actualidad y perspectivas del derecho publico a fines del siglo XX, Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Madrid, 1992.
- LOLLI A., *Servizi pubblici e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, (nota a Tar Friuli Venezia Giulia 15 luglio 2005 n. 634), *Foro Amm.*, 2005, 1937 e segg.
- LOMBARD M., *L'établissement public industriel et commercial est-il menacé ?*, *AJDA*, 2006, 79 e segg.

- LOMBARDO F., *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, *Foro Amm.- C.d.S.*, 2005, 629 e segg.
- LOTTI P., *Commento a Corte di Giustizia 13 ottobre 2005, Urb. e App.*, 2006, 34 e segg.
- LUMINOSO A., *Privatizzazione c. d. sostanziale tra contrattazione di diritto privato ed interesse pubblico*, *Contratto e impresa*, 2001, 73 e segg.
- MACCHIATI A., *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999. Ovvero: si poteva far meglio, Mercato, concorrenza e regole*, 1999, 447 e segg.
- MAGGIOLO M., *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497 c.c.)*, *Giur. comm.*, 2006, 176 e segg.
- MALARET GARCIA E., *Partnership pubblico-privato: finanziamento delle infrastrutture e gestione dei servizi pubblici locali in Spagna*, *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 147 e segg.
- MALARET GARCIA E., *Servizio pubblico e attività economica*, in A. BRANCASI (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, 287 e segg.
- MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in F.G. SCOCA, F. A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2005, 47 e segg.
- MALTONI A., *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, Clueb, 2001.
- MALTONI A., *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/90*, www.giustamm.it.
- MANASSERO L., *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, come convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, con particolare riferimento agli effetti sull'attività delle società pubbliche locali*, www.dirittodeiservizipubblici.it.
- MANGANI R., *Il decreto Bersani risuscita l'in house?*, www.giustamm.it.
- MANNORI L. B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma- Bari, 2001.
- MARASA' G., *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, *Giur. comm.*, 2003, 135 e segg.
- MARASA' G., *Società speciali e società anomale*, *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1 e segg.
- MARCHI G., *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 27 e segg.
- MARCOU G., *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 125 e segg.
- MARCOU G., *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in A. BRANCASI, (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre*, cit., 313 e segg.
- MARTIN MATEO R., *Liberalización de la economía. Mas Estadoy menos Administración*, Madrid, 1988.
- MARTIN MATEO R., *Derecho Público de la Economía*, Madrid, 1985.
- MARTIN MATEO R., *Organización del sector público en España*, Madrid, 1973.
- MARTIN- RETORTILLO BAQUER S., (dirigido por), *Derecho administrativo economico*, Madrid, 1991.
- MARTIN RETORTILLO S., *Reflexiones sobre las privatizaciones*, *RAP*, 1997, núm, 144, 7 e segg.
- MARTIN RETORTILLO S., *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, *RAP*, núm, 126, 1991 e en A.PEREZ MORENO (Coord.) *Administración Instrumental*, cit., vol.II, 1015 e segg.

- MARULLI M., *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, *Giur. comm.*, 2005, I, 85 e segg.
- MARZONA N., *Strumentalità pubblicistica e disciplina del diritto privato nel regime di una finanziaria regionale*, *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, 9 e segg.
- MARZUOLI C., *Un diritto non "amministrativo"*, *Dir. pubbl.*, 2006, 133 e segg.
- MARZUOLI C., *Società a partecipazione pubblica minoritaria per l'esercizio dei pubblici servizi locali e disciplina mediante regolamento*, in F. TRIMARCHI, (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, *Atti del Convegno di Messina, 22-23 novembre 1996*, Milano, 1999, 185 e segg.
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, *Diritto pubblico*, 1995, 393 e segg.
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e diritto privato*, Milano, 1987.
- MASSARUTTO A., *La riforma dei servizi pubblici locali. Liberalizzazione, privatizzazione o gattopardismo*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 107 e segg.
- MASUCCI A., *Trasformazioni dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988.
- MATTEI C., *La governance delle società di gestione dei servizi pubblici partecipate dagli enti locali*, *Riv. amm.*, 2005, 520 e segg.
- MAZÈRES J. A., *Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt : de l'opposition des termes aux termes de l'opposition*, *Revue du droit public*, 2005, 1047 e segg.
- MAZZAMUTO S., *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, *Contratto e impresa*, 2004, 1086 e segg.
- MAZZAMUTO S., *L'escatologia e il caos delle tutele*, *Relazione al Convegno, Interessi pubblici e diritto privato*, Roma, 6-7 aprile 2001, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2001, 13 e segg.
- MAZZARA L., DE MARTINO A., *Valutazione della convenienza economico preventiva delle decisioni di esternalizzazione*, *Aziendaitalia*, 2005, 592 e segg.
- MAZZARELLI M., *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987.
- MAZZAMUTO M., *Il trasporto locale di linea e gli obblighi di servizio*, in A. BRANCASI, (a cura di) *Liberalizzazione del trasporto*, cit., 201 e segg.
- MELE R., BOTTI A., VESCI M., *La governance degli enti locali: strategie e futuro*, *Economia e diritto del terziario*, 2005, 469 e segg.
- MENDOGNI M., *I servizi pubblici francesi: un mercato controllato fra regole economiche e tutela dell'interesse generale*, *Regione e governo locale*, 1990, 441 e segg.
- MENGONI L., *Sul concetto di azienda con prevalente partecipazione statale*, *Riv. Trim., Dir. Proc. Civ.*, 1958, 153 e segg.
- MERUSI F., *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, *Dir. Amm.*, 2006, 1 e segg.
- MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, *Dir. Amm.*, 2004, 37 e segg.
- MERUSI F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, *Dir. Amm.*, 2004, 649 e segg.
- MERUSI F., *Le privatizzazioni per fondazioni tra pubblico e privato*, *Dir. Amm.*, 2004, 447 e segg.
- MERUSI F., *Un viatico costituzionale per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, *Le Regioni*, 2004, 274 e segg.
- MERUSI F., *Sull'incerta natura delle fondazioni bancarie*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1141 e segg.
- MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 39 e segg.

- MERUSI F., *Metamorfosi degli enti pubblici creditizi, Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, 1 e segg.
- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.
- MERUSI F., *Servizio pubblico*, Nss. D.I., XVII, Torino, 1970, 215 e segg.
- MERUSI F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965.
- MESTRE DELGADO J.F., *Las formas de prestación de los servicios publicos locales. En particular, la concesión*, in (dirigido por) S. MUNOS MACHADO, *Tratado de derecho municipal*, Tomo II, segunda edición, 2003, 1441 e segg.
- MIELE G., *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1987, 819 e segg.
- MIELE G., *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1987, 803 e segg.
- MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 365 e segg.
- MIELE G., *La tutela dell'interesse pubblico nell'impresa*, *Scritti giuridici*, Vol. II, Milano, 1987, 837 e segg.
- MIGNOLI A., *Interesse di gruppo e sovranità limitata*, *Contratto e impresa*, 1986, 729 e segg.
- MIGNOLI A., *L'interesse sociale*, *Riv. soc.*, 1958, 725 e segg.
- MIMMO A., *Le responsabilità di amministratori e funzionari nelle aziende pubbliche trasformate in s.p.a.*, *Le società*, 2002, 306 e segg.
- MIMMO A., *Il controllo sulla gestione delle società miste*, *Le società*, 1999, 286 e segg.
- MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, *Giur. comm.*, 2006, 147 e segg.
- MINERVINI G., *La revoca dei sindaci designati dallo Stato (in tema di sindaci Rai)*, *Le società*, 2004, 273 e segg.
- MINERVINI G., *Osservazioni sulla gestione delle imprese pubbliche privatizzate e sul procedimento di privatizzazione sostanziale (una ricerca empirica)*, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, cit., IV, *Impresa, società, lavoro*, 359 e segg.
- MINERVINI G., *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, *Riv. soc.*, 1994, 740 e segg.
- MINERVINI G., *Società a partecipazione pubblica*, *Giur. comm.*, I, 1982, 181 e segg.
- MINERVINI G., *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1954, 712 e segg.
- MINGARELLI A., *Quali controlli sono possibili e quali sono dovuti sulle società partecipate dagli enti locali*, *Nuova rassegna*, 2006, 2374 e segg.
- MODUGNO F., *Norme singolari, speciali, eccezionali*, *Enc. del dir.*, XXVII, Milano, 1978, 506 e segg.
- MOLTÓ CARBONELL J.A., *Tre tipos de la participación local en la empresa*, *Revista de Estudios de la Administración local*, núm. 289, 141 e segg.
- MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario. Dottrina, giurisprudenza, prassi applicative alla luce dei dati statistici: spunti di riflessione*, *Giur. comm.*, 2006, I, 504 e segg.
- MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, 422 e segg.
- MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, 383 e segg.
- MONTOYA MARTIN E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, 1996.
- MORBIDELLI G., *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, *Dir. pubbl.*, 1997, 803 e segg.
- MORELL OCAÑA D.L., *Los servicios de una Administración cercana*, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292-293, 45 e segg.

- MUÑOS MACHADO S., *La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad*, en A.PEREZ MORENO (Coord.) *Administración Instrumental*, cit., t. II, 1251 e segg.
- MUÑOS MACHADO S., (dirigido por), *Tratado de derecho municipal, segunda edición*, Madrid, 2003.
- MURILLO FERROL F., *El poder economico*, RAP, núm. 3, 1950, 255 e segg.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 401 e segg.
- NAPOLITANO G., *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, *Mercato*, NAPOLITANO G., *Le fondazioni di origine bancaria nell'ordinamento civile: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata*, *Corr. Giur.*, 2003, 1576 e segg.
- concorrenza e regole*, 2003, 537 e segg.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati "enti pubblici"*, *Dir. amm.*, 2003, 801 e segg.
- NAPOLITANO G., *Regolazione o programmazione della nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2002, 25 e segg.
- NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, 429 e segg.
- NEWMAN J., *Nuova governance, nuove razionalità organizzative? Servizi pubblici e riconfigurazione del potere*, *Studi organizzativi*, 2006, 97 e segg.
- NICO A.M., *Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1281 e segg.
- NICO M., *Sul sistema di nomina dei rappresentanti negli anni partecipati*, *Amministrare*, 2005, 171 e segg.
- NICO M., *Il controllo comunale sulle società per azioni: un'esperienza veronese*, *Amministrare*, 2003, 423 e segg.
- NICOLAZZI T., *Servizi pubblici locali: funzioni fondamentali degli enti locali o prodotti del mercato*, *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 553 e segg.
- NIGRO M., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, 385 e segg.
- NIGRO M., *Gli enti pubblici con dimensione territoriale definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1976, 531 e segg.
- NIUTTA A., *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, *Riv. soc.*, 2003, 780 e segg.
- OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, *Riv. dir. civ.*, 1994, 25 e segg.
- OPPO G., *Privatizzazioni. Aspetti privatistici in Profili giuridici delle privatizzazioni*, 1998.
- ORESTANO R., *Diritto singolare*, *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 746 e segg.
- ORTEGA ALVAREZ L., *Las competencias propias de las corporaciones locales*, in S. MUÑOS MACHADO, (dirigido por), *Tratado de derecho municipal, segunda edición*, cit., 239 e segg.
- OTTAVIANO V., *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Riv. soc.*, 1999, 237 e segg.
- OTTAVIANO V., *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1992, 115 e segg.
- OTTAVIANO V., *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1992, 91 e segg.

PAGLIARI G., *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso uno statuto della persona giuridica pubblica*, *Il diritto dell'economia*, 2005, 657 e segg.

PAGLIARI G., *Le fondazioni bancarie alla luce del d.m. 18 maggio 2004 n. 150. Prime considerazioni sulla nuova disciplina dell'organo di indirizzo*, *Il diritto dell'economia*, 2004, 523 e segg.

PAJNO A., *Diritto pubblico e diritto privato*, *Annuario AIPDA* 2002, cit., 55 e segg.

PAREJO ALFONSO L., *Derecho básico de la administración local*, Barcellona, 1988.

PAREJO ALFONSO L., *Estado social y Administración pública*, Madrid, 1983.

PARISIO V., *Pubblici servizi e funzioni di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003.

PASTORI G., *Pubblica amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 347 e segg.

PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 27 e segg.

PAVONE LA ROSA A., *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, *Giur. comm.*, 2004, I, 5 e segg.

PAVONE LA ROSA A., *La costituzione delle società per azioni nelle procedure di privatizzazione*, *Giur. comm.*, 2003, 5 e segg.

PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *Riv. soc.*, 2003, 765 e segg.

PEREZ MORENO A., *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969.

PEREZ R., *I controlli sugli enti pubblici economici privatizzati*, in S. AMOROSINO, *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 195 e segg.

PERFETTI L., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

PERICU A., *sub artt. 2449-2450*, in *Società di capitali- Commentario*, G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, (a cura di), III, Napoli, 2004, 1291 e segg.

PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2001.

PERINI M. G., *I controlli sulle società commerciali a partecipazione statale*, *Riv. soc.*, 1956, 767 e segg.

PIGA F., *La disciplina giuridica degli enti pubblici economici*, *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Milano, 1985, 423 e segg.

PINOTTI C., *Lo strano intreccio tra norme speciali e diritto societario comune: poteri di recesso nelle società pubbliche e aiuti di Stato*, *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2006, 379 e segg.

PINOTTI C., *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, *Rass. giur. en. el.*, 2004, 507 e segg.

PIOGGIA A., *Sulla natura dei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale (a proposito della nozione di organismo pubblico)*, nota a Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, C- 360/96, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 1999, 61 e segg.

PIPERATA G., *L'affidamento in house alla luce della giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 e segg.

PIPERATA G., *Governance e servizi pubblici*, in M. CABIDDU, (a cura di), *Modernizzazione del Paese. Politiche opere servizi pubblici*, Milano, 2005, 157 e segg.

PIPERATA G., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, *Dir. Amm.*, 2005, 963 e segg.

PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

PIPERATA G., *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, *Aedon*, 3, 2003.

PIPERATA G., *I servizi pubblici locali: ragioni e contenuti di una riforma "difficile"*, *Ist. fed.*, 2000, 397 e segg.

PIPERATA G., *Il "caso AMGA": alla ricerca della concorrenza per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2000, 475 e segg.

PISELLI D., *La responsabilità degli amministratori verso la società alla vigilia della riforma*, *Commento a Trib. Milano*, 20 febbraio 2003, *Le società*, 2003, 1268 e segg.

POGGIANI G., *Alcune questioni in tema di nomina diretta di amministratori da parte di enti pubblici*, in G. BERTI, *Pubblica amministrazione e modelli privatistica*, cit., 311 e segg.

POLICE A., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di diritto speciale: problemi di giurisdizione*, *Dir. Amm.*, 1996, 157 e segg.

POLO M., *Multiutilities, molte authorities e il caso ENEL-Infostrada*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2001, 297 e segg.

PORTALURI P.L., *Diritto comune e obblighi di servizio pubblico nella gestione e valorizzazione della proprietà immobiliare pubblica*, *Foro Amm- Tar*, 2006, 802 e segg.

POTOTSCHNIG U., *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, *Rass. giur. en.el.*, 1992, 269 e segg.

PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e privato*, *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1962, 696 e segg.

QUAGLIA M.A., *La Corte costituzionale e l'extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica*, *Riv. trim. app.*, 2002, 715 e segg.

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.

RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997.

RESCIGNO P., *L'itinerario del privatista*, Relazione al Convegno, *Interessi pubblici e diritto privato*, Roma, 6-7 aprile 2001, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2001, 19 e segg.

RIVERO YSERN E., *Derecho publico y derecho privado en la organizacion y actividad de las empresas publicas*, *Revista de Administracion publica*, núm. 86, 1978, 11 e segg.

ROCA ROCA E., *Las tecnicas societarias en la administracion publica española*, in A. PEREZ MORENO (Coord.) *Administracion instrumental*, cit., 752 e segg.

ROCCO DI TORREPADULA N., *Aspetti di diritto societario delle società con partecipazione comunale*, *Riv. soc.*, 1997, 128 e segg.

RODORF R., *Le società pubbliche nel codice civile*, *Le società*, 2005, 423 e segg.

RODORF R., *I criteri di attribuzione delle responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, *Le società*, 2001, 1297 e segg.

RODRIGUEZ ARANA L., *La privatización de la empresa pública*, Madrid, 1997.

ROMAGNOLI G., *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, *Giur. comm.*, 2006, I, 473 e segg.

ROMAGNOLI G., *Società, impresa e servizi pubblici locali alla luce dell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002*, *Le società*, 2002, 1217 e segg.

ROMANO S.A., *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979.

RONCRONI E., *Pratiche del controllo delle imprese partecipate dal Comune*, *Amministrare*, 2005, 453 e segg.

RONCRONI E., VACCARI C., *Il controllo direzionale del Comune sui servizi pubblici locali*, *Amministrare*, 2003, 5 e segg.

ROPPO V., *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, *Pol. dir.*, 2005, 377 e segg.

ROPPO V., *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, *Corr. giur.*, 2005, 1301 e segg.

ROPPO V., *Il governo della società RAI tra norme e prassi*, *Contratto e impresa*, 1988, 822 e segg.

ROSSI A., *La partecipazione dei comuni a società commerciali e suoi limiti*, *Riv. dir. comm.*, 1958, 37 e segg.

ROSSI A., *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977.

- ROSSI A., *Società con partecipazione pubblica*, *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1 e segg.
- ROSSI G., *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità, Servizi pubblici e appalti*, 2006, 185 e segg.
- ROSSI G., *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, *Diritto pubblico*, 2004, 1 e segg.
- ROSSI G., *Problemi di metodo e di adeguatezza*, Relazione al Convegno, *Interessi pubblici e diritto privato*, Roma, 6-7- aprile 2001, *Riv. quad. pubbl. serv.*, 2001, 7 e segg.
- ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, *Diritto pubblico*, 1998, 661 e segg.
- ROSSI G., *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in F. TRIMARCHI, (a cura di), *Le società miste degli enti locali*, cit.
- ROSSI G., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in S. AMOROSINO, *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 222 e segg.
- ROSSI G., *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, *Diritto pubblico*, 1997, 289 e segg.
- ROSSI Guido, *Privatizzazioni e diritto societario*, *Riv. soc.*, 1994, 385 e segg.
- ROSSI Guido., *Impresa pubblica e riforma delle società per azioni*, *Riv. soc.*, 1971, 292 e segg.
- ROVERSI MONACO F.A., *Gli interventi pubblici in campo economico*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1027 e segg.
- ROVERSI MONACO F.A., *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993, 719 e segg.
- ROVERSI MONACO F.A., *L'attività economica pubblica*, in (diretto da) F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, 385 e segg.
- ROVERSI MONACO F.A., *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, *Dir. soc.*, 1973, 811 e segg.
- ROVERSI MONACO F.A., *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967.
- ROVERSI MONACO F.A., *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *Riv. dir. civ.*, 1986, 258 e segg.
- ROVERSI MONACO M.G., *Forma e funzione nelle società controllate dallo Stato*, www.giustamm.it.
- ROVERSI MONACO M.G., *I servizi pubblici locali tra continuità e nuovi affidamenti (la disciplina del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani)*, www.giustamm.it.
- RUSSO S., *Estraneità dell'oggetto sociale e opponibilità a terzi professionalmente qualificati*, *Giur. comm.*, 2006, 315 e segg.
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, *Giur. comm.*, 2003, 661 e segg.
- SACCO A., *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, *Giur. comm.*, 2005, 70 e segg.
- SALA G., *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, *Diritto e società*, 2005, 13 e segg.
- SALAFIA V., *L'assemblea delle società per azioni secondo la recente riforma societaria*, *Le società*, 2003, 1053 e segg.
- SALAFIA V., *La responsabilità delle società alla luce del D.M. n. 201/2003 e delle modifiche al D. lgs. n. 231/2001*, *Le società*, 2003, 1433 e segg.
- SALAFIA V., *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, *Le Società*, 2001, 773 e segg.
- SALAS HERNÁNDEZ J., *Régimen Jurídico de los Servicios Públicos locales Esenciales*, *RAAP*, núm. 11, 27 e segg.

SALVIA F., *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, *Dir. pubbl.*, 2000, 535 e segg.

SALVIA F., *Il mercato e l'attività amministrativa*, *Dir. Amm.*, 1994, 523 e segg.

SANDULLI A.M., *Le imprese pubbliche in Italia*, *Scritti giuridici*, IV, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 599 e segg.

SANTINI G., *Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*, *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 155 e segg.

SANTONASTASO F., *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005*, n. 266, *Giur. comm.*, 2006, I, 383 e segg.

SANVITI G., *Le privatizzazioni nell'ambito dei servizi pubblici locali*, *Il diritto dell'economia*, 1999, 675 e segg.

SANVITI G., *La carta dei servizi pubblici*, *Reg. gov. loc.*, 1994, 721 e segg.

SANVITI G., *I servizi pubblici locali. Le indicazioni che emergono dall'esperienza francese*, *Regione e governo locale*, 1990, 437 e segg.

SANVITI G., *Società finanziarie regionali*, *Enc. giur.*, Roma, XXIX, 1993.

SAPELLI G., *Indirizzi di governance per le società a controllo comunale*, *Equilibri*, 2006, 369 e segg.

SAPELLI G., *La trasformazione delle società di proprietà comunale: eterogenesi dei fini e rimedi di "governance"*, *Amministrare*, 2006, 277 e segg.

SCIULLO G., *La gestione dei servizi culturali delle autonomie dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte costituzionale*, *Aedon*, 3, 2004.

SCIULLO G., *Stato, regioni, e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, www.lexitalia.it, n. 7-8, 2004.

SCIULLO G., *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, www.lexitalia.it, n. 12, 2003.

SCIULLO G., *Profili della direttiva 27 gennaio 1994 (Principi sull'erogazione dei servizi pubblici)*, *Il diritto dell'economia*, 1996, 47 e segg.

SCOCA F. G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, *Il diritto dell'economia*, 2005, 239 e segg.

SCOCA F.G., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 43 e segg.

SCOGNAMIGLIO A., *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, *Foro Amm.*, 1984, 565 e segg.

SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, *Dir. Amm.*, 2005, 915 e segg.

SCOTTI E., *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 777 e segg.

SENA G., *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, *Riv. soc.*, 1963, 284 e segg.

SENA G., *Contratto di società e comunione di scopo*, *Riv. soc.*, 1956, 730 e segg.

SENA G., *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, *Riv. soc.*, 1958, 43 e segg.

SERRA A., *Scip, Patrimonio s.p.a., Infrastrutture s.p.a.: le società oer la valorizzazione dei beni pubblici. L'impatto sul regime dei beni trasferiti*, *Aedon*, 2, 2005.

SIMONETTO E., *Nazionalizzazione, privatizzazione e internazionalizzazione*, *Riv. soc.*, 1974, 317 e segg.

SORACE D., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, *Dir. Amm.*, 2006, 249 e segg.

SORACE D., *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni*, *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 2333 e segg.

- SORACE D., *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale, Mercato, concorrenza e regole*, 2003, 537 e segg.
- SORACE D., *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig. I servizi pubblici*, *Amministrare*, 2002, 385 e segg.
- SORACE D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, *Dir. pubbl.*, 1999, 371 e segg.
- SORACE D., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 51 e segg.
- SORACE D., *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, *Foro italiano*, 1988, V, 205 e segg.
- SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio e contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, *Dir. Amm.*, 1995, 483 e segg.
- SOSA WAGNER F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 1999.
- SOSA WAGNER F., *La sociedad de capital integralmente publico*, en A. PEREZ MORENO (Coord.) *Administración instrumental*, cit., 1421 e segg.
- SOSA WAGNER F., *Organización y control del sector público en España*, Madrid, 1971.
- SPADA P., *Tipologia delle società per azioni e società per azioni quotata*, *Riv. dir. civ.*, 2000, 211 e segg.
- STADERINI F., SILVERI A., *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1998.
- STICCHI DAMIANI E., *L'attività extramoenia delle società a capitale pubblico privato nella gestione dei servizi locali. Previsioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, www.giustamm.it.
- TESSAROLO C., *Il partenariato pubblico-privato. La scelta del partner privato*, www.dirittodeiservizipubblici.it.
- TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, TORCHIA L., *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000.
- TORCHIA L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 223 e segg., Bologna, 2006.
- TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992.
- TORCHIA L., *La responsabilità* in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, cit., 1649 e segg.
- TORNOS MAS J., *Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos*, *REALA*, núm. 250, 22 e segg.
- TORRICELLI S., *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. BRANCASI, (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre*, 39 e segg.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005.
- TRAVI A., *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. n. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1305 e segg.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, *Dir. Amm.*, 2004, 661 e segg.
- TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 945 e segg.
- TRIMARCHI F., *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999.
- TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità del gestore dei pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni. Considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale*, *Dir. Amm.*, 1995, 143 e segg.

UFFICIO STUDI di MEDIOBANCA per FONDAZIONE CIVICUM, *Le società controllate dai Comuni di Milano, Napoli, Roma, Torino, Amministrare*, 2006, 133 e segg.

URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, *Dir. Amm.*, 2005, 179 e segg.

URSI R., *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, *Dir. Amm.*, 2004, 747 e segg.

VACCA A., *Le società miste per la gestione dei servizio pubblici a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione*, *Foro Amm.-Tar*, 2006, 1225 e segg.

VACCARI V., *Imprese a partecipazione pubblica: possibili sistemi di governance*, *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 219 e segg.

VACIAGO G., *Quanto vale la concorrenza*, *Il Mulino*, 2006, 822 e segg._

VANDELLI L., *Il governo locale*, Bologna, 2000.

VELO D., *Imprese pubbliche e private e forme di controllo*, *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 209.

VENTURINI L., *Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, *Riv. C. Conti*, 2001, 294 e segg.

VERDERA E., *La empresa publica*, Bologna, 1973.

VESPERINI G., *I poteri locali*, Roma- Catanzaro, 2 voll., 1999 e 2001.

VICENTE DOMINGO R., *Los servicios publicos locales en la Jurisprudencia*, Madrid, 1998.

VIGNERI A., *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d.l. 30 dicembre 2005 n. 273*, www.astridonline.it, Rassegna n. 1 del 2006.

VIGNERI A., *Note a prima lettura della sentenza C.C. n. 29/2006*, www.astridonline.it.

VIGNERI A., *Servizi e interventi pubblici locali. Commento, Parte I, titolo V, artt. 112-123*, Rimini, 2004.

VIGNERI A., *Il controllo del Comune sui servizi pubblici locali*, *Amministrare*, 2003, 407 e segg.

VILLAR PALASI J.L., *La actividad industrial de el Estado en Derecho administrativo*, RAP, 3, 1950, 53 e segg.

VILLAR PALASI J.L., *Tipologia y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las administraciones publicas*, en A. PEREZ MORENO (Coord.) *Administracion instrumental*, cit., 151 e segg.

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003.

VISENTINI B., *Pubblico e privato nella disciplina della impresa*, *Riv. soc.*, 1980, 1 e segg.

VISENTINI G., *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma*, *Il diritto fallimentare*, 2004, 925 e segg.

VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.

VISENTINI G., *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Autonomia privata e funzione*, Milano, 1971.

ZANOBINI G., *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in (diretto da) P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico della Costituzione*, Firenze, 1950, 47 e segg.

ZITO A., *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, *Dir. Amm.*, 2003, 387 e segg.

ZOPPINI A., TOMBARI U., *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, *Contratto e impresa*, 2004, 1104 e segg.

