

Responsabilità amministrativa

# Le società pubbliche e le norme di diritto privato

Corte di Cassazione, I sez., 27 settembre 2013, n. 22209 - Pres. R. Rordorf - Rel. M. Cristiano

**La scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico - comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, 21991; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011; Corte di appello di Napoli, sez. I, 15 luglio 2009.
<b>Difforme</b>	Tribunale di S. Maria Capua Vetere, sez. III, 22 luglio 2009, n. 52; Corte d'appello di Torino, sez. I, 15 febbraio 2010; Trib. Patti, 6 marzo 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010.

Omissis.

Corte di Cassazione, sezioni unite, 25 novembre 2013, n. 26283 - Pres. L.R. Rovelli - Est. R. Rordorf

**Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nel caso di azione diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati ad una società *in house* per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi di cui esclusivamente tali enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalentemente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Corte Conti, sez. giur. Reg Marche, 15 luglio 2013, n. 80; Corte Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; Corte Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327.
<b>Difforme</b>	Non si rinvergono precedenti difformi.

Omissis.

**Il commento**  
*di Sveva Del Gatto*

Con due differenti pronunce a distanza di pochi mesi, la Corte di Cassazione è di recente tornata a pronunciarsi sul problema relativo alla disciplina applicabile alle società per azioni in mano pubblica, in assenza di disposizioni speciali *ad hoc*. Nei due casi la Corte ha esaminato l'applicabilità, rispettivamente, della legge fallimentare e della disciplina codicistica in materia di responsabilità sociale. Le due decisioni rappresentano un nuovo esempio delle difficoltà incontrate dai giudici nello stabilire la disciplina applicabile a società aventi natura privata, ma sottoposte in vario modo ad influenze pubblicistiche.

**La sentenza n. 22209 del 2013. Il fatto**

La sentenza n. 22209 ha ad oggetto l'applicabilità della disciplina fallimentare ad una società a responsabilità limitata (la A. s.r.l.), partecipata dall'ente pubblico ASI del comune di Avellino per il 51%, e incaricata, previa concessione, della realizzazione e della gestione di un impianto per lo stoccaggio e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani della provincia.

La questione incardinata davanti alla Cassazione ha preso le mosse dal ricorso della A. srl contro la sentenza della Corte di Appello di Napoli che aveva confermato la decisione del Tribunale di Avellino che ne dichiarava il fallimento.

Secondo la Corte di Appello, la pronuncia di primo grado sarebbe stata da condividere nonostante il carattere pubblico dell'attività svolta dalla società partecipata, e l'interesse pubblico alla continuità del servizio che ne era oggetto. Ad avviso dei giudici di secondo grado, infatti, l'A. srl è una società di diritto privato, come tale assoggettabile al fallimento, in considerazione sia della struttura societaria, sia dell'autonomia negoziale, finanziaria e patrimoniale del consiglio di amministrazione - non soggetto ai poteri autoritativi del socio pubblico di maggioranza nell'adozione delle sue scelte gestionali - sia, infine in ragione dell'ampiezza dell'oggetto sociale, comprensivo di attività di gestione, progettazione e di attività commerciali, della più varia natura, non limitate all'ambito locale e svolte in regime di libero mercato.

La Corte di Appello ha, inoltre, affermato l'assoggettabilità della società al fallimento in quanto, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, la società A. srl non rivestirebbe carattere necessario per la Prefettura che, in ogni momento, avrebbe potuto revocare la concessione per motivi di pubblico interesse.

**Il problema della assoggettabilità delle società partecipate alla disciplina fallimentare**

Nel nostro ordinamento, le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento, indipendentemente dall'esercizio di siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale al momento della loro costituzione. Tali società, dunque - indipendentemente dal fatto che l'attività di impresa sia iniziata, e a prescindere dalle dimensioni, dal tipo di società prescelto e dalla partecipazione di un socio pubblico nella compagine sociale - sono assoggettate, in caso di insolvenza, alle procedure concorsuali, a tutela dell'affidamento dei terzi creditori che con l'imprenditore commerciale sono venuti a contatto.

L'art. 1 della legge fallimentare, pur non contenendo disposizioni in materia di società partecipate da un socio pubblico che svolgono attività di impresa, esclude, tuttavia, dalla possibilità di fallire i c.d. enti pubblici economici, ovvero quei soggetti che, sino agli inizi degli anni novanta, hanno rappresentato il modulo organizzativo ordinario per lo svolgimento di attività di impresa da parte dello Stato.

Tale deroga, oggi espressamente prevista solo per gli enti pubblici economici, nonostante la loro quasi totale sostituzione con il modello delle spa pubbliche, ha quindi spinto la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza, investita di casi concreti, ad interrogarsi sulla possibile applicazione dell'esenzione di cui all'art. 1, anche alle società in mano pubblica (1).

Sul punto si sono contrapposte due impostazioni metodologiche, quella "tipologica" e quella "funzionale", le quali hanno dato luogo, in entrambi i

(1) Per un approfondimento sulla problematica e per una più ampia descrizione delle diverse teorie sorte al riguardo si

rinvia a L.E. Fiorani, *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2012, 532, ss.

casi, sia a soluzioni favorevoli all'applicabilità della disciplina fallimentare alle spa pubbliche, sia a soluzioni contrarie. In base all'impostazione c.d. tipologica, la scelta sulla disciplina applicabile va fatta sulla base del "tipo" al quale la società partecipata appartiene. Pertanto, coloro che ritengono che buona parte delle società partecipate siano in verità enti pubblici (2), non ammettono il fallimento delle società partecipate in base ad un'interpretazione estensiva dell'art. 1 della l. fall. (3); quelli, invece, che ritengono che una società abbia sempre natura privatistica a prescindere dalla partecipazione pubblica e dai collegamenti, più o meno intensi, che vi possano essere con l'ente pubblico (in termini di risorse, controlli, attività ecc.), affermano, al contrario, la sottoposizione di queste società alle procedure concorsuali senza eccezione alcuna (4).

È questo l'approccio, ad esempio, seguito dalla Corte d'appello di Napoli, secondo la quale la società in questione essendo società di diritto privato non può essere sottratta al fallimento al pari delle altre società riconducibili al *genus* civilistico.

La scienza giuridica che segue l'approccio "funzionale", invece, basa la scelta se una determinata disciplina possa essere applicata alle società per azioni partecipate, non sulla natura - pubblica o

privata - della società, ma sull'interesse che con tale disciplina si vuole tutelare (5). Per stabilire, dunque, se la legge fallimentare trovi o no, applicazione nei casi delle spa partecipate da soggetti pubblici, è necessario chiedersi se le ragioni sottese all'esenzione prevista dall'art. 1, l. fall. per gli enti pubblici economici, sussistano anche per le spa partecipate (6) (o, quantomeno, per alcune tra le spa partecipate). In caso di risposta affermativa si dovrà escludere il loro assoggettamento alle norme fallimentari (7).

Questa seconda impostazione è stata fatta propria dalla difesa dell'A. s.r.l., secondo la quale all'approccio tipologico seguito dal giudice di appello, sarebbe stata da preferire una lettura funzionale volta a stabilire se la *ratio* sottesa alla deroga disposta per gli enti pubblici fosse rinvenibile anche nel suo caso.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla questione, rifiuta, tuttavia, gli argomenti della difesa per seguire un ragionamento più articolato in cui ripercorre l'evoluzione delle società per azioni in mano pubblica, traendo importanti conclusioni circa il metodo da seguire nella scelta della disciplina applicabile e, nello specifico, nella scelta in merito all'applicabilità a tali società della normativa fallimentare.

(2) Tra i sostenitori della natura pubblica delle società partecipate da soggetti pubblici G. Rossi, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004, 221 ss.

(3) Cfr. Tribunale di S. Maria Capua Vetere, sez. III, 22 luglio 2009, n. 52; Corte d'appello di Torino, sez. I, 15 febbraio 2010. Critico nei confronti di quest'ultima sentenza, L. Salvato, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, 630. Cfr. anche Trib. Patti, 6 marzo 2009 e Trib. Catania, 26 marzo 2010.

(4) Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, 21991; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011. Cfr. anche Corte di appello di Napoli, sez. I, 15 luglio 2009, secondo cui «il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo all'ordinaria disciplina codicistica. Ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica dell'esenzione del fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato». A favore dell'assoggettabilità al fallimento delle società in mano pubblica cfr. anche Cass., 10 gennaio 1979, n. 58. In dottrina, F. Bassi, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 986 ss.; F. Galgano, *Sub art. 1*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1974, 90. Più di recente, G. Romagnoli, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 478; F. Fimmanò, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011, 11 ss.; E. Sorci, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento*

*normativo in caso di insolvenza*, *ivi*, 370.

(5) In termini generali, per una prima sistemazione di tale teoria il rinvio è a G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. In argomento cfr. anche C. Marzuoli, *Tutela del cittadino e «privatizzazione» dell'amministrazione*, in E. Roza Acuna (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000. Sulla possibilità che la società a partecipazione pubblica possa essere, in sostanza, contemporaneamente assoggettata per quanto riguarda taluni profili dell'attività di impresa, alla disciplina pubblicistica, e per altri, a quella privatistica, cfr. 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, spec. 102 ss.

(6) In senso contrario, cfr. S. Cassese, *Enti pubblici economici*, in *Nov.mo Dig. It.*, VI, Torino, 1968, 573, ad avviso del quale «il contenuto normativo di questa disposizione (art. 1, l. fall., *nds*), si dirige solo ad enti pubblici che siano imprenditori». Cfr. anche F. Galgano, *L'imprenditore pubblico*, in *Commentario*, cit., secondo cui «l'esenzione si ricollega alla qualità del soggetto quale "ente pubblico": essa non opera perciò a favore delle cosiddette "società in mano pubblica"; «è pubblico in questi casi il soggetto che partecipa come azionista alla società, mentre la società resta pur sempre una società privata [...], come tale assoggettabile al fallimento».

(7) G. Napolitano, *op. cit.*, 179 ss. e 823. Tra la dottrina giurisdizionalistica si rinvia, invece, a G. D'Attorre, *Gli enti di natura pubblica, in I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Milano, 2007, 110 ss.; *Id.*, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Il Fallimento*, 2009, 715 ss. In giurisprudenza Tribunale di Napoli, 31 ottobre 2012, con commento di G. D'Attorre, *Il concordato preventivo delle società in mano pubblica*, in *Il fallimento*, 2013, 877 ss.

La Corte, pur riconoscendo l'ampia varietà di società pubbliche esistenti e pur evidenziandone, essa stessa, le differenze in termini di caratteristiche - che a loro volta danno luogo all'impossibilità di tracciare uno statuto unitario che le disciplini tutte in modo uniforme - rifiuta la tesi della ricorrente secondo la quale a tali società non potrebbe essere applicata la legge fallimentare a causa della loro specialità e di quella degli interessi sottesi.

Secondo i giudici di Cassazione, in primo luogo, non può essere condiviso a tali fini l'argomento per cui tali soggetti, in ragione del loro carattere necessario (8) non potrebbero essere dichiarati falliti. A presentare il carattere della necessità, infatti, ad avviso della Corte, non è il soggetto ma l'attività che tale soggetto svolge (si pensi ai servizi di interesse generale). Il carattere necessario dell'attività svolta, tuttavia, per il nostro ordinamento è irrilevante ai fini dell'applicazione dello statuto commerciale e, dunque, dell'assoggettabilità al fallimento, altrimenti si arriverebbe all'assurda conclusione che anche i soggetti privati investiti della gestione di un servizio pubblico essenziale non possono fallire.

A ben vedere, pertanto, la necessità dell'ente pubblico non è il presupposto dell'esenzione del fallimento, ma la conseguenza della previsione normativa di tale esenzione. Il carattere necessario del soggetto, e dunque, la sua indisponibilità e la sua non assoggettabilità al fallimento, può invece essere una conseguenza, un riflesso, dello svolgimento di tale particolare attività, ma solo se una legge lo preveda espressamente, attraverso la qualifica di tale soggetto come ente pubblico (dunque, espressamente esentato dal fallimento *ex art. 1, l. fall.*), o attraverso una norma *ad hoc* che ne sancisca tali caratteristiche (9).

Una simile conclusione, del resto, non sembra in contrasto con gli interessi pubblici sottesi alla fattispecie in esame, come si ricava dalla lettura della sentenza. Una volta dichiarato il fallimento, infatti, l'interesse da proteggere, ovvero quello allo

svolgimento del servizio con regolarità e senza interruzioni, può ben essere assicurato attraverso l'applicazione di altre norme presenti nel nostro sistema, come, ad esempio, quelle in materia di ristrutturazione industriale di grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, emanate proprio al fine di assicurare che questi non subiscano eccezioni, ma che, a conferma di quanto affermato, non escludono che tali imprese siano sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria.

La continuità del servizio è, inoltre, garantita, come rilevato dai giudici, dalla possibilità per l'ente territoriale di riferimento di affidare la gestione ad un'altra società (cosa invece, impossibile nel sistema degli enti pubblici economici). Il pericolo derivante dal rischio di interruzione del servizio per il tempo necessario ad espletare le procedure per il nuovo affidamento è poi, scongiurato dal ricorso all'istituto dell'esercizio provvisorio previsto dall'art. 104 della l. fall (10).

Si noti, inoltre, ad integrazione di quanto evidenziato dalla Corte, che l'applicazione della legge fallimentare, non solo non contrasta con l'interesse generale alla regolarità e alla continuità del servizio, ma consente, anche, di tutelare altri interessi di carattere generale, perseguiti dalle norme che prevedono le procedure concorsuali, ma spesso non tenuti adeguatamente in considerazione in ragione di una lettura della legge fallimentare come legge a tutela dei soli interessi dei singoli creditori (11). Le procedure concorsuali, infatti, evitano il propagarsi dell'insolvenza e consentono una riallocazione delle risorse economiche non utilizzate, costituendo uno strumento di tutela dell'interesse economico generale (12).

Ad avviso della Cassazione, infine, l'assoggettabilità delle società in mano pubblica al fallimento, non può essere esclusa sulla base dell'obiezione, sostenuta da parte della giurisprudenza (13) e fatta propria dall'A. s.r.l., per cui la procedura concorsuale determinerebbe l'indebita ingerenza dell'au-

(8) Il requisito della necessità è stato in passato predicato con riferimento agli enti pubblici e considerato il "criterio base sottostante alle diverse qualificazioni pubblicistiche". È stato, in particolare osservato che «[...] per ciascuna figura giuridica pubblica si è in presenza di una valutazione, esplicita o implicita, da parte dell'ente territoriale, nel senso della necessità dell'esistenza di tale figura, dal che deriva un rapporto con l'ente territoriale che assume carattere coesistente della natura pubblica». In questo senso per primo G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 264 ss.

(9) Altrimenti si arriverebbe alla conseguenza difficilmente condivisibile, che anche soggetti privati che svolgono servizi essenziali sarebbero da considerarsi "necessari" e dunque,

non fallibili.

(10) Nella versione introdotta dall'art. 90 del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5.

(11) Salvo comunque, ricordare che la stessa tutela del ceto creditorio è stata definita "come un altissimo interesse pubblico". Cfr. Relazione del Guardasigilli al R.D. 267/1942, art. 3.

(12) Come già rilevato da E. Sorci, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 373 ss.

(13) Cfr. Corte d'appello di Torino, sez. I, 15 febbraio 2010, cit.

torità giudiziaria nell'attività della pubblica amministrazione. Al riguardo, la Corte si limita a dichiarare non condivisibili gli argomenti fatti valere dalla difesa di parte, senza particolari approfondimenti. Tale rifiuto, pur scarsamente motivato, appare, comunque pienamente condivisibile, sia in considerazione del fatto che l'attività in questione, nel quale si verificherebbe l'ingerenza è attività di impresa e non integra, invece, lo svolgimento di funzioni amministrative, sia perché la società partecipata, di cui si discute la fallibilità, non è titolare del servizio, ma ne è l'affidataria. Titolare del servizio resta, infatti, anche in caso di fallimento del soggetto affidatario, l'ente locale, il quale conserva il suo potere di organizzare e gestire tale servizio prendendo le decisioni che ritiene più consone, tra cui, anche, l'immediato nuovo affidamento (14).

### La sentenza 26283 del 2013. Il fatto

Con la decisione n. 26283, la Corte di Cassazione torna invece, sul problema, ampiamente dibattuto, dell'applicabilità della responsabilità amministrativa agli amministratori di società di capitali partecipate da enti pubblici.

Il caso ha avuto inizio con la citazione in giudizio, ad opera del Procuratore della Corte dei conti, del direttore generale, del sindaco e dell'amministratore unico di una società a totale partecipazione comunale, l'E.T.M. spa, costituita per l'esercizio del trasporto pubblico locale.

Il Procuratore, in particolare, lamentava che i titolari di tali cariche sociali, nell'espletamento delle

loro funzioni, avessero arrecato danno alla società, impegnandone le risorse in un'attività, non prevista, di trasporto merci per conto terzi e remunerando, per attività di mediazione, in verità, mai svolta, una diversa società.

La sentenza di condanna emessa in primo grado dalla Corte dei conti è stata, tuttavia, riformata in sede di appello dalla sezione centrale la quale ha ritenuto che l'azione per il risarcimento dei danni cagionati dalla cattiva gestione da parte di amministratori di società per azioni di diritto privato (ancorché a partecipazione pubblica) rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. Contro la pronuncia di difetto di giurisdizione è stato proposto ricorso per Cassazione sul quale la Corte si è pronunciata con la sentenza in esame.

### Il problema della responsabilità degli amministratori delle società partecipate

Il problema della responsabilità degli amministratori di società partecipate ha alimentato, negli ultimi anni, un dibattito molto acceso che ha visto contrapporsi due teorie. Da un lato, la giurisprudenza, sia del giudice ordinario (15), sia della Corte dei conti (16), che è apparsa concorde, almeno in un primo momento, nell'affermare la responsabilità amministrativa degli amministratori di società pubbliche; dall'altro, parte della dottrina, sia giuscommerciale sia amministrativistica (17), che ha invece, mosso numerose rilievi critici all'applicabilità in questi casi della responsabilità amministrativa, evidenziando, in particolare, le disfunzioni, sot-

(14) Sul punto in dottrina è stata ad esempio, evidenziata la possibilità di consentire all'impresa insolvente lo svolgimento temporaneo del servizio in funzione della vendita a terzi dell'azienda o del risanamento, specie in caso di assoggettamento ad amministrazione straordinaria o comunque mediante l'esercizio provvisorio in caso di fallimento; o ancora, gli organi della procedura procederanno ad affittare l'azienda con il conseguente subentro del contratto ex art. 2558 c.c.. Sul punto si rinvia a F. Fimmanò, *La società pubblica anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 10, 1296 ss., e alla dottrina ivi citata con riferimento agli istituti richiamati.

(15) La Cassazione, in particolare, abbandonando le soluzioni in precedenza elaborate in materia di responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici, con la nota ordinanza a sezioni unite, del 22 dicembre 2003, n. 19667, successivamente confermata con la decisione n. 3899 del 2004, ha assunto quale elemento centrale per la configurabilità della responsabilità amministrativa delle società in mano pubblica, la natura del patrimonio che subisce il danno: se quel patrimonio è pubblico, il danno ad esso inferto consente di configurare una responsabilità amministrativa e deve, quindi, essere sottoposto alla giurisdizione contabile. È dunque, in base a questa tesi, «l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione il da-

to essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile, e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso».

(16) Cfr. *ex pluris* C. Conti, sez. I, App., 22 luglio 2013, n. 568; C. conti, sez. III App., 19 luglio 2011, n. 582; C. Conti, sez. giur. Reg. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626; Corte dei Conti, sez. I, 3 novembre 2005, 356; C. Conti, sez. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135; C. Conti, sez. Lombardia, 25 gennaio 2005, n. 22; C. Conti, sez. Trentino Alto Adige, 1 giugno 2006; C. Conti, sez. Lombardia, 5 settembre 2007, n. 448.

(17) Critiche sono state mosse sin dall'emanazione delle prime pronunce relative all'estensione in via giurisprudenziale dell'istituto della responsabilità amministrativa e della conseguente giurisdizione contabile alle società partecipate, da L. Torchia, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006, 223 ss. In senso analogo tra la dottrina giuscommerciale, si veda C. Ibba, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 145 ss., e più di recente Id., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, *ivi*, 2008, I, 584 ss.

to il profilo prativo applicativo, a cui l'interpretazione favorevole poteva dar luogo.

L'orientamento consolidato della giurisprudenza è stato, tuttavia, negli ultimi anni rimeditato dalla Corte di cassazione a favore di un sostanzialismo più temperato (18). Il nuovo orientamento, anticipato con la sentenza n. 26806 del 2009 (19), è stato successivamente consolidato con due ordinanze del 2011, la n. 20940 e la n. 20941 (20). Secondo la Cassazione, in contrasto con quanto precedentemente affermato (21), non può ammettersi la responsabilità amministrativa nel caso di amministratori di società pubbliche, in quanto tra l'amministratore (o gli amministratori) della società e l'ente pubblico titolare della partecipazione non è configurabile, in alcun modo, un rapporto di servizio, né è configurabile, in caso di *mala gestio* degli amministratori, un danno diretto al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico. La presenza del 'filtro' rappresentato dalla società di capitali esclude che i presupposti stessi alla base della responsabilità amministrativa verso la pubblica amministrazione possano rinvenirsi anche nel caso delle società in mano pubblica, in ragione della netta distinzione che si crea tra ente titolare della partecipazione e società partecipata, e tra i rispettivi patrimoni. Da un lato, dunque, secondo il nuovo corso inaugurato dalle sezioni unite, il rapporto di servizio che intercorre tra ente pubblico e società partecipata non potrà essere traslato agli amministratori della società, i quali sono legati unicamente a quest'ultima in virtù di un accordo di natura privata, finalizzato alla gestione della società; dall'altro, la distinzione tra patrimoni, tratto distin-

tivo e ineludibile delle società di capitali, non consente di considerare diretto, ma solo indiretto, il danno arrecato al patrimonio dell'ente titolare della partecipazione nella società.

Solo il titolare della partecipazione, di conseguenza, può far valere la responsabilità per il danno arrecato a quel patrimonio, mentre di converso, i danni provocati da atti illeciti degli amministratori o dei dipendenti «non integrano gli estremi del cosiddetto danno erariale, in quanto si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società che è un ente soggetto alle regole del diritto privato, e non su quello del socio pubblico» (22).

Questo impianto argomentativo apparentemente consolidato nelle successive pronunce della Corte di cassazione, è stato nuovamente messo in discussione dalla sentenza che si annota attraverso la previsione di un'eccezione che tuttavia, più che confermare la regola sopra ricordata, sembra piuttosto minarla nei suoi presupposti, aprendo la strada a nuove derive e a non poche incertezze.

### **Le società *in house* e la responsabilità degli amministratori per *mala gestio***

L'eccezione richiamata riguarda le società *in house* (23), ovvero quelle società interamente partecipate da un socio pubblico, sulle quali l'ente o gli enti pubblici titolari delle partecipazioni esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che realizzano la parte più importante della loro attività con l'ente, o con gli enti pubblici che le controllano (24).

(18) Entrambe le espressioni sono attribuibili a L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in questa *Rivista*, 2012, 3, 323 ss.

(19) Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806 su cui S. Salvago, *La giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili e a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 2505; M. Sinisi, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm.*, 2010, I, 77 ss.

(20) Cass., sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20940 e n. 20941; cfr. anche successivamente alla pronuncia sopra richiamata, *ex pluribus* Cass., sez. un., 15 gennaio 2010 n. 519; 23 febbraio 2010, n. 4309; 9 aprile 2010, n. 8429; 9 maggio 2011, n. 14655; 7 luglio 2011, n. 14957.

(21) Salvo alcune eccezioni: tra queste, in particolare, il c.d. "danno da immagine" su cui cfr. L. Caravella, *La lesione all'immagine dell'ente pubblico ed il risarcimento del danno*, in *Le società pubbliche*, cit., 541 ss.. Oltre al danno da immagine, la giurisdizione contabile, anche in presenza di società per azioni in mano pubblica, mantiene a ben vedere una sua ampiezza laddove riguarda le azioni degli amministratori dell'ente pubblico socio: si pensi ad es. all'omesso esercizio dell'azione di re-

sponsabilità; all'omessa revoca degli amministratori della società; alla responsabilità per la stessa costituzione della società; all'omessa attività di pianificazione e controllo delle partecipate; alla nomina di amministratori privi di competenza; al danno diretto al patrimonio dell'ente per cessione di una società partecipata. Sul punto, più approfonditamente si rinvia a A. Police, *Danno da cattiva gestione di società a capitale pubblico e ruolo della Corte dei conti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, 177 ss., spec. 181 ss.

(22) Cass., nn. 20940 e 20941 del 2011, cit.

(23) Così facendo, la Cassazione si allinea nuovamente, se pur con specifico riguardo all'*in house providing*, alla giurisprudenza della Corte dei Conti secondo la quale la società *in house* sarebbe caratterizzata da una sostanziale immedesimazione della società stessa con la pubblica amministrazione per la quale opera, onde i relativi danni ad essa provocati sono perseguibili con l'azione contabile". In questo senso Corte Conti, sez. giur. Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80; Corte Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; Corte Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327.

(24) Corte di giustizia, 18 novembre 1999, C-107/98 *Tecal*; 9 settembre 1999, *Risan s.r.l.*, 10 novembre 1998, *BFI Holding*.

Secondo la Corte di cassazione, poiché, come si legge nelle ricostruzioni dottrinali dell'istituto dell'*in house*, in questi casi non si è di fronte ad un soggetto distinto dall'ente pubblico, ma ad una mera articolazione interna dell'ente, la distinzione tra ente pubblico socio e società, nonché quella tra i loro patrimoni, nella sostanza, non sussisterebbe e, di conseguenza, gli amministratori della società altro non sarebbero che organi dell'ente, ad esso legati da un rapporto di servizio e dunque, assoggettabili alla responsabilità amministrativa.

L'interpretazione della Corte di cassazione non convince e si ha piuttosto l'impressione che in questa decisione i concetti (e gli istituti) giuridici siano stati piegati al raggiungimento di una decisione precostituita a monte del ragionamento svolto.

In primo luogo, a non convincere è l'interpretazione che la Corte dà delle società *in house*, sia per quanto riguarda le finalità dell'istituto, sia per quanto riguarda l'analisi puntuale dei suoi presupposti e, in particolare, di quello del controllo analogo.

Rinviano, per un'analisi più approfondita, ai numerosi studi sull'argomento, ci si limiterà qui ad alcune osservazioni funzionali al ragionamento che si intende svolgere, relativo alla *ratio* dell'istituto e alle caratteristiche dei due principali requisiti richiesti per la configurabilità del modello: il controllo analogo e l'attività prevalente.

Il diritto comunitario rimette, come è noto, alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni la scelta tra l'esternalizzazione di compiti e funzioni e l'autoproduzione, ma impone, tuttavia, ove si scelga di rivolgersi al mercato, il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica (25).

Tra le ipotesi di autoproduzione che consentono di derogare alle norme sull'evidenza pubblica e di procedere con affidamento diretto, la Corte di giustizia ha incluso anche quella in cui la pubblica amministrazione si rivolga ad un soggetto, ad esempio una società, che sebbene esterno rispetto alla sua organizzazione, possa essere assimilato, ai fini dell'obiettivo di assicurare la libera concorrenza, ad

un'articolazione interna della pubblica amministrazione.

Tale assimilazione è noto, è possibile solo in presenza di due presupposti, che vanno verificati caso per caso dal giudice: il controllo analogo e la c.d. attività prevalente.

Il primo requisito è funzionale a dimostrare lo stretto collegamento tra ente pubblico e società *in house*, di modo che, pur in presenza di una società esterna, si possa ritenere di essere di fronte ad un fenomeno di autoproduzione.

Il secondo requisito, invece, è piuttosto funzionale ad evidenziare la non necessità di una tutela della concorrenza in quanto "le prestazioni dell'impresa" devono essere "destinate in via esclusiva all'ente locale" di riferimento (26).

Sussistendo queste condizioni, quindi, non si pone l'esigenza di ricorso al mercato, né si crea una situazione di potenziale *vulnus* ad altri concorrenti.

Per giustificare tale affermazione, la dottrina ha assimilato queste società agli organi dell'ente considerando le due entità - società ed ente pubblico - come un *unicum*. Una simile *fictio*, tuttavia, è rilevante ai soli effetti della non applicazione della disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica. La qualifica di *in house* attribuita ad una società esaurisce qui i suoi effetti. Al di fuori di questo alveo, salvo diverse disposizione di legge, tale configurazione non può, quindi, essere usata per giustificare distinzioni circa la disciplina da applicare, né *a fortiori* può, portare a ritenere priva di rilievo e di effetti la separazione tra socio/ente pubblico e società, nonché quella tra i loro patrimoni, essenza stessa dell'istituto societario, come, invece, fatto dalla Cassazione.

Attraverso l'introduzione dell'istituto dell'*in house* la giurisprudenza comunitaria, infatti, non ha perseguito l'obiettivo di affermare una diversa natura della società - non più società di diritto privato, ma organo amministrativo soggetto alla relativa disciplina pubblicistica -, ma, quello, del tutto distinto, di consentire, al ricorrere di alcune condizioni giustificatrici, l'affidamento diretto ad una società che presenti determinate caratteristiche, assi-

(25) Corte di giustizia Ue, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*.

(26) Il secondo requisito richiesto dalla sentenza *Teckal*, c.d. dell'«attività prevalente», per il quale l'entità giuridicamente distinta deve svolgere la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, ha creato minori problemi, ma è stato ugualmente oggetto di pronunce da parte dei giudici comunitari e di quelli nazionali. In particolare, è stato affermato che «è necessario che le prestazioni dell'impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'

ente locale in questione» e che, nel caso in cui più enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti. Corte di giustizia Ue, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbontermo spa*.

milando tale evenienza a quella c.d. dell'autoproduzione.

Il differente convincimento della Corte di cassazione al riguardo si basa, principalmente, sull'esistenza del potere di controllo c.d. analogo dell'ente socio sulla società. L'interpretazione da dare a tale requisito e, in particolare, la definizione dei contenuti e dei contorni che il controllo deve presentare in base a quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria, appaiono però, alquanto travisate dalla decisione in commento.

Secondo i giudici della Cassazione, infatti, le società *in house* sarebbero sottoposte ad un «controllo gerarchico» da parte dell'ente «che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso».

Tale impostazione diverge sostanzialmente da quella della Corte di giustizia secondo la quale, affinché possa correttamente parlarsi di controllo analogo, l'ente socio dovrà essere titolare di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione sulla società controllata. Potere che può ritenersi sussistere allorquando il socio pubblico può esercitare «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di questo ente» (27).

Secondo i giudici comunitari, dunque, per quanto incisivo debba essere il controllo per poter integrare il requisito del controllo analogo, esso non è mai tale da azzerare l'autonomia degli amministratori, conseguentemente privati di qualunque facoltà di scelta, o della capacità di discostarsi, seppur motivando, dalle direttive dell'ente socio. Ciò che viene, invece, richiesta è l'esistenza di un potere tale da influenzare le decisioni strategiche dell'ente

attraverso l'emanazione di direttive, la fissazione degli obiettivi, e il potere di approvazione delle scelte principali. Un potere che, mentre, da un lato, può essere considerato eccezionale rispetto agli ordinari poteri riconosciuti ai soci dal diritto societario (28), dall'altro, è «analogo» agli ordinari poteri di controllo all'interno delle pubbliche amministrazioni. Accogliendo la lettura della Corte di cassazione che qualifica il controllo analogo come un controllo gerarchico che azzerava la volontà degli amministratori della società impossibilitati a prendere qualsiasi decisione e incapaci di esprimere un motivato dissenso, quindi, si va oltre quanto richiesto dalla Corte di giustizia, configurandosi una forma di controllo, senza dubbio esorbitante dalle ordinarie forme di controllo soci/società per azioni, ma eccezionale anche nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e analoga, al massimo, ai controlli esercitati nell'ambito di relazioni gerarchiche in senso proprio, tipiche ormai delle sole amministrazioni militari.

Ad ogni modo, anche aderendo alla ricostruzione che la Corte fa del controllo analogo ai fini della configurazione in capo agli amministratori della società della responsabilità amministrativa, le conseguenze in termini di responsabilità per *mala gestio*, sarebbero comunque lontane da quelle che i giudici ne vogliono far discendere. Se, infatti, gli amministratori della società *in house* non hanno, in virtù del penetrante controllo al quale sono sottoposti, alcun potere decisionale, allora non potranno neanche essere considerati responsabili (29) (né per responsabilità sociale, né, *a fortiori*, per quella erariale, in considerazione del carattere sanzionatorio di quest'ultima). Gli unici responsabili (in que-

(27) In questi termini Corte giustizia Ue, 13 novembre 2008, C 324-07; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5; CGA, sez. giurisd., 4 settembre 2007, n. 719; Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316. In chiave ricostruttiva dell'istituto dell'*in house*, ex multis, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1. In dottrina, G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in questa Rivista, 2008, 11, 1126 ss.; M.M. Gaeta, *Riflessioni in tema di società in house, controllo analogo e discrezionalità gestoria*, in *Giur. di merito*, 2012, 6, 1349 ss.; S. Capacci, F. Moretti, *Il requisito del "controllo analogo" nella gestione dei servizi pubblici locali. Aspetti interpretativi del vincolo di subordinazione*, in *Appalti e contratti*, 2007, 3, 1377 ss.; M. Urso, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 12, 1420 ss.

(28) La presenza di un controllo esterno sulla gestione della società del resto è ammissibile anche per le società interamente private. Si pensi al caso dei gruppi societari, citato in questa pronuncia dalla stessa Corte di cassazione seppur per una argomentazione a contrario, all'interno dei quali la società capo-

gruppo esercita un controllo sulle scelte effettuate dalle controllate certamente incisivo, ma che mantiene ambiti di autonomia nelle controllate, quantomeno nel senso di lasciare loro il margine per obiettare alle direttive ricevute. O si pensi, ancora, a quanto accade nelle s.r.l. dove al socio può essere data la possibilità di ingerirsi nell'amministrazione senza che ciò annulli l'autonomia degli amministratori e con la sola, condivisibile conseguenza, che in caso di *mala gestio* esso subirà la sanzione dell'ordinamento ai sensi dell'art. 2476, comma 7, cc.

(29) Se, infatti, è vero che la correttezza delle scelte deve valutarsi rispetto ai fini che muovono il socio pubblico, nel caso dell'*in house* si ha una rimodulazione sostanziale dell'ambito in cui il gestore risponde; ambito questo determinato sommando al rischio atipico di quell'impresa il rischio non accettato dal socio pubblico o che comunque non è coesistente alla realizzazione dei fini di utilità generale. In questo senso G. Romagnoli, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Società*, 2005, 441. Analogamente anche R. Ursi, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 481.

sto caso, indubbiamente per responsabilità erariale), quindi, sarebbero gli amministratori del socio pubblico, i quali dovrebbero rispondere per i danni connessi alle direttive, non sindacabili, impartite, contrarie all'interesse perseguito dalla società e dallo stesso ente attraverso la costituzione e la partecipazione in tale società.

La presenza del controllo analogo, anche ove questo inteso secondo l'interpretazione della Corte, inoltre, non appare sufficiente ad annullare il rapporto di alterità esistente tra ente socio e società partecipata, e ad affermare la responsabilità amministrativa. Continua a mancare il requisito del danno *diretto* al patrimonio dell'ente pubblico. Un controllo qualificato in termini di una subordinazione gerarchica in senso stretto, infatti, al più potrebbe essere un elemento a favore della configurabilità del rapporto di servizio tra ente socio e amministratore. Resta però, comunque, il dato oggettivo per cui la società, anche se *in house*, è a tutti gli effetti una società di capitali che, come tale, è, per sua stessa connotata sostanza, caratterizzata dalla separazione del patrimonio della società da quello dei soci e dalla conseguente responsabilità limitata di questi ultimi (30). Il danno arrecato dall'amministratore della società, dunque, salvo alcune limitate eccezioni già delineate dalla giurisprudenza (31), sarà sempre un danno diretto al patrimonio della società e solo indirettamente un danno al patrimonio del socio/ente pubblico.

Ed è questo il secondo elemento di debolezza della decisione. Dall'affermazione secondo la quale le società *in house* hanno in comune con le normali società «solo la forma esteriore, ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano, e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi», la Cassazione, infatti, fa discendere, in maniera alquanto apodittica, la conseguenza che «anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società» non si può porre in termini di «distinta titolarità». Si tratta di un'affermazione dirimpante che va ben oltre quanto già affermato da coloro che, sia in giurisprudenza, sia in dottrina, hanno fatto discendere l'applicabilità (di parte) della disciplina

pubblicistica alle società partecipate dalla loro natura in realtà pubblica. In questo caso, infatti, ad essere ritenuto irrilevante e modificabile a libero piacimento, è il nucleo stesso dell'istituto della società di capitali, ovvero la separazione dei patrimoni, in mancanza della quale non solo, non ha senso parlare di s.p.a. o di s.r.l., ma non ha neanche senso, né per la pubblica amministrazione, né per nessun altro soggetto, ricorrervi.

L'affermazione della Corte è, poi, criticabile anche sul piano degli effetti applicativi, portando a conseguenze paradossali e difficilmente giustificabili alla luce dell'interesse alla tutela del patrimonio pubblico che si dichiara, più o meno esplicitamente, di volere perseguire con l'applicazione della responsabilità amministrativa alle società partecipate. L'affermata confusione tra il patrimonio della società *in house* e il patrimonio dell'ente pubblico socio (al fine di corroborare la tesi dell'esistenza della responsabilità contabile, in luogo di quella sociale, nel caso di danno al patrimonio societario), determina, infatti, come ulteriore conseguenza, la possibilità per i creditori della società di rivalersi, per la soddisfazione dei propri crediti, direttamente sul patrimonio dell'ente pubblico socio, in questo caso probabilmente più capiente. Possibilità, al contrario, esclusa dal diritto societario in caso di società di capitali, proprio in ragione della limitazione della responsabilità dei soci al solo patrimonio sociale che discende necessariamente dalla costituzione di una società di questo tipo (32).

## Conclusioni

Le decisioni annotate, sulla cui condivisibilità o meno si è in precedenza rispettivamente detto, pur presentando indubbie differenze, che ne hanno giustificato un'analisi separata, sono accomunate dal problema di fondo che impone delle riflessioni conclusive comuni.

Il problema, estremamente attuale, è rappresentato dall'incertezza circa la disciplina applicabile a questo tipo di società. Tale incertezza, è noto, deriva, in primo luogo, da una precisa scelta legislativa. Il legislatore infatti, nonostante le dimensioni assunte dal fenomeno dell'uso di società per azioni

(30) Nelle società di capitali, infatti, a differenza di quanto accade nelle società di persone, i soci, grazie alla separazione dei patrimoni, godono della responsabilità limitata e quindi non correranno il rischio di veder intaccato il proprio patrimonio in caso di azioni dei creditori contro la società.

(31) Anche nel caso, si badi bene, di s.r.l. a socio unico.

(32) Come rilevato «una società di capitali è un organismo delicato che interagisce su diversi piani di interessi e che vede

nella disciplina codicistica della responsabilità dei suoi amministratori un contrappeso importante, specie in termini di incentivo all'allineamento degli interessi di *principal* ed *agent*, al *proprium* costituito dal beneficio della responsabilità limitata dei suoi soci". In questo senso A. Rossi, *La responsabilità degli amministratori delle società "pubbliche"*, in *Giur. Comm.*, I, 2009, 529.

di diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni (siano esse istituite *ex novo*, o derivanti da processi di privatizzazione), non ha dettato una disciplina organica della materia, ma ha proceduto per interventi settoriali volti a disciplinare l'una o l'altra questione specifica, a volte estendendo l'ambito di applicabilità della singola disposizione speciale a *tutte* le società partecipate (33) dallo Stato o da altri enti pubblici, altre volte, limitando la previsione alle (o escludendo dalla previsione le) società partecipate quotate in borsa.

Questo quadro normativo privo di una sua sistematicità ed organicità, in parte, si giustifica, come osservato dalla Cassazione nella prima delle sentenze commentate, dall'estrema varietà ed eterogeneità che caratterizzano le società pubbliche e che, a sua volta, ha dato adito a soluzioni diverse e contrastanti tra la dottrina e, soprattutto, tra la giurisprudenza, circa la questione della disciplina, pubblicistica o privatistica, applicabile.

(33) Si pensi, ad esempio, alla l. 69 del 2009, che ha espressamente esteso le norme sul procedimento amministrativo anche alle «società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative». All'art. 10 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che modifica l'art. 29 della l. n. 241/1990. Deroghe significative sono contenute anche nell'art. 18 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133 che estende alle società che gestiscono servizi pubblici locali con proprietà pubblica totalitaria l'applicabilità dei principi concorsuali in materia di reclutamento del personale contenuti all'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Testo Unico sul pubblico impiego). Inoltre, per le altre società sotto il controllo pubblico (non solo quelle locali), il comma 2 prevede l'applicabilità dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità.

(34) La distinzione poi, frequentemente ripresa (per tutti cfr. M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.), è stata, inizialmente, introdotta nel Rapporto Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre, 2008. La separazione tra società pubbliche partecipate che svolgono attività di impresa e società pubbliche che svolgono funzioni amministrative è stata, inoltre, alla base della pronuncia della Corte costituzionale, 1 agosto, 2008, n. 326 (con il commento di R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani in questa Rivista*, 2009, 1, 11 ss.). La Corte, in un giudizio riguardante un conflitto di attribuzione tra lo Stato e alcune regioni, ha confermato la legittimità dei limiti imposti dal legislatore nazionale alle società partecipate dagli enti regionali e locali a capitale interamente pubblico o misto. In particolare, l'art. 13 del decreto Bersani (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, conv. con legge 4 agosto 2006, n. 248), dichiarato legittimo dalla Corte, prevede che tali società costituite «per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, [...] [e] per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative» siano ad oggetto sociale esclusivo, e che non possano operare se non con gli enti stessi che le hanno istituite. Al riguardo la Consulta ha affermato che «[l]e disposizioni impugnate [...] sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o

Una possibile soluzione a questo quadro di incertezza, proposta da parte della dottrina e, in qualche misura avallata dalla Corte costituzionale (34), è stata individuata nella distinzione tra società partecipate c.d. «di mercato» e società c.d. «semi-amministrazioni» (35): le prime da assoggettare *in toto* alla disciplina delle società per azioni, salvo limitate deroghe espressamente previste per legge; le seconde soggette ad una maggiore discrezionalità del legislatore nel dettarne la disciplina applicabile in deroga al c.c.

Tale distinzione, tuttavia, pur fornendo utili coordinate nel difficile percorso verso l'individuazione della corretta disciplina applicabile alle società partecipate (36), non è priva di inconvenienti, come le due decisioni annotate testimoniano (37).

Il primo problema è dato dal non facile compito, rimandato principalmente al giudice, di decidere, di volta in volta, a quale gruppo appartenga la so-

strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti) in regime di concorrenza. Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività di impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione» (punto 8.3.). Ad avviso della Corte, dunque, agli enti pubblici è permesso esercitare attività di impresa, ma non possono farlo attraverso gli stessi moduli organizzativi con cui attendono alle proprie funzioni amministrative, poiché tali moduli (società totalmente pubbliche o società miste) godrebbero di benefici ricollegabili alle posizioni proprie della pubblica amministrazione, non coerenti con la tutela della concorrenza. In senso conforme anche Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439.

(35) Per un'applicazione di questa distinzione al problema della responsabilità amministrativa al fine di modulare le possibili soluzioni sin rinvia a L. Torchia, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in questa *Rivista*, 2009, 791.

(36) Essa ha, inoltre, il merito di non legare la pubblicità della società e del relativo regime applicabile alla natura pubblica del socio, ma alla natura di interesse generale dell'attività svolta. Contrariamente a quanto sostenuto, soprattutto in passato, la natura pubblica del socio non determina, infatti, necessariamente la natura pubblica della società e, di conseguenza, non si traduce né nella pubblicità degli atti adottati né nell'automatica applicabilità della disciplina pubblicistica.

(37) Le due decisioni della Cassazione qui commentate, pur arrivando ad esiti diversi a seconda della (ritenuta) natura, pubblica o privata delle rispettive società oggetto delle controversie sono entrambe chiari esempi dei problemi, in termini di certezza del diritto e di uguale trattamento di fattispecie analoghe, ai quali tale approccio ermeneutico può condurre. Significativa, in tal senso, anche Cass. sez. un., 9 maggio 2011, n. 10063 in cui la Cassazione, chiamata a decidere sull'applicabilità o meno della responsabilità amministrativa ha affermato che il problema va affrontato «esaminando caso per caso, se la società per azioni sia un soggetto non solo formalmente ma anche sostanzialmente privato ovvero se essa sia un mero modello organizzatorio del quale si avvale la P.A. al fine di perseguire le sue finalità».

cietà parte della controversia. È noto, infatti, come i c.d. indici rivelatori della pubblicità si siano mostrati ampiamente incerti già in passato, quando si discuteva del problema dell'ente pubblico economico, e non vi è tuttora accordo, né in dottrina né in giurisprudenza, sulla loro rilevanza nella (discutibile) opera di riqualificazione pubblicistica di alcune delle società partecipate.

Il secondo problema è dato dal metodo seguito dall'interprete nel classificare una società come appartenente o meno alla categoria delle semi-amministrazioni e dalle conseguenze che da tale qualifica sono fatte discendere. La ripartizione tra società di mercato e società c.d. semi-amministrazioni, infatti, se non correttamente intesa nella sua principale valenza descrittiva, può dare adito a forzature, come, ad esempio quella di considerare, erroneamente, le ultime al pari di enti pubblici e assoggettarle *in toto*, in via giurisprudenziale e in assenza di appigli normativi, allo statuto pubblicistico.

L'alternativa a questa impostazione ermeneutica, suggerita da altra parte della scienza giuridica e che propone di basarsi sugli interessi che con una determinata disciplina si intendono tutelare, a prescindere da un'indagine sulla natura delle società, viste le difficoltà ad essa legate e le critiche alle quali si presta, non sembra, tuttavia, a sua volta, sufficiente a diradare le incertezze che caratterizzano la materia. Anche in questo caso, infatti, la scelta sulla norma applicabile è rimessa all'interprete, di norma il giudice, al quale, dunque, spetterà la difficile decisione (38) di individuare gli interessi rilevanti e di stabilire se essi sono tutelati meglio da norme pubblicistiche o da norme privatistiche. Le difficoltà connesse a questa seconda impostazione, del resto, sono ben testimoniate proprio

dal dibattito sull'applicabilità della responsabilità amministrativa alle società partecipate, che ha visto schierati su opposti versanti coloro che ritengono che il processo erariale garantisca meglio l'interesse al corretto utilizzo delle risorse pubbliche (39), e coloro che, di converso, considerano tale processo incapace di dare soddisfazione all'esigenza di reintegrazione patrimoniale meglio perseguita, invece, dall'azione sociale di cui al codice civile (40).

Oltre a queste difficoltà, poi, il dubbio che si concretizza di fronte a questo secondo approccio ermeneutico, è se sia poi, sempre vero, come spesso in questi casi sostenuto, che le norme "pubblicistiche" garantiscono meglio gli interessi da proteggere (ad esempio, nel caso della responsabilità amministrativa l'interesse all'integrità delle risorse pubbliche, e, nel caso dell'esenzione dal fallimento, la regolarità e la continuità del servizio), o se, piuttosto, l'unica ragione veramente a fondamento di questa ulteriore pubblicizzazione giurisprudenziale di società assoggettate al codice civile non sia semplicemente la difficoltà di abbandonare il vecchio per il nuovo, restando attaccati alle discipline pubblicistiche, anche quando il legislatore si avvale di strumenti privatistici.

I due casi qui analizzati sembrerebbero suffragare questa ipotesi, indicando che a volte, non solo non sussistono più i presupposti per l'applicazione della norma pubblicistica, stante le profonde e ineliminabili differenze tra ente pubblico e società per azioni partecipata, ma che le norme previste dal codice civile sono inoltre anche più adatte a tutelare i molteplici e diversi interessi generali sottesi a tali complesse fattispecie (41).

(38) Spesso, tra l'altro, piuttosto sorretta da ragioni legate alla volontà di estendere la propria giurisdizione, che non da altre motivazioni.

(39) Specie nel corso degli anni novanta del secolo passato si fece largo un'esigenza di effettività della tutela risarcitoria apprestata a favore delle pubbliche amministrazioni che, a qualsiasi tipo, avessero apportato proprie risorse ad enti pubblici destinati allo svolgimento di attività imprenditoriali, esigenza non sufficientemente corrisposta da una tutela sottratta nei limiti sopra visti alla penetrante azione del pubblico ministero presso la Corte dei conti e lasciata, invece, alla spesso pigra volontà degli enti stessi "dissipatori" o delle amministrazioni finanziatrici.

(40) Si pensi, infatti, alla possibilità, nel caso di responsabilità amministrativa (non invece in quello della responsabilità societaria) di attenuare la condanna rispetto all'entità del danno accertato (art. 1, c. 1 *bis*, l. n. 20/94) o ancora alla possibilità riconosciuta al convenuto appellante, di definire in modo concordato il giudizio tramite il pagamento di una somma non superiore al terzo dell'importo della condanna di primo grado (cfr. art. 1, c. 231, l. n. 266/2006).

(41) Le norme in materia di responsabilità sociale di cui al codice civile, infatti, oltre a svolgere una funzione ripristinatoria del patrimonio sociale leso dalla cattiva gestione da parte dell'organo di amministrazione, svolgono anche un'importante funzione di incentivo *ex ante* affinché gli amministratori adottino criteri gestionali funzionali al perseguimento di quegli interessi la cui lesione genera la loro responsabilità. L'annullamento di qualunque autonomia gestionale impedisce questo effetto deterrente e vanifica lo stesso ricorso al modello organizzativo societario e alla possibilità di avvalersi di amministratori che con la propria esperienza e capacità possano più efficacemente perseguire l'interesse pubblico sotteso all'attività svolta. Gli effetti negativi di una eccessiva ri-pubblicizzazione di modelli organizzativi privatistici utilizzati dalle pubbliche amministrazioni era stata a suo tempo, già evidenziata con riferimento agli enti pubblici economici. In questo senso, G. D'Auria, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro It.*, 2005, I, 2684 ss.; l'A. osservava che «la collocazione dell'ente pubblico economico al di fuori delle regole pubblicistiche sulle responsabilità di ge-

Questo non significa, naturalmente che le società partecipate non presentino elementi di specialità, né che di tali elementi di specialità il legislatore non possa e non debba tenere conto.

In molti casi, come del resto è già avvenuto, il legislatore può e deve introdurre norme speciali a garanzia di particolari interessi non adeguatamente protetti (42); ma l'assoggettamento ad una disciplina speciale per determinati aspetti della società non può essere visto, come pure è avvenuto, come un sintomo di pubblicità, né tantomeno, può autorizzare la giurisprudenza, sulla base di tale presunta sostanza pubblica, ad applicare alle società partecipate ulteriori norme espressamente previste solo per gli enti pubblici.

In questo quadro di profonda incertezza e di estrema varietà di tipi e tipologie, l'approccio formale appare, allora, quello da preferire. In base a tale approccio ermeneutico, ove non esistano norme espresse di deroga, la disciplina applicabile alle società in mano pubblica qualificate dal legislatore come società di diritto privato, resta quella civilistica e gius-commercialistica (43).

Tale impostazione, del resto, appare suffragata dalla lettura sistematica delle disposizioni in materia di società pubbliche, alcune delle quali relative proprio ai casi qui analizzati.

Si pensi, ad esempio, quanto all'assoggettabilità al fallimento, alla riforma fallimentare che, in linea

con l'originaria concezione e nonostante la proliferazione del fenomeno delle società in mano pubblica, ha mantenuto l'esenzione dal fallimento per i *soli enti pubblici* e non anche per le società pubbliche confermando la riconducibilità di queste al *genus* delle società di diritto comune.

O all'art. 2, del d.l. n. 347/03 (44) che ha previsto espressamente, per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, l'ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria e la nomina del commissario straordinario (45).

Si pensi, poi, nel caso della responsabilità amministrativa, all'art. 16 *bis*, d.l. n. 248/07, che espressamente esclude tale istituto per le società quotate in borsa. La norma (46), spinta dalla finalità di mettere al riparo dall'istituto della responsabilità amministrativa le società in mano pubblica quotate in borsa, non si presta, infatti, come pure da taluni autori sostenuto, ad un'interpretazione *a contrario* - non potendosi dedurre una regola generale da una disposizione specifica - ma conferma, invece, l'inapplicabilità alle società partecipate da un socio pubblico, della responsabilità amministrativa, inapplicabilità che, in ragione dei delicati interessi sottesi, il legislatore ha voluto espressamente chiarire quantomeno con riferimento alle società quotate (47).

stione aveva lo scopo di evitare che l'attività di impresa fosse irretita o paralizzata da logiche pubblicistiche, casomai più garantistiche, ma meno rispettose dei modelli di gestione imprenditoriali e commerciali» (nt. 14, 2689). Senza contare l'effetto deterrente svolto nei confronti degli amministratori i quali, di fronte a tale incertezza sulle regole della loro responsabilità e posti davanti anche alla possibilità, da alcuni paventata, di un cumulo delle due azioni sono certamente spinti, a parità di condizioni economiche offerte, a far valere la propria esperienza in società prive di qualunque apporto pubblico. A favore della concorrenza tra azioni L. Rordorf, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Società*, 2005, 424 ss.; a favore della cumulabilità A. Rossi, *La responsabilità*, cit.; a favore dell'alternatività L. Venturini, *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. - CdS*, 2005, 3442 ss.). Sul punto, interessanti le riflessioni sulla conseguenze legate alle incertezze mostrate in giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa degli amministratori di spa pubbliche, svolte da F. Guerrera, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 681 ss.

(42) Sono stati introdotti, ad esempio, un limite massimo al numero degli amministratori, un tetto ai compensi dei presidenti e dei componenti del consiglio di amministrazione, limiti al conferimento dell'incarico di amministratore, obblighi di comunicazione e di pubblicità a carico delle società e dei soci pubblici, vincoli sulle procedure di assunzione (v. art. 18, d.l. n. 112/2008), e limiti alla stessa possibilità di costituire e mantenere partecipazioni in società non strettamente strumentali al perseguimento di finalità istituzionali (v. art. 1, commi 587-593

e 725-735, l. n. 296/2006 e art. 3, commi 12-18, l. n. 244/2007; infine, v. il già citato art. 71, l. n. 69/2009).

(43) In questo senso, particolarmente significativo appare uno stralcio della Relazione al codice civile, con riferimento agli articoli sulle società partecipate da enti pubblici, in cui si legge che è «lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e di nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni in quanto norme speciali non dispongano diversamente» (Relazione al codice civile, n. 998).

(44) Come modificato dall'art. 1, c. 3, decreto legge 28 agosto 2008, n. 137.

(45) Cfr. anche l'art. 27, c. 2, lett. b-*bis*, d.lgs. n. 270/99 (già sopra richiamato nei suoi contenuti), introdotto dall'art. 1, c. 1 *bis*, decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, in base al quale il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali può essere conseguito «per le società operanti nel settore dei pubblici servizi essenziali anche tramite cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio di impresa di durata non superiore ad un anno».

(46) Con la disposizione del *decreto milleproghe* è stata sancita la devoluzione in via esclusiva alla giurisdizione del giudice ordinario della materia della responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche, anche in via indiretta, in misura inferiore al 50%, e delle loro controllate.

(47) In questo senso L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa un nuovo equilibrio*, cit., 326.

In questa direzione, infine, sembra andare anche l'art. 4, c. 13, del decreto sulla *spending review* (48), il quale ha disposto che le disposizioni contenute nella stessa legge, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.

L'interpretazione qui suggerita, che assoggetta tutte le società pubbliche alla disciplina civilistica salvo che non sia diversamente previsto dal legislatore, appare, poi, maggiormente coerente con le politiche di privatizzazione e di utilizzo *ex novo* degli strumenti privatistici da parte della pubblica amministrazione, avviate negli anni novanta e tuttora in atto. La riqualificazione di tali società come enti pubblici assoggettati alla disciplina pubblicisti-

ca, a prescindere dalla loro veste privatistica, infatti, contraddice e vanifica gli obiettivi di maggior efficienza e snellezza delle attività (specie imprenditoriali), perseguiti attraverso tali politiche (49). Per restare ai casi oggetto delle decisioni annotate, ad esempio, quale vantaggio ha la pubblica amministrazione a ricorrere ad una società per azioni in cui gli amministratori non hanno una reale autonomia decisionale nelle scelte relative alla gestione (50), o nella quale non sono spinti ad agire nel miglior modo possibile per la società?

Forse rispondendo a domande simili, e ancor prima, ponendosi tali domande, si riuscirebbe ad arrivare a soluzioni giurisprudenziali meno ondivaghe e preferibili sia giuridicamente, sia sul piano degli effetti pratici e operativi, non meno importanti per società che svolgono attività di impresa spesso in settori estremamente rilevanti dell'economia.

(48) Legge 6 luglio 2012, n. 95 (come modificata dalla legge di conv. 7 agosto 2012, n. 135).

(49) Estremamente critico in tal senso M.P. Chiti, *La carenza della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in questa *Rivista*, 2009, 10, 1115 ss., spec. 1118 ss., il quale con riferimento specifico alle pronunce della Corte di cassazione e della Corte dei conti in materia di responsabili-

tà amministrativa, parla di giurisprudenza che «vanifica una parte significativa delle politiche di privatizzazione».

(50) Aspetto questo di per sé già contrario alle norme civilistiche che prevedono, nell'ambito delle società per azioni, il principio della competenza esclusiva dell'organo gestorio nella conduzione dell'attività sociale (cfr. art. 2380 *bis* c.c.).