

## INTRODUZIONE

La trattazione in oggetto intende far luce a proposito di una tema di rilevante interesse, sul piano non soltanto teorico, ma altresì applicativo, ovvero quello della natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e relativa disciplina applicabile.

Nell'indagare tale aspetto, tuttavia, ampiamente analizzato dalla dottrina negli ultimi anni, oltre che recentemente interessato da un compendio normativo di sostanziale codificazione dell'orientamento giurisprudenziale preponderante, si è ritenuto di adottare una peculiare prospettiva di ricerca: in sostanza si è operata una ricostruzione della natura giuridica delle predette società attraverso lo specifico profilo della responsabilità degli organi sociali. In altri termini, si è inteso effettuare un'analisi ricostruttiva della natura delle società a partecipazione pubblica filtrata attraverso l'aspetto della giurisdizione, ordinaria ovvero della Corte dei conti, chiamata a pronunciarsi a proposito della responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi sociali.

In concreto, come si andrà ad esplicitare, l'universo delle società a partecipazione pubblica si presenta anche oggi, pur all'esito dell'avvenuta sistematizzazione sul piano normativo, come estremamente variegato e ricomprende fattispecie societarie eterogenee che spaziano dalla società quotata, a quella a prevalente partecipazione pubblica, alla società *in house*, sino alla società c.d. "legale" o di diritto singolare.

Ebbene, in siffatto contesto non pare operazione agevole quella della definizione della natura giuridica di tali società, a prima vista "sospesa" tra il diritto comune e il diritto speciale, con conseguente difficoltà ad inquadrare le stesse fattispecie societarie nell'ambito privatistico – in ragione dell'impiego dello strumento societario e dunque prendendo in considerazione quale aspetto dirimente la forma – ovvero pubblicistico, alla luce delle evidenti implicazioni sostanziali, quali attività svolta e risorse erariali concretamente impiegate ed implicate.

Aspetto cruciale dell'indagine è, pertanto, quello della effettiva estensione della giurisdizione della Corte dei conti, in relazione alla responsabilità amministrativa per danno erariale derivante dalla condotta degli amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, oltre che dei rappresentanti degli enti partecipanti.

In proposito, in particolare, si è ritenuto che l'analisi ricostruttiva non

potesse prescindere dalla ulteriore codificazione operata dal legislatore con riguardo alla materia della giustizia contabile. Così, l'art. 1, comma 1, dell'Allegato 1 al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante «*Codice della giustizia contabile*», detta previsioni specifiche a proposito dell'estensione della giurisdizione della Corte dei conti, annoverando esplicitamente tra i giudizi affidati alla cognizione del Giudice contabile anche quello di responsabilità amministrativa per danno all'erario<sup>1</sup>.

Inoltre, al comma secondo del suddetto articolo si precisa che sono devoluti alla medesima giurisdizione contabile i giudizi in materia pensionistica, quelli aventi ad oggetto l'irrogazione di sanzioni pecuniarie ed altresì, «*gli altri giudizi nelle materie specificate dalla legge*».

In sostanza, se sul fronte della responsabilità amministrativa già le previsioni poc'anzi rammentate rivestono una certa rilevanza, trattando di società a partecipazione pubblica, nello specifico, è apparso indispensabile prendere in considerazione le norme suddette coordinandole, altresì, con le ulteriori recenti previsioni normative in tema di società partecipate.

Come accennato, in particolare, l'analisi di cui alla presente trattazione trova un imprescindibile riferimento, sul piano normativo, nell'ambito dell'art. 12 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante «*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*» (di seguito integrato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100), concernente proprio i giudizi di responsabilità nei confronti degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società a partecipazione pubblica.

L'approccio ricostruttivo che si è adottato nella seguente trattazione, del resto, conferisce grande rilevanza all'aspetto della menzionata disciplina normativa di riferimento, con particolare riguardo alle specifiche previsioni sul tema della responsabilità, di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016, così come con riferimento alle disposizioni di cui al «*Codice della giustizia contabile*», d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 s.m.i., provvedimento normativo quest'ultimo che è intervenuto a riordinare e sistematizzare l'ambito generale della giustizia contabile, già interessata da rilevanti innovazioni negli anni precedenti<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Si evidenzia che il decreto legislativo in questione è stato recentemente modificato ad opera del d.lgs. 7 ottobre 2019, n. 114, che detta «*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, recante codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124*».

<sup>2</sup> In argomento e sulla giustizia contabile prima dell'approvazione del predetto Codice cfr., tra gli altri, AA.VV., *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, Padova, 1997; F. STADERINI, *Responsabilità amministrativa e contabile*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 199 ss.; G. CARBONE, *Corte dei conti*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. IV, Milano, 2000, 479 ss.; E. FERRARI, *Le giurisdizioni amministrative speciali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, vol. IV, Milano, 2000, 3601 ss.; AA.VV., *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, a cura di V. TENORE, Milano, 2004; A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, 387 ss.; AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*. Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006.

Sin d'ora, occorre peraltro porre in evidenza come, negli ultimi anni, oltre al legislatore abbia assunto un ruolo di primo piano con riguardo all'argomento in questione la stessa giurisprudenza, ragione per la quale si è inteso del pari operare una ricognizione delle stesse più eloquenti pronunce sull'argomento della Suprema Corte di Cassazione, in special modo a sezioni unite – trattandosi evidentemente di questioni di riparto giurisdizionale – così come del Giudice contabile.

In definitiva, in luce dei menzionati approdi sul piano legislativo e giurisprudenziale, si è inteso sottolineare, da un lato, come ad opera del legislatore sia intervenuta negli anni più recenti una vera e propria codificazione normativa di aspetti cruciali<sup>3</sup> e, dall'altro lato, come la disciplina summenzionata abbia tuttavia lasciato spazio, ad ogni modo, a numerose difficoltà interpretative.

In termini generali, oltretutto, la tematica in questione pare di notevole interesse non soltanto a livello teoretico, ma altresì sul piano applicativo, posto che gli stessi orientamenti giurisprudenziali sul punto – delle sezioni unite della Suprema Corte con funzione nomofilattica e della giurisprudenza contabile – non soltanto hanno contribuito a determinare essi stessi, in concreto, una ripermetrazione della giurisdizione contabile e del regime di responsabilità degli organi facenti capo alle società a partecipazione pubblica, ma si presentano, altresì, in continuo divenire<sup>4</sup>.

Come a dire che l'argomento al centro del presente lavoro non si presenta come ormai esplorato e dai tratti consolidati, ma quale tematica di grande interesse ed attualità anche perché in costante evoluzione, per mano di dottrina, giurisprudenza e legislatore<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup>Essenzialmente si fa riferimento alla questione del riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti facenti capo ai diversi modelli di società a partecipazione pubblica, oltre che all'aspetto della stessa sussistenza della giurisdizione contabile in materia.

<sup>4</sup>In questo senso, si v. tra le altre recenti pronunce sul punto, cui si farà esplicito riferimento nell'ambito della trattazione: Cass. civ., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17188, in *Foro amm.*, 2019, 6, 1009; Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2019, n. 5346, inedita; Cass. civ., sez. un., 11 settembre 2019, n. 22712, in *Guida al diritto*, 2019, 41, 26; Cass. civ., sez. un., ord. 12 dicembre 2019, n. 32608, in *www.lexitalia.it*; Cass. civ., sez. un., ord. 14 aprile 2020, n. 7824, in *www.lexitalia.it*.

<sup>5</sup>Autorevole dottrina si è espressa in termini critici rispetto all'analisi del tema in esame, sotto il profilo specifico – ma del resto ancora attuale – del riparto di giurisdizione. Così, si è specificamente rilevato che *«proprio considerando la distanza delle diverse posizioni ed il radicamento fermissimo che ad esse viene professato negli scritti recenti da parte dei sostenitori delle due contrapposte tesi ha suggerito di non incamminarsi lungo un tale sentiero di approfondimento. Sembra infatti a chi scrive che concentrare l'attenzione sui problemi di riparto di giurisdizione produca modesti risultati in termini concreti. Il rischio che pare evidente è quello di fornire carburante per alimentare i fuochi di dispute sterili, legate alla rivendicazione orgogliosa di brandelli di giurisdizione, ovvero a contrasti ancor più astratti tra consolidate e difficilmente conciliabili opzioni culturali di fondo»*. L'A., tuttavia, ha aggiunto che pare utile *«dato per fermo l'assetto della giurisdizione quale in tempi recenti la Corte regolatrice ha confinato l'azione di responsabilità amministrativa, interrogarsi se vi siano ancora utili margini di*

Inoltre, l'argomento appare del pari estremamente attuale per l'ulteriore ragione per cui, sempre più frequentemente, in diversi settori – si pensi a titolo esemplificativo all'ambito delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture – si registra l'intervento di soggetti privati, in luogo delle pubbliche amministrazioni e così: concessionari di lavori pubblici, ovvero di pubblici servizi, enti pubblici economici, ma soprattutto società a partecipazione pubblica costituite da enti locali e specialmente società *in house* e miste finalizzate alla gestione di servizi pubblici locali.

Ebbene, in tale scenario, diviene estremamente importante la questione del criterio di riparto della giurisdizione a proposito delle responsabilità derivanti dagli atti compiuti dai soggetti predetti, i quali, di fatto, agiscono nell'interesse della collettività.

La tematica affrontata, pertanto, a ben vedere, concerne la stessa evoluzione degli strumenti di gestione delle risorse pubbliche, con la conseguente necessità di approcciare i problemi correlati alla medesima tenendo conto della multidisciplinarietà dell'argomento e, pertanto, operando un'analisi dal punto di vista giuridico, ma altresì economico.

Quella delle società pubbliche si pone, infatti, con evidenza, quale fattispecie peculiare, indubbiamente ibrida, con riguardo alla quale si incontrano e si intersecano gli ambiti stessi dell'economia e del diritto.

In termini generali, l'opera ricostruttiva in chiave critica si presenta di non facile realizzazione, *in primis*, considerata la frammentarietà delle numerose previsioni normative interne, oltre che di derivazione europea, sovente scaturenti da esigenze contingenti, vigenti prima dell'entrata in vigore del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica e che, in taluni casi, ancora oggi si intrecciano con le disposizioni del medesimo decreto legislativo di codificazione.

In secondo luogo – come accennato – si riscontra una evidente difficoltà pratica, in termini di sistematizzazione e di analisi circa la disciplina applicabile al modello gestionale della società in mano pubblica, in considerazione soprattutto – come si dirà a breve – dell'amplissima diffusione che il fenomeno ha avuto negli ultimi decenni e della conseguente estrema varietà ed eterogeneità delle concrete fattispecie societarie impiegate dalle amministrazioni pubbliche<sup>6</sup>.

A proposito della natura giuridica delle società in parola si è assistito

---

*azione per la giurisdizione amministrativo-contabile in relazione ai danni da cattiva gestione di Società di capitali a partecipazione pubblica. Se cioè le pronunce della Corte di cassazione abbiano sostanzialmente svuotato il ruolo della Corte dei conti al ricorrere di tali fattispecie o se invece – come si crede (...) – pur con le limitazioni derivanti dall'actio finium regundorum delle Sezioni unite permanga un ampio margine di manovra per il Giudice contabile». In questo senso A. POLICE, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in *Atti del convegno – 1ª Rassegna di diritto pubblico dell'economia, Varese 12 maggio 2017*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017.*

<sup>6</sup>V. in argomento F. CAPALBO, *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, in [www.respamm.it](http://www.respamm.it), 2013.

ad un vastissimo dibattito in dottrina, in ragione, da un lato, dell'assimilabilità delle stesse alle società di capitali di cui al codice civile, con conseguente larga applicazione delle norme di diritto comune e, dall'altro, della necessità di porre deroghe alle suddette norme ed alla relativa disciplina essendo le società in questione, evidentemente, rette da uno statuto peculiare.

Sotto tale ultimo profilo rileva peraltro quanto da ultimo previsto dallo stesso d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e s.m.i. il quale, al fine di provvedere ad un riassetto della normativa preesistente in materia, ha stabilito che alle società in questione si applichino in termini generali le norme privatistiche, salvo le deroghe espresse di cui allo stesso Testo unico<sup>7</sup>.

La disposizione menzionata, del resto, non ha portata estremamente innovativa, posto che la stessa legge sul procedimento amministrativo già ha previsto la generale soggezione delle società pubbliche alle norme del codice civile. L'art. 1, comma 1 *bis* della l. n. 241/1990, così come novellata dalla l. n. 15/2005, infatti, già ha disposto che la pubblica amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato laddove adotta atti non autoritativi, salvo la legge disponga diversamente<sup>8</sup>; inoltre, il successivo comma 1 *ter* ha precisato che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative sono tenuti al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono vincolate le pubbliche amministrazioni in forza della medesima legge.

Del resto, a livello generale, specialmente a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, l'intero settore del diritto amministrativo è stato non soltanto connotato dal fenomeno delle privatizzazioni, ma altresì interessato dall'introduzione di sempre più frequenti moduli consensuali, tanto che la dottrina è giunta ad affermare l'avvento di un vero e proprio "contagio" del diritto amministrativo per mezzo di un «*virus consensualistico*»<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> L'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 175/2016 dispone, infatti, che «*per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e in norme generali di diritto privato*».

Cfr. sul punto M. CLARICH-B.G. MATTARELLA, *Prefazione*, in AA.VV., *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, 9 ss.

<sup>8</sup> In proposito cfr., tra gli altri, E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. St.*, 2005, 2, 1419 ss. e G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in AA.VV., *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 69 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2012.

<sup>9</sup> In tal senso, F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2000, 277 ss. Così anche A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, in AA.VV., *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002, 55 ss. Con specifico riferimento agli strumenti organizzativi societari cfr., inoltre, 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 statali*, Torino, 1997, 24 ss.

Tale tendenza alla “privatizzazione dell’attività amministrativa” pare abbia concretizzato un disegno legislativo di fondo, messo in atto in maniera evidente ed unitaria<sup>10</sup>.

Orbene, è in tale quadro generale che si colloca lo stesso fenomeno dell’impiego di strumenti privatistici, quali le società, cui applicare sostanzialmente la disciplina di diritto comune concernente le società di capitali, al fine della gestione della “cosa pubblica”.

Se tale aspetto risulta, negli ultimi anni, non solo conclamato, ma assai esplorato dalla stessa dottrina – come accennato – di grande interesse appare un ulteriore fenomeno connesso a quello precedentemente esposto. Nell’ambito dei mutamenti che hanno recentemente interessato il diritto amministrativo, infatti, si è del pari assistito ad un fenomeno in controtendenza rispetto a quanto mostrato, interessante l’ambito specifico della giurisdizione, aspetto quest’ultimo che, come esposto poc’anzi, rappresenta l’angolo visuale privilegiato della presente trattazione.

Se è vero infatti che, sin dalla l. 19 gennaio 1994, n. 20, si è parlato di responsabilità amministrativa<sup>11</sup>, tuttavia, nel tempo si è approdati ad una lettura espansiva di tale tipologia di responsabilità, consentendo a quest’ultima di ricomprendere al suo interno comportamenti in precedenza sottoposti alle norme di cui al codice civile.

Ne è derivata, cioè, ai fini della ricerca in esame, una sostanziale “pubblicizzazione” delle condotte dei membri degli organi delle società in mano ad enti ed amministrazioni pubbliche, fenomeno in controtendenza appunto rispetto al *trend* sopra esposto<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Con specifico riguardo al processo di “privatizzazione” degli enti pubblici economici, sul piano normativo, occorre fare riferimento ai seguenti provvedimenti: d.l. 3 ottobre 1991, n. 309 (non convertito); d.l. 5 dicembre 1991, n. 386 (convertito nella l. 29 gennaio 1992, n. 35); d.l. 26 maggio 1992, n. 298 (non convertito) e, infine, d.l. n. 333/1992 (convertito nella l. n. 359/1992), che ha disposto una concreta riforma del procedimento di “privatizzazione” mediante la diretta trasformazione in società per azioni di I.R.L., E.N.I., I.N.A ed E.N.E.L., l’attribuzione del capitale azionario al Ministero del tesoro, e l’esercizio di diritti d’azionista in capo al Ministro del tesoro d’intesa con i Ministri del bilancio, dell’industria e delle partecipazioni statali. In merito, si v., altresì, Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 446, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

In dottrina si v. tra gli altri contributi in tema di privatizzazioni: M. FOSCHINI, *Profili rilevanti delle c.d. «privatizzazioni»*, in *Studi in memoria di F. Piga*, II, Milano, 1992, 1270 e ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.; ID., *Privatizzazioni, ad vocem*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 568 ss.; G. DI GASPARE, *Privatizzazioni (privatizzazione delle imprese pubbliche), ad vocem*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia*, Milano, 1998; F. BONELLI-M. ROLLI, *Privatizzazioni, ad vocem*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. IV, Milano, 2000; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Tratt. dir. amm. (dir. amm. gen.)*, diretto da S. Casese, III, Milano, 2003, 3021 e ss.

<sup>11</sup> Ebbene, l’art. 1, comma 4, della l. n. 20/1994 recita testualmente «*La Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti pubblici (...)*».

<sup>12</sup> Sul punto si v. L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità ammini-*

In merito, non si può non considerare che la responsabilità amministrativa – della quale saranno inevitabilmente presi in esame per cenni nel corso della trattazione i tratti essenziali – è caratterizzata da un regime che potrebbe essere definito “speciale”, o quantomeno derogatorio rispetto a quello di diritto comune. La stessa, originatasi quale responsabilità propria dei pubblici impiegati, è stata di seguito progressivamente estesa nei confronti di tutti coloro che, anche in senso lato, esercitano pubbliche funzioni.

In tale contesto, dunque, si colloca il discorso relativo all'applicabilità del regime della responsabilità amministrativa agli stessi componenti degli organi delle società a partecipazione pubblica od ai rappresentanti degli enti pubblici partecipanti: basti pensare, in questo senso, all'attività svolta dagli amministratori di società a partecipazione pubblica, in quanto tali non legati da un diretto rapporto organico con gli apparati amministrativi e concretamente esercitanti attività di gestione di un'impresa.

È in questo senso che, come è stato sostenuto, «*l'innesto del diritto privato nel diritto amministrativo*» avrebbe «*esasperato i problemi della giurisdizione*»<sup>13</sup> e la giurisdizione ed i problemi connessi alla medesima, a titolo esemplificativo in termini di vigente riparto giurisdizionale nella materia, si pongono quale angolo visuale prioritario e di estremo interesse nell'ambito della presente analisi volta a definire la natura giuridica delle società a partecipazione pubblica.

---

*strativa*, Milano, 2001, 39-40 e M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008, 27 ss.

<sup>13</sup> Così V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione e «controversie societarie pubbliche»*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 263 ss. Sul medesimo argomento si v., inoltre, ID., *Responsabilità amministrative e giurisdizione – le confuse linee di confine fra le giurisdizioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 305 ss. e ID., *Servizi pubblici e società di capitali in Italia: alla ricerca del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 672 ss.





CAPITOLO I

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA  
TRA DIRITTO PRIVATO  
E DIRITTO AMMINISTRATIVO

SEZIONE I

NATURA GIURIDICA E FATTISPECIE SOCIETARIE

SOMMARIO: 1. L'impiego del modulo societario ad opera delle amministrazioni pubbliche. – 2. La controversa natura della società a partecipazione pubblica. – 3. L'eterogeneità delle fattispecie societarie. – 4. Le peculiarità delle società *in house providing*.

1. *L'impiego del modulo societario ad opera delle amministrazioni pubbliche*

Autorevole dottrina ha rilevato come, a fronte dello sviluppo esponenziale del fenomeno delle società a partecipazione pubblica e della conseguente e correlata normazione della materia, si sia cercato di inventare dapprima un «*diritto amministrativo privato*» od un «*diritto amministrativo paritario*» e di seguito addirittura un «*diritto amministrativo societario*», foriero di incertezze e confusione sull'argomento<sup>1</sup>.

Evidentemente, lo stesso legislatore ha recepito il dato in questione introducendo, nell'ambito dell'art. 1 della l. n. 241/1990, il comma 1 *bis* in base al quale «*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato*».

Ad ogni modo, posto quanto sopra evidenziato, occorre tenere ben presente come l'amministrazione pubblica debba avere quale fine ultimo la realizzazione dell'interesse pubblico. L'attività amministrativa, infatti, pri-

---

<sup>1</sup>E. FERRARI, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008, 173.

ma ancora di essere attività di tipo autoritativo è attività finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, per la realizzazione del quale possono certamente essere impiegati anche moduli organizzativi facenti capo al diritto privato<sup>2</sup>.

In altri termini, in assenza di interscambiabilità tra diritto privato ed amministrativo, il diritto privato può servire a realizzare l'interesse pubblico, quest'ultimo definito, tuttavia, dal diritto amministrativo stesso ed in ogni caso, dunque, fermo il concetto di strumentalità dell'agire amministrativo alla realizzazione dell'interesse pubblico, anche eventualmente, nelle forme di cui al diritto privato<sup>3</sup>.

Quanto esposto trova una conferma proprio con riguardo alle società costituite dagli enti locali e relativi appalti e concessioni c.d. *in house*: infatti, se un Comune dispone di una determinata struttura societaria operativa, si pensi in particolare ad una società a totale partecipazione comunale – modulo peraltro impiegato assai frequentemente nell'ambito del nostro ordinamento giuridico – evidentemente detterà a quella stessa struttura specifiche linee politiche e di azione al fine del perseguimento di un interesse pubblico. Come a dire che la figura di diritto privato in questione si presenta quale strumento volto alla realizzazione degli orientamenti dell'ente pubblico stesso<sup>4</sup>.

Il modulo organizzativo societario, del resto, è stato ritenuto dalle amministrazioni pubbliche maggiormente funzionale alle esigenze perseguite in rapporto ad altre modalità organizzative tenuto conto, da un lato, del minore “formalismo” di tipo organizzativo e, dall'altro, della maggiore semplicità di svolgimento delle attività economiche ad opera dell'ente societario medesimo<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici si v. il recente lavoro di C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al Codice 2016*, Torino, 2017.

<sup>3</sup> In tal senso si è espresso E. FERRARI, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, cit., 175. L'A. ben pone in evidenza come, alla luce di quanto esposto, l'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 sottolinei un principio cardine che, di fatto, svuota di significato il successivo menzionato comma 1 *bis*. La predetta strumentalità dell'agire amministrativo, infatti, deve essere in ogni caso mantenuta, anche al fine di poter verificare per quali finalità opera l'amministrazione.

<sup>4</sup> Con specifico riguardo al modello della società *in house*, impiegato al fine della gestione dei servizi pubblici locali, cfr. V. PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in G. FALCON-B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa: problemi e prospettive: atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012*, Padova, 2013, 179-200, oltre che, sempre in argomento, V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 1, 385-398 e ID., *Gestione dei servizi pubblici locali e tutela delle risorse pubbliche*, in J.L. PIÑAR MAÑAS (coord.), *Crisis económica y crisis del estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Madrid, 2013.

<sup>5</sup> Sull'argomento, in termini generali, si v. il recente lavoro di G.P. CIRILLO, *Sistema isti-*

In altri termini, si è progressivamente affermata la convinzione per cui il conseguimento degli interessi generali di ogni amministrazione potesse essere validamente perseguito anche mediante l'utilizzo di moduli organizzativi di stampo privatistico, con «l'affermazione (prima giurisprudenziale, poi legislativa) del c.d. principio della "neutralità della forma giuridica" rispetto alle finalità e alle prerogative istituzionali»<sup>6</sup>.

In dettaglio, si è assistito, in primo luogo, all'ampliamento dell'ambito dei servizi pubblici, ricomprendendo nella categoria generale non soltanto servizi aventi ad oggetto attività economiche interessanti la collettività, ma altresì attività volte alla promozione socio-economica delle comunità, sino al concreto affidamento in capo a società partecipate dagli enti locali di attività istituzionali o strumentali. Inoltre, si è registrato uno sviluppo senza precedenti del modulo di gestione proprio della società *in house providing*. Tale modello, del resto, oltre che secondo un uso virtuoso, si ritiene sia stato sovente impiegato dalle amministrazioni pubbliche anche al fine di eludere, nella sostanza, le procedure ad evidenza pubblica, oltre che i patti di stabilità e le norme in materia di contabilità pubblica, dunque, essenzialmente, le diverse e vincolanti previsioni interessanti le amministrazioni pubbliche<sup>7</sup>.

Di fatto, negli ultimi venti anni, nel nostro Paese, le pubbliche amministrazioni hanno dapprima creato società e, di seguito, inteso mantenere il privilegio derivante dall'affidamento diretto in capo alle stesse società partecipate della gestione di attività di vario tipo e di servizi pubblici, perlopiù in deroga ai basilari principi di concorrenza e trasparenza.

L'utilizzo del modello societario è cioè sconfinato in "abuso" laddove, in taluni casi, è risultato con evidenza strumentale rispetto al perseguimento di interessi differenziati e finalizzati a superare od eludere le norme dettate in materia contabile e finanziaria, con riguardo alle amministrazioni pubbliche; cosicché la stessa magistratura contabile ha più volte rilevato le manifeste distorsioni derivanti dalla gestione delle società in questione in assenza dei vincoli posti rispetto agli enti territoriali.

In numerosi casi, sono emerse situazioni finanziarie e contabili preoccupanti, con la principale conseguenza per cui molte delle società in parola sono divenute insolventi proprio a causa dell'impossibilità per gli enti soci di coprirne le ingenti perdite accumulate<sup>8</sup>.

---

*tuzionale di diritto comune*, Milano, 2018, in particolare 113 ss. e ID., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. notariato*, 2015, 4, 871.

<sup>6</sup> Si v., in tal senso, "Indagine sulle società ed organismi partecipati dagli Enti locali della Regione Lombardia", approvata con delibera della Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 30 gennaio 2013, n. 34, 3.

<sup>7</sup> Cfr. in argomento M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010, 13.

<sup>8</sup> In merito, occorre fare riferimento, ad oggi, alle previsioni normative di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 175/2016 e s.m.i., laddove si è reso esplicito che nel caso in cui una società par-

Altra problematica conseguente è risultata essere quella del governo delle società in questione in violazione dei criteri di corretta gestione societaria e imprenditoriale, stante l'abuso sostanziale dell'attività di direzione e coordinamento posto in essere dagli enti pubblici soci sulle controllate<sup>9</sup>.

In definitiva, l'utilizzo dello strumento societario ai fini pubblici si è posto in termini positivi laddove gli enti soci per mezzo del medesimo sono stati in grado di svolgere in maniera adeguata e razionale talune attività di loro competenza. Contestualmente, tuttavia, l'impiego del modulo organizzativo di cui trattasi è apparso inadeguato laddove generante unicamente fenomeni di clientelismo locale, ovvero di aggiramento di vincoli pubblicistici, essenzialmente di ordine finanziario e contabile.

Inoltre, occorre precisare che i fenomeni anzidetti sono emersi e si sono sviluppati in maniera capillare sull'intero territorio nazionale, peraltro a fronte di una normazione della materia da sempre poco chiara, sovrabbondante e disorganica.

Nei fatti, negli anni più recenti, la tendenza espansiva del fenomeno delle società partecipate ha subito una battuta d'arresto anche a seguito dei tentativi, ad opera di diversi soggetti, di ridimensionamento dell'impiego dello strumento societario, certamente alla luce del predetto perpetrato "abuso" dello stesso. In questo senso, si pensi agli interventi del legislatore nazionale sul punto, oltre che, a livello europeo, alle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

In particolare, in ambito nazionale, di rilevanza, tra gli altri provvedimenti, appaiono: il noto "decreto Bersani" del 2006 in materia di liberalizzazioni; la legge finanziaria del 2007 ed ancora la regolamentazione di cui alla legge di stabilità per l'anno 2014.

Mediante la normativa in parola il legislatore ha previsto, anzitutto, che dovessero applicarsi anche alle società partecipate affidatarie della gestione di servizi pubblici le numerose limitazioni di finanza pubblica previste per gli enti territoriali a proposito di incremento della spesa, assunzione di personale ed acquisto di servizi.

Il legislatore, pur intervenuto a più riprese sulla materia, ha evidentemente incontrato notevoli difficoltà di sistematizzazione derivanti dalla

---

tecipata da pubbliche amministrazioni locali comprese nell'elenco di cui all'art. 1, comma 3, della l. 31 dicembre 2009, n. 196, presenti un risultato di esercizio negativo, le amministrazioni partecipanti, le quali adottano la contabilità finanziaria, debbono accantonare nell'anno successivo, in un apposito fondo vincolato, un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Il predetto ripiano delle perdite subite dalla società partecipata, di cui all'art. 21, comma 1 del TUSP, inoltre, può essere disposto con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della quota di partecipazione, oltre che nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato (così dispone l'art. 21, comma 3 *bis* del TUSP).

<sup>9</sup>F. FIMMANÒ, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011.

necessità di conciliare istanze ed interessi contrapposti: da un lato, infatti, ha inteso garantire il rispetto di principi di rango costituzionale quali l'uguaglianza e l'accesso al pubblico impiego mediante concorso, dall'altro lato, non ha potuto non tutelare gli stessi organismi societari costituiti – spesso in violazione delle norme suddette – sebbene generatori di servizi essenziali in favore delle collettività locali.

Tra gli interventi legislativi adottati negli ultimi anni al fine di ridimensionare il fenomeno in analisi – soprattutto con riguardo alle realtà controllate da enti locali – rientrano gli stessi ben noti provvedimenti normativi nel senso della razionalizzazione ed eventualmente liquidazione delle partecipazioni, motivati altresì dalla complessiva situazione di sofferenza e di difficoltà economica interessante l'intero Paese.

Senza dubbio, da ultimo, appaiono di grande rilevanza la menzionata legge delega n. 124/2015 ed in attuazione della suddetta delega, il summenzionato decreto in materia di società a partecipazione pubblica, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, integrato dal d.lgs. n. 100/2017.

Gli stessi, certamente, si collocano nel quadro del ridimensionamento delle partecipazioni pubbliche, negli ultimi tempi ritenuto dal legislatore obiettivo imprescindibile in virtù delle proporzioni assunte complessivamente dal fenomeno dell'impiego dello strumento societario ad opera delle amministrazioni pubbliche.

## *2. La controversa natura della società a partecipazione pubblica*

L'aspetto che in via prioritaria si intende chiarire – come evidenziato – è certamente quello della definizione della natura giuridica delle società in questione<sup>10</sup>.

Quella relativa alla determinazione della natura delle società partecipate da enti ed amministrazioni pubbliche, ovvero, in particolare, se le medesime debbano essere considerate quali organismi di diritto privato, oppure organismi a connotazione pubblicistica è – come noto – questione problematica che ha dato vita ad uno sterminato dibattito in dottrina<sup>11</sup>.

Non si può non evidenziare, del resto, come la mancata chiara connotazione delle società a partecipazione pubblica sul piano normativo si è

---

<sup>10</sup> Per un'analisi approfondita a proposito della società a partecipazione pubblica e della sua natura, sospesa tra attrazioni e resistente di ordine pubblicistico e privatistico si v. V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo. Atti del Convegno. Padova, 8 giugno 2007*, Padova, 2008.

<sup>11</sup> In argomento cfr. F. CINTIOLI-F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, Roma, 2017 ed in particolare, il contributo di F. CINTIOLI, *Società in mano pubblica: interesse sociale e nuove qualificazioni nella giurisprudenza e nella riforma del d.lgs. n. 175 del 2016*, ivi, 221 ss.

posta quale aspetto non trascurabile da cui sono derivate rilevanti complicazioni in termini di incertezze operative, oscillazioni della giurisprudenza sul punto e contraddittorietà nell'applicazione della pur scarna e disomogenea normativa presente.

Nell'ambito dell'ordinamento interno, infatti, non si è mai chiarito in maniera risolutiva quale natura dovesse essere attribuita alle società a partecipazione pubblica, in particolare proprio in relazione alla partecipazione dell'ente pubblico stesso, precisando se la natura pubblica del socio vada a condizionare in qualche misura quella della società, così connotando la stessa quale organismo pubblico, in quanto tale sottoposto, tra le altre, alle norme in materia di contabilità e finanza pubblica<sup>12</sup>.

Come anticipato, sia nell'ambito della legislazione che in quello della giurisprudenza, la questione è stata trattata in maniera assai disomogenea: infatti, sul fronte legislativo si sono registrate diverse prese di posizione, anche in antitesi tra di loro, rese soprattutto in ragione delle diverse finalità di volta in volta perseguite dal legislatore, così come, in giurisprudenza, si è riscontrata la presenza di orientamenti contrastanti.

In particolare, come si evidenzierà oltre (cfr. in partic. il cap. III, § 2.2), in passato un filone giurisprudenziale ha attribuito rilevanza prioritaria all'aspetto delle risorse impiegate nell'ambito dell'esercizio dell'attività societaria, sostenendo come al fine di individuare correttamente la natura pubblica o privata di un organismo – nella fattispecie la società partecipata da enti od amministrazioni pubbliche – dovesse essere impiegato quale criterio risolutivo quello delle risorse impiegate nell'esercizio dell'attività e non quello della forma rivestita dall'ente stesso.

Adottando tale ricostruzione, si è giunti alla conclusione per cui, anche in presenza di una struttura societaria, quel che rileva è il dato per cui laddove l'organismo in questione adopera in prevalenza risorse pubbliche, il medesimo deve considerato a tutti gli effetti un ente di natura pubblicistica<sup>13</sup>.

La stessa Corte Costituzionale, con riguardo ad una società interamente partecipata dal Ministero dell'economia, ha precisato come la partecipazione pubblica insieme alla «*predeterminazione eteronoma dei compiti e delle funzioni pubbliche che la stessa società è chiamata a perseguire*» determina la conseguenza per cui la società in questione ha «*tutti i caratteri*

---

<sup>12</sup> Cfr. sul punto G. ASTEGIANO, *Società pubbliche. Insolvenza e responsabilità*, Milano, 2015, 11 ss. L'A. rileva, in proposito, come talune distorsioni si siano registrate negli ultimi anni proprio a causa di un equivoco basato sull'idea per cui le società partecipate da Enti pubblici dovevano considerarsi quali organismi di diritto privato, in quanto tali operanti esclusivamente sulla base delle norme di diritto civile.

<sup>13</sup> In tal senso si v., tra le altre, Corte dei conti, sez. I, 3 novembre 2005, n. 356, in *www.corteconti.it*; Cons. St., sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1522 e Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308, in *Riv. cortei conti*, 2006, 1, 246.