

Anno 15

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

8-2017

In questo numero:

Il nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica

Il sistema sanzionatorio della corruzione fra privati

Una pronuncia in materia di concordato preventivo

Le agevolazioni per gli stranieri residenti in Italia



G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

8-2017



La Rivista è pubblicata con il supporto degli
Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di:
Bergamo, Busto Arsizio, Cremona, Monza e Brianza, Verbania

Sezione di Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera.

Sezione di Diritto fallimentare

a cura di Luciano Panzani.

Sezione di Diritto tributario

a cura di Gilberto Gelosa.

Sezione di Pubblica amministrazione e impresa

a cura di Marco Casavecchia.

Sezione di Trust e negozi fiduciari

a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli.

Sezione di Crisi internazionale d'impresa

a cura di Luciano Panzani e Antonio Leandro.

Sezione di Diritto penale dell'impresa

a cura di Ciro Santoriello.

Comitato Scientifico

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Guido Canale, Paolo Felice Censoni, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Andrea Perini, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe.

Redazione

Maria Di Sarli - Cristina Saracino (*Coordinatori*).

Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Vittorio Occorsio, Luca Pecoraro, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Federico Riganti, Rossella Riva-ro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Massimo Travostino, Maria Venturini.

Direttore responsabile: Gilberto Gelosa.

I saggi pubblicati sono sottoposti a *blind referees* scelti tra i professori universitari appartenenti al Comitato scientifico, competenti nei vari settori.

La valutazione degli atti di Convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione, nonché delle note redazionali, è riservata ai Direttori.

Ogni saggio ha il titolo ed è accompagnato da un abstract e dall'indicazione delle parole chiave in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

I contributi per la pubblicazione devono essere inviati ad uno dei Direttori o al Coordinatore ai seguenti indirizzi e-mail: maria.disarli@tiscali.it; cristina.saracino@cagnasso-associati.it

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

In questo numero:

Il nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica

Il sistema sanzionatorio della corruzione fra privati

Una pronuncia in materia di concordato preventivo

Le agevolazioni per gli stranieri residenti in Italia



G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Mensile - Iscrizione al R.O.C. n. 25223

Registrazione al Tribunale di Milano 8 novembre 2002, n. 618

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISSN 2039-6880

Nds collabora con RES Centro Studi d'Impresa e Via Crisis



VÍA CRISIS

Revista Electrónica de Derecho Concursal

Publicato on-line nel mese di agosto 2017
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Indice

Diritto dell'impresa

- L. GENINATTI SATÈ, Il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche 835

Diritto penale dell'impresa

- Presentazione 867
- C. SANTORIELLO, Il nuovo sistema sanzionatorio della corruzione fra privati: troppo vaghi i confini della responsabilità delle persone giuridiche 869
- C. SANTORIELLO, Novità normative e giurisprudenziali 886

Commenti a sentenza

- P. VALLINO-E. GOITRE, Questioni in materia di concordato preventivo: modifica della proposta, rilevanza degli atti in frode ex art. 173 l. fall., esercizio dell'azione di responsabilità, sindacato giudiziale ed esclusione dall'elenco dei creditori (Tribunale di Ravenna, 27 ottobre 2015, n. 5060) 893

Diritto tributario

- C. PESSINA-A. PESSINA, Legge di stabilità 2017. Le agevolazioni per gli stranieri che intendono risiedere in Italia 915

Segnalazioni

- Segnalazioni di diritto commerciale (a cura di Giulia Garesio) 941
- Segnalazioni di diritto tributario (a cura di Leonardo Nesa) 950

Contents

Company Law

- L. GENINATTI SATÈ, The New Consolidation Act on Publicly-Owned Companies: Towards the Definition of a Special Status of Public Companies 835

Criminal Law of the Company

- Presentation 867
- C. SANTORIELLO, The new system of sanctioning corruption amongst private individuals – The boundaries regarding the responsibility of judicial persons are still too vague 869
- C. SANTORIELLO, News 886

Reports on Conference

- P. VALLINO-P. GOITRE, Composition with creditors (concordato preventivo) issues: modification of the proposal, relevance of fraudulent acts according to art. 173 of the bankruptcy law, taking of action for liability against directors, limits of the judicial review and exclusion from the creditors' list (Ravenna Court, 27 october 2015, n. 5060) 893

Tax Law

- C. PESSINA-A. PESSINA, The stability law for 2017. Tax breaks for foreign who are going to reside in Italy 915

News

- Corporate Law (ed. Giulia Garesio) 941
- Tax Law (ed. Leonardo Nesa) 950

Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

Il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche

The New Consolidation Act on Publicly-Owned Companies: Towards the Definition of a Special Status of Public Companies

Luca Geninatti Satè *

ABSTRACT

L'articolo esamina la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 175/2016 in materia di società a partecipazione pubblica, trattando le principali questioni critiche e i maggiori problemi interpretativi, evidenziando in particolare come il decreto concorra a definire uno status giuridico proprio delle società pubbliche, diverso e speciale rispetto a quello delle società private (portando così a riconsiderare il principio di autonomia privata sino ad oggi riconosciuto alle pubbliche amministrazioni per l'esercizio dell'attività non autoritativa).

PAROLE CHIAVE: società a partecipazione pubblica – controllo pubblico – *in house* – società miste – *governance* – statuto.

The article examines the new provisions introduced by Legislative Decree no. 175/2016 on publicly-owned companies, addressing the main critical matters and the most important interpretative issues related thereto. In particular, the article focuses on how Legislative Decree no. 175/2016 has been contributing to defining a special legal status of public companies, different from the one of private companies (thus leading to reconsider the principle of private autonomy that has been recognized so far to public administrations in order for them to carry out non-authoritative activities).

KEYWORDS: public companies – public control – *in house* providing – mixed companies – *governance* – bylaws.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università del Piemonte Orientale.

SOMMARIO:

1. Il d.lgs. n. 175/2016: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche. – 2. Le nuove categorie di società pubbliche. – 3. Le “società quotate” e quelle che emettono strumenti finanziari (e il problema della identificazione dei “mercati regolamentati”). – 4. Costituzione delle società, ricognizione delle società esistenti e obblighi di dismissione delle società non consentite. – 5. Elementi del nuovo statuto giuridico delle società pubbliche: (a) forma giuridica e profili di *governance*. – 6. (segue): (b) la nuova *governance* delle società “a controllo pubblico”. – 7. (segue): (c) la possibilità di attribuire la gestione della società ai soci. – 8. L’adeguamento degli statuti sociali delle società esistenti. – 9. La nuova disciplina delle società *in house* e delle società c.d. “miste”. – 10. L’assoggettabilità al fallimento e gli altri principali elementi della nuova disciplina della crisi d’impresa delle società a partecipazione pubblica. – 11. Responsabilità degli amministratori e giurisdizione della Corte dei Conti.

1. Il d.lgs. n. 175/2016: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche

Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, entrato in vigore il 23 settembre 2016, ha strutturalmente rivisitato la disciplina delle società a partecipazione pubblica, in attuazione della delega conferita con la l. 7 agosto 2015, n. 124¹.

Il decreto ha introdotto numerose novità in una materia interessata da oltre dieci anni di successione normativa e di stratificazioni giurisprudenziali², novità

¹ La Corte costituzionale, con sent. n. 251/2016, ha poi dichiarato illegittimo (fra gli altri) l’art. 18 di quest’ultima legge, ossia proprio la norma di delega del decreto; la sentenza ha tuttavia chiarito che da essa non è derivata automaticamente l’illegittimità dei decreti approvati: anzi, la Corte costituzionale ha espressamente precisato (risolvendo il tema teorico della possibilità di regolare gli effetti delle proprie pronunce: su cui v. GENINATTI SATÈ, *Sugli effetti della legge delega dichiarata incostituzionale (e dei decreti legislativi incostituzionali)*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2244 ss.; SCACCIA, *Principio di leale collaborazione e funzione legislativa in una sentenza di incostituzionalità “cautelare”*, *ivi*; GORLANI, *La Corte anticipa la tutela della sfera di competenza regionale: la leale collaborazione deve essere assicurata già in fase di emanazione dei decreti legislativi attuativi*, *ivi*) che l’incostituzionalità della legge non si estende “alle relative disposizioni attuative”. Tuttavia, la legge delega è stata dichiarata illegittima proprio in ragione di una criticità che la Corte ha rilevato nelle regole sul procedimento di approvazione dei decreti attuativi: secondo la Corte, i decreti avrebbero dovuto essere approvati previa “intesa” con le Regioni, non essendo sufficiente la previsione di un semplice parere. In attuazione di questa pronuncia, è stato successivamente emanato il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, che ha introdotto alcune disposizioni “integrative e correttive” del primo, previo l’ottenimento (su tutto il testo) dell’intesa richiesta dalla Corte.

² In argomento, *ex multis*, CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253; SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239; NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999; ROSSI, *Gli enti pubblici in*

che appaiono significative non solo perché apportano molteplici modifiche alle regole sulla costituzione delle società pubbliche e, soprattutto, sulla loro operatività (imponendo quindi rilevanti oneri di adeguamento alle pubbliche amministrazioni), ma soprattutto perché l'insieme di queste modifiche definisce una fisionomia delle società a partecipazione pubblica che si distacca ormai nitidamente da quella delle società regolate, in via generale, dal codice civile³.

In questo senso, il decreto concorre a definire uno *status* giuridico proprio delle società pubbliche, diverso e speciale rispetto a quello delle società private, e impone anche di riconsiderare il principio di autonomia privata sino ad oggi riconosciuto (da alcuni anni, anche dal diritto positivo⁴) alle pubbliche amministrazioni per l'esercizio dell'attività non autoritativa⁵.

2. Le nuove categorie di società pubbliche

Le disposizioni del decreto contengono un'articolata classificazione delle società pubbliche, che può essere sintetizzata in questo schema:

forma societaria, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221; 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; ANGIULI, *La società in mano pubblica come organizzazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2009, 157; CAMMELLI-DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.* 2005, 38; GOISIS, *Contributo allo studio delle società commerciali in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; IERA-VILLARI, *Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2014.

³ Sembra quindi superata, o invertita, la tendenza all'uniformazione del diritto societario a un diritto privato che, regolando essenzialmente rapporti "paritari", si riteneva tradizionalmente non potesse tollerare regimi speciali riferiti a soggetti pubblici: v. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 88.

⁴ In particolare, dall'art. 1, c. 1-bis, della l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 1, c. 1, lett. b), della l. n. 15/2005. Sul punto, TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. – T.A.R.*, suppl. 6/05, 2005, 17. In precedenza, la generale capacità di diritto privato era stata argomentata a partire dalle norme del codice civile in materia societaria da Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818; sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374.

⁵ Sul tema, per tutti, v. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo* in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 145, 175; CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 71. La tesi, non diffusa, secondo la quale le norme in materia di società a partecipazione pubblica avrebbero determinato, almeno a partire dalla l. n. 244/2007, un ritorno alla capacità speciale degli enti pubblici, con la conseguenza che la partecipazione societaria necessiterebbe di apposita autorizzazione *ex lege*, e sarebbero perciò consentite solo le società indicate dalla legge, era già stata sostenuta da Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10.

(a) società a partecipazione pubblica che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, possono essere costituite o, se esistenti, nelle quali può essere mantenuta la partecipazione (e alle quali d’ora innanzi, per semplicità espositiva, ci riferiremo come “società ammesse”);

(b) società a partecipazione pubblica esistenti che possono essere mantenute indipendentemente dal loro oggetto sociale, perché nominalmente individuate nell’Allegato A del decreto (e alle quali ci riferiremo come “società espressamente ammesse”)⁶;

(c) società “quotate” (nella definizione che di esse risulta dall’art. 1 del d.lg. n. 175/2016, e sulla quale ci soffermeremo ampiamente in un paragrafo successivo);

(d) società che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, non possono essere costituite e devono essere dismesse, liquidate o comunque interessate da un procedimento di alienazione delle partecipazioni.

Il d.lgs. n. 100/2017 ha inoltre introdotto la possibilità che i Presidenti delle Regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano deliberino l’esclusione totale o parziale dell’applicazione dell’art. 4 del Decreto Madia a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano, motivando questa esclusione con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta.

Avvalendosi di questa facoltà, è dunque possibile ricondurre alla categoria delle “società ammesse” singole società regionali che, diversamente, non lo sarebbero.

Rispetto a questo schema, va sottolineato che *sia* le “società ammesse”, *sia* le “società espressamente ammesse” ricadono nell’ambito di applicazione del d.lg. n. 175/2016; pertanto, le società nominalmente incluse nell’Allegato A⁷

⁶ Il d.lgs. n. 100/2017 ha ulteriormente ampliato il novero delle società a partecipazione pubblica di cui è consentita la sopravvivenza sostituendo integralmente l’Allegato A del d.lgs. n. 175/2016 con un testo nel quale le società originariamente menzionate vengono ora nominate come “gruppo”: la conseguenza è, dunque, che possono sopravvivere – indipendentemente dalla loro riconducibilità a una delle categorie individuate dall’art. 4 – tutte le società appartenenti ai gruppi espressamente individuati nell’Allegato A, e dunque anche le società controllate e collegate a quelle menzionate nella prima versione del medesimo Allegato.

⁷ Si tratta, dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 100/2017, delle seguenti: Coni Servizi, EXPO, Arexpo, Invimit, Fises, Gruppo ANAS, Gruppo GSE, Gruppo Invitalia, Gruppo IPZS, Gruppo Sogin, Gruppo Eur, Gruppo FIRA, Gruppo Sviluppo Basilicata, Gruppo Fincalabra, Gruppo Sviluppo Campania, Gruppo Friulia, Gruppo Lazio Innova, Gruppo Filse, Gruppo Finlombarda, Gruppo Finlombarda Gestione SGR, Gruppo Finmolise, Gruppo Finpiemonte, Gruppo Puglia Sviluppo, Gruppo SFIRS, Gruppo IRFIS-FinSicilia, Gruppo Fidi-Toscana, GEPAFIN, Gruppo Finaosta, Gruppo Veneto Sviluppo, Gruppo Trentino Sviluppo, Gruppo

(successivamente ampliabile con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) non sono per questo sottratte all'applicazione del decreto: semplicemente, esse possono sopravvivere indipendentemente dalla verifica circa la rispondenza delle loro finalità a una delle categorie che il decreto stesso individua quale presupposto necessario per l'ammissibilità di una società pubblica.

Invece, le società che, non rispondendo a quelle finalità, non sono consentite (nel senso che ne è divenuta vietata la costituzione e, ove costituite, sono necessariamente soggette a dismissione) rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 solo nella parte in cui – appunto – sono destinatarie degli obblighi di dismissione, mentre – com'è ovvio – le norme in materia di *governance*, di personale e, in generale, quelle che disciplinano l'operatività della società non saranno ad esse applicabili per la ragione che tali società non possono più sussistere come società a partecipazione pubblica.

Infine, le “società quotate” (nella definizione che di esse è data dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016) sono formalmente ricomprese nell'ambito soggettivo di applicazione del decreto, ma nella sostanza – come si vedrà – ciò si traduce nella soggezione di queste società soltanto a due norme (la cui incidenza è peraltro molto poco significativa).

Queste precisazioni sono importanti per chiarire a fondo il tema dell'ambito di applicazione del decreto (rispetto al quale la tecnica normativa che esso adotta può talora indurre in equivoco).

Anziché riferirsi genericamente all'“ambito soggettivo di applicazione”, è infatti preferibile distinguere (i) le norme del decreto che contengono i criteri per stabilire se una società a partecipazione pubblica sia o no ammessa e (ii) le norme del decreto che disciplinano la *governance* e il funzionamento delle società a partecipazione pubblica (ovviamente: solo di quelle ammesse).

Le prime disposizioni *non* si applicano alle società elencate nell'Allegato A (perché ammesse sulla mera base della loro inclusione nell'elenco), né alle “società quotate” (per le ragioni che si esamineranno); le seconde, invece, *si applicano* anche alle società elencate nell'Allegato A, *non* si applicano alle “società quotate” (per le ragioni che vedremo) e, naturalmente, *non* si applicano a quelle società che, in applicazione delle norme che dettano i criteri per stabilire l'ammissibilità di una società pubblica, siano interessate da procedure di dismissione o alienazione che conducano a escludere del tutto la partecipazione pubblica (rendendole, quindi, società private).

Chiarito quanto precede, è necessario soffermarsi sui criteri e sul metodo attraverso i quali il d.lgs. n. 175/2016 individua le “società ammesse” e, spe-

Ligurcapital, Gruppo Aosta Factor, Gruppo FVS SGR, Gruppo Friulia Veneto Sviluppo SGR, Gruppo Sviluppo Umbria, Gruppo Sviluppo Imprese Centro Italia – SICI SGR.

colarmente, quelle non consentite (mentre l'identificazione delle "società espressamente ammesse" non presenta problemi perché deriva dalla semplice lettura dell'elenco contenuto nell'Allegato A).

Il punto è rilevante, da un lato, perché incide in modo molto significativo sulle società esistenti, conducendo alla necessaria dismissione di tutte quelle non appartenenti alla categoria delle "ammesse"; dall'altro, perché costituisce un'innovazione strutturale nella disciplina delle società a partecipazione pubblica: il decreto compone infatti una classificazione tassativa (e quindi chiusa) di queste società, in forza della quale – d'ora in poi – una società a partecipazione pubblica dovrà necessariamente essere riconducibile a una delle categorie da esso previste.

Ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, sono infatti ammesse (nel senso (a) che possono essere costituite e (b) che le partecipazioni pubbliche in esse detenute possono essere conservate) cinque categorie di società, identificate rispetto alle loro finalità:

(1) le società costituite o partecipate per la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi [art. 4, c. 2, lett. a)];

(2) le società costituite o partecipate per la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche [art. 4, c. 2, lett. b)];

(3) le società costituite o partecipate per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato [art. 4, c. 2, lett. c)];

(4) le società costituite o partecipate per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento [art. 4, c. 2, lett. d)];

(5) le società costituite o partecipate per lo svolgimento di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici [art. 4, c. 2, lett. e)].

Va osservato che ciascuna di queste categorie solleva autonome questioni interpretative, ma una compiuta trattazione di esse esorbita dai limiti di questo scritto.

Si può unicamente rilevare che:

(i) per quanto riguarda le società "costituite o partecipate per la produzione di un servizio di interesse generale", deve applicarsi la definizione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. h), del d.lgs. n. 175/2016, secondo la quale tali servizi devono identificarsi in quelle attività "che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessi-

bilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza”⁸; in tale definizione sono però espressamente inclusi, dalla stessa norma, anche i servizi di interesse economico generale, che invece sarebbero di per sé compresi nella successiva definizione della lett. i); la torsione della prima definizione (che finisce in questo modo con il ricomprendere anche la categoria ad essa opposta) è da ritenersi dovuta alla tecnica normativa con cui il d.lgs. n. 175/2016 ha individuato le società ammesse, perché la semplice lettura dell’art. 4, c. 2, lett. a) (che include – appunto – le società qui in commento) potrebbe condurre a ritenere che siano escluse da quelle ammesse le società che gestiscono servizi pubblici locali, esito evidentemente irragionevole; trattandosi di uno stratagemma di *drafting*, può ritenersi quindi che la *summa divisio* fra servizi d’interesse generale e servizi d’interesse economico generale non sia stata intaccata⁹;

(ii) per quanto riguarda le società “costituite o partecipate per l’autoproduzione di beni o servizi strumentali all’ente o agli enti pubblici partecipanti”, è ragionevole ammettere che questa categoria tenderà a identificarsi – di fatto – con quella della società *in house*; è sì vero, infatti, che queste ultime si caratterizzano, tradizionalmente, per la particolare natura del legame con le amministrazioni partecipanti (in particolare: per l’essere soggette a un controllo degli enti soci analogo a quello che essi esercitano sulle proprie attività¹⁰) più che per la finalità socia-

⁸ La Corte di Giustizia dell’Unione europea ha ritenuto che i servizi di interesse economico generale presentano caratteri specifici e in continua evoluzione rispetto alle altre attività economiche: v., p.e., Corte Giustizia UE, in causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Racc. 1991, p. I-5889, punto 27; in causa C-242/95, *GT-Link A/S*, Racc. 1997, p. I-4449, punto 53; in causa C-266/96, *Corsica ferries France SA*, Racc. 1998, p. I – 3949, punto 45.

⁹ In argomento, GALLO, *Considerazioni introduttive e piano dell’indagine*, in *I servizi di interesse economico generale, Stato mercato, welfare nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2010; PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001; BRUTI LIBERATI – DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; AA.VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006.

¹⁰ In giurisprudenza, *ex multis*, Corte Giust. UE. 18 novembre 1999, in causa C-107/1998, *Teckal*; in causa 11 gennaio 2005, C-26/2003, *Stadt Halle*; in causa 13 ottobre 2005, C-458/2003, *Parking Brixen*; Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46 e 28 marzo 2013, n. 50; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181. Secondo Corte di Cassazione, ordinanza 3 maggio 2013 n. 10299 e sentenza SS.UU. 25 novembre 2013, n. 26283, “il controllo analogo non è di matrice civilistica, paragonabile al controllo esercitato dalla maggioranza assembleare nei confronti del consiglio d’amministrazione della società; è un controllo di tipo amministrativo, simile ad un controllo amministrativo di natura gerarchica in quanto la società *in house* è in realtà assimilabile nella sostanza ad un ente pubblico”. In dottrina, ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 495; CASALINI, *L’organismo di diritto pubbli-*

le; tuttavia, poiché in concreto le attività affidate alle società *in house* sono tipicamente quelle destinate alla produzione di attività strumentali agli enti partecipanti, ne deriva che, nei fatti, le due categorie sono destinate a sovrapporsi.

Le questioni interpretative concernenti le categorie di società ammesse hanno naturalmente un riverbero sulle difficoltà di ricondurre le società esistenti all'una o all'altra di tali categorie, essendo questa riconducibilità il necessario presupposto per la facoltà di mantenere in essere la società stessa (o la partecipazione in essa detenuta).

Questa operazione di riconduzione delle società alle categorie ammesse, per quanto delicata, è però imposta alle amministrazioni pubbliche, chiamate a compiere una periodica razionalizzazione delle partecipazioni e, soprattutto, a svolgere in via straordinaria un'iniziale ricognizione entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (come meglio si vedrà in un paragrafo successivo).

Oltre alle cinque categorie di "società ammesse" ora esaminate (e oltre alle "società espressamente ammesse") sono inoltre consentite, in via d'eccezione, altre tre tipologie di società: (a) le società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni partecipanti (che possono però venire costituite soltanto tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato); (b) le società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, nonché la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane; (c) le società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari previste dall'art. 6, comma 9, della l. n. 240/2010, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca.

L'analisi del testo normativo conduce infine a ritenere "ammesse" anche le "società quotate": a questa conclusione si giunge però attraverso un percorso argomentativo che deve puntualmente soffermarsi sulla nozione stessa di "società quotate", secondo la definizione che di esse è data dall'art. 1 del d.lg. n. 175/2016.

3. Le "società quotate" e quelle che emettono strumenti finanziari (e il problema della identificazione dei "mercati regolamentati")

L'art. 2, c. 1, lett. o), del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che, ai fini di quanto in esso disposto, si intendono per "società quotate" sia "le società a parteci-

co e l'organizzazione in house, Napoli, 2003; CAVALLO PERIN-CASALINI, *The control over in-house providing organizations*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 227.

pazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati”, sia “le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati”, nonché “le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”.

Si tratta di una tipica definizione stipulativa, che accomuna convenzionalmente le tre categorie di società entro l’unica ellittica dizione di “*società quotate*”.

Assume particolare rilievo la seconda categoria di società ricomprese nella definizione: le “*società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati*”, perché il d.lgs. n. 175/2016 non fornisce una definizione di “*mercati regolamentati*”.

Per stabilire quale significato debba allora essere attribuito a questa nozione si potrebbe ipotizzare di ricorrere a eventuali definizioni contenute in altri provvedimenti legislativi.

In questo senso, va segnalato che il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 520F*” (di seguito, “T.U.F.”) contiene in effetti, nell’art. 1, comma 1, lett. w-ter, una definizione di “*mercato regolamentato*”, corrispondente a “*sistema multilaterale che consente o facilita l’incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, ammessi alla negoziazione conformemente alle regole del mercato stesso, in modo da dare luogo a contratti, e che è gestito da una società di gestione, è autorizzato e funziona regolarmente*”.

L’utilizzo di questa definizione anche ai fini del d.lgs. n. 175/2016 non è però esente da criticità.

In primo luogo, infatti, questa definizione è destinata a valere, secondo quanto espressamente affermato dallo stesso art. 1, comma 1, del T.U.F., soltanto all’interno di quest’ultimo provvedimento, il che potrebbe precludere una integrale trasposizione della stessa definizione nell’ambito del decreto sulle società a partecipazione pubblica.

D’altra parte – come si è visto – il d.lgs. n. 175/2016 adotta a propria volta definizioni stipulative, che in alcuni casi si discostano apertamente da quelle presenti in altri provvedimenti o in altri settori dell’ordinamento (come avviene, infatti, per la nozione di “*società quotate*”, che ai fini del decreto assume un contenuto diverso da quello che presenta altrove), e questo potrebbe essere di ostacolo a stabilire che una definizione convenzionale assunta da un altro decreto legislativo debba valere anche nel d.lgs. n. 175/2016.

Del resto, il decreto Madia non contiene alcun espresso rinvio alla defini-

zione di “mercato regolamentato” contenuta nel T.U.F., perché – come si è osservato – la definizione contenuta nell’art. 2, c. 1, lett. o), si limita a menzionare i “mercati regolamentati”, pur non definendoli, senza però aggiungere che questa nozione va intesa ai sensi del d.lgs. n. 58/1998.

Ciò potrebbe essere interpretato come indice del fatto che il d.lgs. n. 175/2016 non ha ritenuto di assumere all’interno del provvedimento la stessa definizione contenuta nel T.U.F., poiché – diversamente – l’avrebbe richiamata in modo esplicito (*ubi lex voluit, dixit*¹¹).

Infatti, quando il legislatore intende riferirsi a una nozione definita da una specifica norma legislativa lo specifica espressamente: così accade, per esempio, nello stesso decreto Madia, quando il citato art. 1, c. 5, stabilisce che “*le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera o)*”; in questo caso – come si vede – il legislatore ha chiarito che la nozione di “società quotate” deve intendersi come quella definita da una specifica norma.

Analogamente avviene – per un altro esempio – nell’art. 17, comma 1, lett. e), del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, ove il legislatore, menzionando i “*servizi finanziari relativi all’emissione, all’acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari*”, chiarisce espressamente che essi devono intendersi quelli disciplinati “*ai sensi del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*”.

Nel caso in esame, invece, la definizione contenuta nell’art. 2, c. 1, lett. o), del d. lg. n. 175/2016 non contiene alcun rinvio al d.lgs. n. 58/1998, e questo fatto, unitamente alla circostanza che la nozione di “mercato regolamentato” prevista da quest’ultimo decreto è destinata a valere soltanto all’interno di esso, sembra di ostacolo a trasporre identicamente la definizione del T.U.F. all’interno del decreto Madia.

È pur vero che esistono disposizioni normative nelle quali la nozione di mercato regolamentato è impiegata senza alcun richiamo esplicito alla corrispondente definizione del T.U.F. e che, quando intendono riferirsi a sistemi non rientranti in tale definizione, lo dispongono in modo esplicito¹², come se presupponessero la nozione contenuta nel T.U.F. quale definizione cui rinviare in via sistematica.

Non si può quindi del tutto escludere la possibilità che, nell’esegesi dell’art. 2, c. 1, lett. o), l’interprete utilizzi un argomento sistematico, attri-

¹¹ TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di CICU-MESSINEO-MENGGONI, Milano, 1980, 346.

¹² Per esempio: l’art. 32 del d.l. n. 83/2012, conv. in l. n. 134/2012, e la l. n. 228/2012 (Legge di stabilità 2013).

buendo alla nozione di “*mercato regolamentato*” il significato proprio del T.U.F. (che, di fatto, costituisce l’unica definizione normativa di mercato regolamentato codificata dal nostro ordinamento giuridico).

Tuttavia, in assenza di un rimando definitorio esplicito all’interno del Testo Unico, sembra maggiormente persuasivo attribuire alla nozione di “*mercati regolamentati*” in esso contenuta il significato che deriva dall’applicazione dei criteri interpretativi dettati dall’art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*.

Ai sensi di questa norma, “*nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*”.

Pertanto: ai fini di stabilire quale significato assuma – beninteso: ai limitati fini del d.lg. n. 175/2016 – la dizione “*mercati regolamentati*” contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. o), occorre utilizzare due criteri interpretativi: l’argomento letterale e l’argomento dell’intenzione del legislatore.

L’argomento letterale impone di attribuire agli enunciati normativi, oppure alle parole e ai termini in essi contenuti, il significato che assumono nella conversazione ordinaria o nel linguaggio tecnico del diritto, tenendo conto della loro relazione sintattica¹³.

Seguendo questo argomento, la dizione “*mercati regolamentati*” pare doversi riferire, nell’ambito del decreto Madia, a tutti quei mercati che siano soggetti a una regolamentazione, ossia nei quali esista una disciplina per l’organizzazione e il funzionamento del mercato stesso.

L’argomento dell’intenzione del legislatore può invece essere sdoppiato, da un lato, nell’argomento psicologico e, dall’altro, nell’argomento teleologico.

L’argomento psicologico è quello per cui “a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell’emittente o autore dell’enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico”¹⁴: il significato della norma va quindi ricercato nelle fonti che consentono di ricostruire l’intenzione con cui l’estensore della norma ha provveduto a scriverla.

Nel caso del d.lgs. n. 175/2016, alcuni elementi utili al riguardo possono rinvenirsi dalla previsione contenuta nella legge delega, che include fra i principi e criteri direttivi la necessaria “*distinzione tra tipi di società*” in relazione “*alla quotazione in borsa o all’emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati*”.

Dalla Relazione al testo proposto dalla Prima Commissione Permanente al Senato (atto n. 1577-A) si evince, infatti, che la *ratio* di questa necessaria dif-

¹³ V., per tutti, TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., 350.

¹⁴ *Ibidem*, 364.

ferenziazione consiste nell'intento di riconoscere le peculiarità che presentano le società pubbliche ove siano oggetto d'investimenti finanziari.

Soprattutto soccorre, poi, il criterio di delega in forza del quale finalità del decreto di riordino delle norme in materia di società pubblica dev'essere anche la *“eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo”*.

Ora, guardando all'argomento teleologico (che impone di attribuire a un enunciato normativo *“quel significato che corrisponde al fine proprio della legge di cui l'enunciato è documento”*¹⁵, e quindi di ricostruire non tanto l'intento storicamente assunto dal legislatore concreto, ma i *“fini della legge”*, ossia l'obiettivo cui l'intervento normativo tende, esaminando gli interessi che il diritto ritiene di proteggere), va ricordato che la speciale disciplina dedicata alle società pubbliche in relazione alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati costituisce un elemento ricorrente della legislazione degli ultimi anni, almeno a partire dall'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (che escludeva le società quotate o in corso di quotazione dalla cessazione anticipata degli affidamenti diretti) e sino all'art. 34, comma 38, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 (che, ai fini della limitata applicazione delle norme in materia di contenimento della spesa pubblica riguardanti le società partecipate da pubbliche amministrazioni, espressamente equipara alle società quotate quelle *“emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati”*).

La finalità precipua e ricorrente di questa disciplina va individuata, in particolare, nell'esigenza di accordare una specifica tutela agli investitori (anche in attuazione del principio costituzionale dell'incoraggiamento e della tutela del risparmio, ex art. 47 Cost.), nonché nel correlato obiettivo di garantire l'affidabilità e la stabilità del sistema finanziario.

In ragione di queste esigenze, la speciale disciplina riguardante la trasparenza delle operazioni e la correttezza dei comportamenti degli operatori, così come gli strumenti di controllo e vigilanza affidati alle autorità di tutela del sistema finanziario, non si prestano a una intersezione con le regole dettate in via generale per le società a partecipazione pubblica, regole che – per un verso – risulterebbero in parziale sovrapposizione e interferenza con quelle poste a tutela degli investitori e la cui applicazione – per altro verso – potrebbe risultare suscettibile di generare effetti incompatibili con le stesse finalità di garanzia di stabilità del sistema finanziario.

In questo senso si è anche espresso il Consiglio di Stato, nel parere reso sul

¹⁵ *Ibidem*, 370.

testo del decreto in esame, osservando che l'art. 2, comma 1, lett. o), “è coerente con il principio, accolto dal sistema positivo vigente, secondo cui per le società quotate in mercati regolamentati opera interamente un regime di mercato”¹⁶.

Da queste considerazioni si evince dunque che anche l'argomento dell'intenzione del legislatore conduce complessivamente a ritenere che la nozione di “*mercati regolamentati*”, per come essa si atteggia nell'ambito del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, pare doversi riferire ai mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza di funzionamento.

Questo percorso argomentativo può dunque condurre a ritenere che la nozione di “*mercati regolamentati*” contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. o, del d.lgs. n. 175/2016 sia da riferire (non solo, restrittivamente, a quella definita dall'art. 58 del T.U.F., ma più estensivamente) a tutti i mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza, e per i quali esista quindi una disciplina di organizzazione e funzionamento preordinata a questi obiettivi.

Chiarito questo profilo, va osservato che l'art. 1, c. 5, del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che “*le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera o)*”.

Alle “società quotate” si applicano, pertanto, soltanto gli artt. 8 e 9 del decreto, riguardanti – rispettivamente – l'organo competente e le modalità per l'acquisizione di partecipazioni in società già costituite (ma solo se l'operazione comporta l'acquisto della qualità di socio) e l'individuazione dell'organo competente all'esercizio dei diritti del socio.

Conseguentemente, non si applicano alle “società quotate” né l'art. 4 (che – come si è visto – codifica le uniche categorie di società a partecipazione pubbliche ammesse), né le disposizioni in materia di *governance*, né le regole in materia di personale, né le restanti norme che delineano il nuovo e speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica.

Da ciò deriva quanto anticipato nel paragrafo 2, ossia che: le “società quotate” rientrano formalmente nell'ambito soggettivo di applicazione del d.lg. n. 175/2016, ma poiché questo comporta che esse siano soggette unicamente alle disposizioni che sono espressamente indirizzate anche alle “società quotate”, e poiché tali disposizioni sono soltanto gli artt. 8 e 9, la maggior parte delle nuove

¹⁶ Cons. Stato, Commissione speciale per l'espressione per l'esame e l'espressione del parere sullo Schema di decreto legislativo recante “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, 21 aprile 2016, n. 968.

disposizioni che incidono significativamente sulle società pubbliche non si applicano alle “società quotate”, né esse sono soggette alla verifica di riconducibilità ad una delle categorie previste dall’art. 4 ai fini della loro sopravvivenza.

Si verifica quindi una “sostanziale” sottrazione delle “società quotate” dall’applicazione del d.lgs. n. 175/2016.

L’art. 26 del decreto contiene, infine, alcune disposizioni transitorie di rilievo per le “società quotate”, ancorché sconti una formulazione non coerente con l’art. 1, c. 5, poiché prevede (alle condizioni che ora saranno descritte) che il decreto “*non si applica*”, invece di disporre che valgono le stesse regole stabilite in via ordinaria per le “società quotate”, ossia le disposizioni del decreto si applicano ad esse solo se espressamente previsto.

Inoltre, mentre le società escluse dall’ambito di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 in quanto soggette a un “regime di mercato” sono assimilate alle società da esse partecipate (ai sensi di quanto espressamente stabilito dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016, nel quale è chiarito che le disposizioni in esso contenuto “si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p”), salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche, ciò testualmente non vale per le società che abbiano emesso strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati ai sensi dell’art. 26, comma 5: in questo caso, infatti, la sottrazione è estesa alle società partecipate.

Si registrano quindi una imperfezione lessicale e un mancato coordinamento delle norme del decreto: testualmente, infatti, le società partecipate vengono equiparate alle proprie controllanti (ai fini dell’esclusione dalle norme del d.lg. n. 175/2016) solo se partecipate da società che hanno emesso strumenti finanziari “*alla data del 31 dicembre 2015*”, mentre la medesima assimilazione non è letteralmente estesa a quelle società che hanno deliberato la quotazione degli strumenti finanziari entro il 30 giugno 2016 (e sono dunque escluse dall’ambito di applicazione del Decreto ai sensi dell’art. 26, comma 5).

È evidente che si tratta di un clamoroso difetto di coordinamento: l’art. 26, comma 5, ha infatti inteso estendere lo stesso regime delle “*società quotate*” (come definite dall’articolo 2, comma 1, lett. p) anche a quelle che, pur non avendo emesso strumenti finanziari quotati al 31 dicembre 2015, abbiano deliberato tale quotazione entro il successivo 30 giugno 2016 e abbiano completato il relativo processo entro un anno dall’entrata in vigore del Decreto.

Ma se così è, la ricomprensione di queste ultime società nell’ambito delle “*quotate*” deve necessariamente avere l’effetto di sottrarre anche quelle da esse partecipate all’ambito di applicazione del Decreto, giusto il citato disposto dell’art. 1, comma 5.

Deve quindi ritenersi preferibile l’interpretazione (sorretta anche dal crite-

rio teleologico già esaminato in precedenza) secondo la quale il d.lg. n. 175/2016, laddove ha esonerato dall'applicazione delle norme in esso contenute sia le società quotate, sia le società che emettono strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati, ha perseguito una peculiare finalità (ravvisabile in quella di accordare una specifica tutela agli investitori e nel correlato obiettivo di garantire l'affidabilità e la stabilità del sistema finanziario) la quale, in presenza di un gruppo societario, deve necessariamente e costitutivamente ritenersi estesa a tutte le società del gruppo.

Assumendo di correggere in via interpretativa questo difetto di coordinamento, si può quindi ritenere le ipotesi transitorie riguardino:

(a) le società che, entro la data del 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati: tali società sono da assimilare alle "società quotate" (e dunque beneficiano della "sostanziale sottrazione" alle norme del decreto, come discussa nel testo) per un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 (dunque: sino a fine settembre 2017; ove entro questo termine di il procedimento di quotazione si sia concluso, l'assimilazione diviene definitiva (unico onere: gli atti volti all'emissione devono essere comunicati alla Corte dei conti entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto);

(b) per lo stesso periodo di un anno sono assimilate alle "società quotate" anche quelle che abbiano deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati, con provvedimento comunicato alla Corte dei conti (in questo caso, dunque, la comunicazione è un presupposto di efficacia della norma transitoria, e non un mero onere di notizia); laddove entro questo termine la società interessata presenti poi domanda di ammissione alla quotazione, l'assimilazione diviene definitiva.

Le norme transitorie non regolano espressamente l'ipotesi in cui una società abbia già completato il procedimento di quotazione degli strumenti finanziari (nel primo caso) o abbia già presentato domanda di ammissione alla quotazione prima del 30 giugno 2016 (nel secondo), ancorché dopo il 31 dicembre 2015: l'applicazione dell'argomento *a fortiori* può tuttavia condurre a ritenere che anche queste ipotesi possano beneficiare, *a maggior ragione*, dell'applicazione della disciplina transitoria.

4. Costituzione delle società, ricognizione delle società esistenti e obblighi di dismissione delle società non consentite

Individuate le categorie delle società ammesse, occorre soffermarsi, da un lato, sugli oneri previsti dal d.lgs. n. 175/2016 per la nuova costituzione di tali società e, dall'altro, sui principali adempimenti che interessano le società esistenti.

Premesso che la costituzione (o l'acquisto di partecipazioni) può naturalmente riguardare soltanto "società ammesse", o "espressamente ammesse", per la costituzione di nuove società a partecipazione pubblica, l'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce un puntuale onere di "*motivazione analitica*", prevedendo che l'atto deliberativo chiarisca la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali, evidenzi la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria della scelta (anche rispetto a possibili destinazioni alternative delle risorse pubbliche impegnate o alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato) e dia conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Gli stessi oneri gravano sull'acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite.

Viceversa, le società diverse da quelle ammesse non possono essere costituite, né possono essere oggetto di acquisizioni di partecipazioni da parte delle amministrazioni pubbliche.

Le società esistenti, diverse da quelle ammesse, devono essere oggetto di " *fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione*", ai sensi dell'art. 24 del decreto, o comunque le relative partecipazioni devono essere alienate.

In via straordinaria, le amministrazioni pubbliche devono effettuare una ricognizione delle società e partecipazioni esistenti, indicando quelle oggetto di dismissione, entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 (ossia entro fine marzo 2017).

Successivamente, la ricognizione ed eventuale dismissione deve avvenire annualmente.

L'alienazione, che deve svolgersi secondo principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, deve avvenire entro un anno dalla conclusione della ricognizione (dunque: entro marzo 2018).

In caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo o di mancata alienazione entro i termini, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'art. 2437-ter, c. 2, e seguendo il procedimento di cui all'art. 2437-quater c.c.

5. Elementi del nuovo statuto giuridico delle società pubbliche: (a) forma giuridica e profili di *governance*

L'insieme delle modifiche alla *governance* introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 concorre a definire quello speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica del quale si menzionava in apertura (e in forza del quale si è portati a ritenere che – oggi – si debba riconoscere l'esistenza di una categoria delle “società a partecipazione pubblica” come distinta rispetto a tutte le altre società regolate in via generale dal codice civile)¹⁷.

Inoltre, poiché questo speciale statuto giuridico deriva, nella maggior parte dei casi, da limiti e deroghe che il decreto stabilisce alla possibilità, da parte delle amministrazioni pubbliche, di utilizzare gli istituti societari civilistici, si può ammettere che il generale principio dell'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche (nell'adozione di atti non autoritativi) abbia subito una radicale compressione: le amministrazioni pubbliche non possono più, infatti, costituire a società, o parteciparvi, “secondo le norme di diritto privato” (come stabilisce, in generale, l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990), dovendo all'occorrenza utilizzare le norme – speciali – del d.lgs. n. 175/2016.

Il primo indice di questo *status* speciale si rinviene nei limiti alla forma che possono assumere le società a partecipazione pubblica: ai sensi dell'art. 3 del decreto, le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa.

Le altre forme societarie restano, perciò, precluse.

¹⁷ In precedenza, la giurisprudenza aveva tracciato una differenza tra le società che svolgono attività di impresa, assoggettate, in linea di massima, allo statuto privatistico, e quelle che esercitano attività amministrativa, assoggettate a disciplina pubblicistica: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 486, con nota di PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazione: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52, con nota di SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2013, 222, con nota di NICODEMO, *Società pubbliche: attività d'impresa e attività amministrativa*. A sfavore di uno statuto speciale delle società a partecipazione pubblica ha deposto, sino ad oggi, parte della giurisprudenza amministrativa più recente: p.e. T.A.R. Lazio-Latina, 9 gennaio 2013, n. 17, in *Dir. e giust.*, 2013 (secondo cui il legislatore non ha previsto alcuna apprezzabile deviazione, per le società a partecipazione pubblica rispetto alla comune disciplina codicistica, dal momento che la società a partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il fatto di essere partecipata da un ente pubblico) e Cons. Stato, 11 gennaio 2013, n. 122 (secondo la quale il funzionamento di una società a partecipazione pubblica dipenda dalla natura della stessa e, laddove questa svolga attività di impresa, sarà soggetta in tutto e per tutto alla disciplina dettata dal codice civile).

6. (segue): (b) la nuova *governance* delle società “a controllo pubblico”

La massima parte della nuova *governance* delle società a partecipazione pubblica riguarda, tuttavia, una loro specie, qualificata dal d.lgs. n. 175/2016 come “società a controllo pubblico”.

Attingendo alle definizioni dell’art. 1, si nota che anche questa stessa definizione introduce una variante speciale rispetto al modello civilistico.

Infatti, sono “società a controllo pubblico”, ai fini del decreto Madia, non soltanto quelle in cui esercitano il controllo societario ai sensi dell’art. 2359 c.c., ma anche quelle nelle quali, “*in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.

L’effetto di questa variante è naturalmente espansivo: si dovrà infatti qualificare “a controllo pubblico” (e sarà quindi soggetta alle penetranti modifiche di *governance* previste dal d.lg. n. 175/2016) anche una società a partecipazione pubblica minoritaria, in cui l’amministrazione non disponga di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria (dunque: una situazione che, ai sensi dell’art. 2359 c.c., non determinerebbe a rigore controllo pubblico¹⁸), nella quale però i patti parasociali prevedano l’unanimità per le decisioni “*finanziarie e gestionali strategiche*”¹⁹.

¹⁸ Elementi per la definizione del controllo pubblico sono stati riproposti, da ultimo dall’A.N.A.C. nel documento “*Aggiornamento delle Linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici*”, pubblicato per la consultazione e sul quale v. Consiglio di Stato, parere 20 aprile 2017, n. 650. Si ricorda in ogni caso che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ritenuto sussistere una situazione di controllo per “*influenza dominante [...] in virtù di particolari vincoli contrattuali*” in presenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società cosiddetta controllata. Peraltro, “*dovendo il carattere ‘esistenziale’, agli effetti considerati, desumersi, [...] non dal tipo in sé di contratto ma dal concreto atteggiarsi del suo contenuto, che lo renda, nel caso singolo, vitale per la società controllata —, ne consegue che l’accertamento circa l’attitudine o meno di un dato rapporto negoziale a porre una delle parti in quella particolare situazione di predominio caratteristica del controllo esterno ex art. 2359, n. 3), cit., si risolve, in definitiva, in una ‘questio facti’*” (Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2001, n. 12094). Sul punto, CARBONE, *Un contrastato caso di «controllo esterno»*, in *Corr. Giur.*, 2001, 1427; CARDARELLI, *Controllo contrattuale ed abuso della posizione di controllante*, in *Soc.*, 2002, 319. In argomento, v. anche SBISÀ, *La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *NGCC*, 2004, 481; ID., *Dei patti parasociali*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del c.c.*, Bologna – Roma, 2006, 198.

¹⁹ È utile segnalare che, secondo la giurisprudenza amministrativa, fra gli strumenti che con-

Le principali regole di *governance* – derogatorie rispetto al modello civilistico generale – che il d.lgs. n. 175/2016 stabilisce per queste società coinvolgono in primo luogo l'organo amministrativo, il quale dev'essere costituito “*di norma*” da un amministratore unico.

Nella versione originaria, il d.lgs. n. 175/2016 prevedeva che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri fossero definiti i criteri in base ai quali, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, l'assemblea della società a controllo pubblico potesse disporre che la società venisse amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri.

La peculiare tecnica di formulazione normativa aveva sollevato vari dubbi interpretativi, perché ci si chiedeva se, in attesa del citato decreto presidenziale, fosse comunque possibile adottare un modello di *governance* che prevedesse il consiglio di amministrazione, anziché l'amministratore unico.

L'interpretazione letterale delle norme ora citate induceva a ritenere che il decreto presidenziale fosse necessario affinché l'assemblea potesse “disporre” che la società sia amministrata da un organo collegiale; se ne poteva argomentativamente dedurre che se, invece, la società era già governata da un consiglio di amministrazione, e dunque non si dovesse far luogo ad alcuna nuova decisione sul punto, questo modello potesse transitoriamente venire conservato, in attesa di verificare i requisiti che il futuro decreto presidenziale avrebbe stabilito per il mantenimento dell'organo collegiale.

Si obiettava, però, che l'art. 26 del d.lgs. n. 175/2016 impone alle società “a controllo pubblico” già costituite di adeguare i propri statuti alle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016; tuttavia, “adeguare gli statuti” alla disposizione che stabiliva “di norma” la presenza di un amministratore unico, ammettendo l'organo collegiale in presenza di requisiti che sarebbero stati definiti da un futuro decreto presidenziale, poteva semplicemente comportare che lo statuto – recettivamente – prevedesse che l'organo amministrativo fosse costituito da un amministratore unico o, “*in alternativa*”, da un organo collegiale, sottomettendo tale scelta alla compatibilità con le disposizioni in materia di società a partecipazione pubblica.

In questo modo, anche una “società a controllo pubblico” avrebbe potuto, da un lato, uniformare lo statuto alle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016 (ot-

corrono a garantire il requisito del “controllo analogo” da parte di soci c.d. “ultraminoritari”, nelle società *in house*, vi è l'adeguatezza di patti parasociali attraverso i quali i soci pattisti “*si impegnano a votare in assemblea, su questioni che riguardano i servizi prestati in uno specifico comune, in conformità alla volontà espressa dal comune direttamente interessato*” in modo che sia assicurato “*a ciascun comune il ruolo di dominus nelle decisioni circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio*” (T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 23 settembre 2013, n. 780).

temperando all'art. 26) ma, dall'altro, mantenere l'organo amministrativo collegiale anche in attesa del futuro decreto presidenziale (ove ciò potesse avvenire senza alcuna nuova deliberazione) conservando l'organo preesistente.

Questo dibattito è stato superato dalle modifiche introdotte dal d.lg. n. 100/2017: il nuovo comma 3 dell'art. 11 attribuisce ora all'autonomia dell'assemblea società la possibilità di prevedere che la società venga amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri (oppure che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile).

Occorre quindi, per superare la regola che impone l'amministratore unico, un'apposita delibera assembleare, motivata sulla base di specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa (e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi) e trasmessa alla competente sezione della Corte dei conti.

Ulteriore regola di *governance* impone che, nella scelta degli amministratori delle società "a controllo pubblico", le amministrazioni assicurino il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno; qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto deve prevedere che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata secondo i criteri stabiliti dalla l. n. 120/2011 (che disciplina la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati).

Inoltre:

(a) quando la società sia costituita in forma di società a responsabilità limitata, non è consentito, in deroga all'art. 2475, c. 3, del codice civile, prevedere che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci;

(b) gli amministratori non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti;

(c) lo statuto deve prevedere l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea;

(d) lo statuto deve prevedere l'esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi;

(e) lo statuto deve prevedere il divieto di corrispondere ai componenti degli organi sociali gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato.

Ulteriore previsione è poi dedicata alle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, nelle quali non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo o che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

7. (segue): (c) la possibilità di attribuire la gestione della società ai soci

Fra le regole di *governance* dettate per le società “a controllo pubblico” spicca la norma che impone agli statuti di prevedere “*il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società*” (art. 11, c. 9, lett. d).

Questo divieto assume particolare rilievo per le società *in house*, nelle quali la giurisprudenza progressivamente formatasi negli anni aveva indicato, fra gli indici idonei a rilevare la presenza del “controllo analogo” (requisito necessario del modello *in house*), l'esistenza di organismi di controllo, costituiti dai rappresentanti di ciascun ente locale, muniti di penetranti poteri di verifica preventiva sulla gestione dell'attività ordinaria e straordinaria del soggetto *in house*, “*tali da rendere l'organo amministrativo privo di apprezzabile autonomia rispetto alle direttive delle amministrazioni partecipanti*”²⁰.

Il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle “*norme generali*” in materia di società sembra in effetti precludere la possibilità di continuare a prevedere organi quali i “comitati” che – variamente qualificati – assumevano tradizionalmente la funzione, nelle società *in house*, di verificare che la società operasse coerentemente con i principi e i presupposti del modello dell'*in house providing* e si conformasse agli indirizzi e alle direttive gestionali impartiti dai soci, garantendo quindi l'effettività di un controllo permanente dei soci stessi sulla società.

Questa novità va messa in relazione con la nuova regola di *governance* (richiamata alla lettera (d) del paragrafo precedente) secondo la quale gli amministratori delle società “a controllo pubblico” non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti.

²⁰ T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2014, n. 1069. Nel medesimo senso, Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n. 2154; Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibera 22 gennaio 2015, n. 15.

Anche questo divieto è infatti destinato a incidere sulle società *in house*, perché la designazione quali amministratori di figure apicali delle amministrazioni partecipanti, o comunque di soggetti che rivestono in esse ruoli decisionali e strategici rispetto alle attività affidate alla società *in house*, era ritenuto uno strumento utile alla strutturazione degli elementi idonei a garantire il controllo analogo²¹.

Si può allora ipotizzare che esista una connessione fra questi divieti e una delle più innovative previsioni introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 per le società *in house* (ma anche, come si vedrà, per quelle c.d. “miste”): ai sensi dell’art. 16, c. 2, lett. a), gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell’articolo 2380-*bis* e dell’articolo 2409-*novies* del codice civile, ossia delle norme che attribuiscono la gestione dell’impresa *esclusivamente* agli amministratori (o al consiglio di gestione, in caso di sistema dualistico).

Si tratta della deroga più significativa al modello societario ordinario, e quindi del tratto più caratteristico dello speciale statuto giuridico delle società pubbliche: nelle s.p.a. *in house*, e in quelle a partecipazione mista pubblico-privata, è divenuto possibile strutturare un modello di *governance* nel quale la gestione della società non sia attribuita agli amministratori, o non esclusivamente ad essi, e venga invece attribuita (anche) ai soci²².

Per le società *in house*, questa previsione può essere ricondotta all’intento del legislatore di mettere a disposizione della società uno strumento per la garanzia del controllo analogo alternativo alla presenza di amministratori dipendenti delle amministrazioni socie e all’esistenza di un “comitato” variamente denominato.

Per le società miste, la finalità della norma è resa esplicita dal legislatore, perché l’art. 17, c. 4, lett. a), chiarisce che la deroga può essere introdotta “*al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell’impresa*”²³.

²¹ In particolare, secondo la giurisprudenza, non essendo prescritto attraverso quali “*sistemi operativi debba estrinsecarsi la presenza di ciascun socio negli organi direttivi e con quale modalità concreta quest’ultimo debba concorrere al controllo analogo*”, fra gli strumenti adeguati a questo fine va anche annoverata la “*nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società*” (T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2014, n. 1069).

²² In argomento, *ex multis*, CAVALLI (a cura di), *Assemblea e amministratori*, Torino, 2013; MONTALENTI, *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in RE-SCIGNO – SCIARRONE ALIBRANDI, *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano, 2004; IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Torino, 2005; DE NICOLA, *Art. 2380-bis*, in GHEZZI (a cura di), *Amministratori – AA.VV.*, *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008; ABBADESSA, *L’assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento*, in *Giur. comm.*, 2004, 544; D’ALESSANDRO, *Gestione dell’impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, in *Le società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, 719.

²³ È stato osservato che la dizione “*controllo interno*” avrebbe dovuto essere riferita dal

8. L'adeguamento degli statuti sociali delle società esistenti

Tutte le modifiche di *governance* previste dal d.lg. n. 175/2016 si applicano non soltanto alle società a partecipazione di nuova costituzione, ma anche a quelle esistenti, che devono infatti provvedere all'adeguamento dei propri statuti entro il 31 luglio 2017 (termine originariamente fissato nel 31 dicembre 2016 e poi differito dal d.lgs. n. 100/2017).

Questa previsione è peraltro inserita fra le disposizioni transitorie del decreto e, dunque, non è prevista espressamente una sanzione per la sua violazione, ferme restando le conseguenze che potrebbero derivarne qualora venga per esempio eccepita l'invalidità degli atti adottati dalle società a partecipazione pubblica il cui statuto (e quindi la cui *governance*) non siano conformi a quanto prescritto dal d.lgs. n. 175/2016.

9. La nuova disciplina delle società *in house* e delle società c.d. "miste"

Oltre alla già esaminata novità – assai rilevante – che consente alle s.p.a. *in house* di introdurre modelli di *governance* in cui la gestione non sia riservata esclusivamente agli amministratori (e oltre alle conseguenze che derivano dai divieti di nominare amministratori dipendenti delle amministrazioni partecipanti e di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in materia di società), l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016 completa la nuova disciplina delle società *in house*.

Questa disciplina non si discosta – in realtà – dal modello recentemente codificato dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale, tuttavia, spicca una differenza che potrebbe risultare molto rilevante.

d.lg. n. 175/2016 all'istituto disciplinato dall'art. 147-*quater* del d.lg. n. 267/2000, concernente i controlli interni sulle società partecipate, e ciò in quanto la direttiva di delega contenuta nella l. n. 124/2015 prevedeva "ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267" la "revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci": poiché la norma del d.lg. n. 267/2000 riguarda, invero, una serie di controlli, di natura pubblicistica, che l'ente locale può esercitare sulle proprie partecipate, e dunque strumenti molto diversi dal possibile trasferimento della gestione dell'impresa a soggetti diversi dagli amministratori, ne deriverebbe un possibile vizio di eccesso di delega: cfr. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016, 64. La giurisprudenza amministrativa ha invece tradizionalmente considerato il "controllo interno del socio pubblico" come uno strumento di natura societaria, volto a integrare il "controllo esterno", tipico dell'ente affidante, nei modelli di partenariato pubblico-privato: *ex multis*, Cons. Stato, 18 aprile 2007, n. 456.

L'art. 16 prevede infatti che le società *in house* possono essere destinatarie di affidamenti diretti da parte delle amministrazioni partecipanti solo se non vi è partecipazione di capitali privati, “*ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*”.

L'eccezione che consente l'ingresso di capitali privati (e che deriva dalla normativa unionista, configurando un'inusitata forma di “società *in house* mista”) è ripresa dal menzionato art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale contiene però una modifica, evidenziata dall'enfasi nella citazione che precede: nell'art. 5 la stessa eccezione è infatti riferita al caso in cui la partecipazione di capitali privati sia “*prevista da norme di legge*”.

L'effetto della norma contenuta nel d.lgs. n. 175/2016 (che, in applicazione del criterio cronologico, dovrà ritenersi implicitamente abrogativa *in parte qua* dell'art. 5, d.lgs. n. 50/2016) è quindi restrittivo: la presenza di capitali privati nelle società *in house* non sarà più ammessa nel caso in cui esista una disposizione normativa che la facoltizzi, dovendosi invece rinvenire una norma che la imponga (caso, invero, non facilmente realizzabile).

Per il resto, l'art. 16 conferma la previsione già dettata dal d.lgs. n. 50/2016, stabilendo che gli statuti delle società *in house* devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, precisando – in aggiunta rispetto a quella previsione – che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Il comma 3-bis dell'art. 16 (introdotto dal d.lgs. n. 100/2017) contribuisce a chiarire le caratteristiche del fatturato residuale rispetto alla quota dell'ottanta per cento che dev'essere effettuato nello svolgimento dei compiti affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci: si precisa sul punto che la produzione ulteriore rispetto a questa quota può essere rivolta anche a finalità diverse, ma è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Il d.lg. n. 175/2017 conferma poi la regola in forza della quale le società *in house* sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016, al quale viene fatto espresso rinvio per quanto riguarda il regime speciale degli affidamenti regolato dall'art. 192.

Costituisce invece una novità la regola dettata dall'art. 4, c. 4, del d.lgs. n. 175/2016, che impone alle società *in house* di avere come oggetto sociale esclusivo una delle finalità per le quali è ammessa l'esistenza stessa di società a partecipazione pubblica.

La disciplina delle società c.d. “miste” contiene novità minori (in aggiunta a quella, già discussa, che consente di prevedere, negli statuti delle s.p.a., clausole che attribuiscono la gestione anche a soggetti diversi dagli amministratori).

La più significativa è rappresentata dalla fissazione della quota del trenta per cento come limite minimo per la partecipazione del soggetto privato.

Pur non venendo esplicitamente disciplinata, si può ritenere regolata anche la necessaria natura industriale (e non meramente finanziaria) del socio privato: l’art. 17, c. 2, prevede infatti che il socio privato debba “*possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita*” e che il bando per la sua selezione specifichi “*i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario*”.

Il ruolo industriale del socio privato non sembra peraltro comportare direttamente la necessità che siano anche predeterminati i suoi “specifici compiti operativi”, come in passato richiesto dall’art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008²⁴.

La selezione del socio privato deve in ogni caso svolgersi con procedure di evidenza pubblica “*a norma dell’articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016*”, secondo il modello della c.d. “gara a doppio oggetto” (sottoscrizione o acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e affidamento del contratto di appalto oggetto esclusivo dell’attività della società mista).

È infine chiarito che le società miste non sono soggette alle procedure ad evidenza pubblica dettate del d.lgs. n. 50/2016 (sempre che non siano organismi di diritto pubblico) se (a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica, (b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal medesimo d.lgs. n. 50/2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita, (c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell’opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

10. L’assoggettabilità al fallimento e gli altri principali elementi della nuova disciplina della crisi d’impresa delle società a partecipazione pubblica

In materia di crisi d’impresa, il d.lgs. n. 175/2016 chiarisce in via definitiva una questione lungamente dibattuta²⁵, stabilendo che le società a partici-

²⁴ V. al riguardo MORZENTI PELLEGRINI, *L’utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, in *Foro Amministrativo-C.D.S.*, 2009.

²⁵ L’orientamento sino ad oggi prevalente in dottrina ha cercato di sviluppare un approccio lega-

zione pubblica “sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi”.

Sulla restante disciplina, va segnalato l’obbligo per l’organo amministrativo di adottare i provvedimenti necessari al fine di prevenire l’aggravamento di crisi aziendali, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

to al caso concreto, ritenendo che “*caso per caso, vada verificata la rilevanza, sotto i numerosi profili, innanzi indicati, della funzione e finalità pubblica dell’attività del soggetto, onde determinare se la fattispecie soggettiva presenti i caratteri di ente privato o di ente pubblico. Va aggiunto che, nel caso si accerti la sostanziale natura pubblica dell’ente, il soggetto non potrà essere sottoposto al fallimento o al concordato preventivo, ma al tempo stesso, mancando una previsione normativa in tal senso, non potrà neppure essere sottoposto ad una procedura liquidatoria amministrativa*” (SANDULLI – POTITO, Art. 1, in *La Legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO – SANDULLI, Torino, 2010; v. anche BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009. Sul dibattito degli ultimi anni, D’ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, 713; ID., *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di Sandulli, Milano, 2007, 110. La giurisprudenza di merito ha talora richiamato il carattere della “necessità” della società, come fattore (correlato svolgimento di determinati servizi pubblici) idoneo a giustificare l’esonazione dal fallimento di una società in mano pubblica (cfr. App. Torino 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010; Trib. di Catania, 26 marzo 2010; Trib. di Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013). In altri casi, si è riconosciuta natura sostanzialmente pubblica a soggetti formalmente privati in presenza di alcuni indici sintomatici, quali: (a) detenzione della maggioranza del capitale sociale da parte dell’ente o degli enti pubblici, (b) influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società, (c) esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario. In presenza di questi indici, la società, formalmente privata ma sostanzialmente pubblica, dovrebbe essere esentata dal fallimento, indipendentemente dal tipo di attività svolta e dalla sua strumentalità rispetto al perseguimento dell’interesse pubblico (cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013; Trib. La Spezia, 20 marzo 2013). Con specifico riguardo alle società *in house*, la giurisprudenza è stata sino ad oggi ulteriormente incerta, contrapponendosi un orientamento che escludeva l’autonomia fallibilità, considerando le società *in house* come mere articolazioni interne dell’ente territoriale. In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (25 novembre 2013, n. 26283) hanno ritenuto che l’esonazione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall’art. 1, comma 1, della legge fallimentare, dovesse venire applicata anche alle società *cd. in house providing*, in quanto in esse si rileva (a) la natura esclusivamente pubblica dei soci, (b) lo svolgimento dell’attività in prevalenza a favore dei soci stessi, (c) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Secondo altro orientamento, 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, avrebbe comunque dovuto comportare che esse assumessero i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che entrano in rapporto con tali società (cfr. Cass. civ., 15 maggio 2013, n. 22209; nello stesso senso 6 dicembre 2012, n. 21991). In dottrina, sul punto, FIMMANÒ, *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 897.

Rispetto a questo obbligo, il decreto precisa che non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, *“a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte”*.

Interviene anche in questo ambito una compressione del generale principio di autonomia privata delle pubbliche amministrazioni, perché l'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 vieta alle amministrazioni (salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter c.c., ossia in caso di riduzione del capitale sociale sotto il limite legale) di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, o di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Sono però consentiti i trasferimenti straordinari a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, comunicato alla Corte dei conti, che contempra il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

11. Responsabilità degli amministratori e giurisdizione della Corte dei Conti

L'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016 chiarisce che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, *“salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”*.

È inoltre devoluta alla Corte dei conti, *“nei limiti della quota di partecipazione pubblica”*, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale, controversie che includono anche il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

Queste norme s'innestano nel tema, controverso da alcuni anni, concernente la natura della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica (dalla quale consegue l'individuazione del giudice competente).

Se, infatti, fino all'inizio degli anni 2000 era fermo l'orientamento che riteneva sussistente (a) la giurisdizione ordinaria nelle controversie aventi ad oggetto la responsabilità per i danni recati agli enti pubblici economici dai loro amministratori e dipendenti mediante comportamenti riconducibili allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, (b) la giurisdizione contabile per i danni prodotti nell'esercizio di attività organizzative o a carattere autoritativo e (c) ancora la giurisdizione contabile per la responsabilità degli amministratori e dipendenti di enti pubblici non economici²⁶, si è anzitutto registrata l'ordinanza delle Sezioni Unite 22 dicembre 2003, n. 19667, che ha esteso l'ambito della responsabilità amministrativa per danno erariale nei confronti di amministratori e dipendenti²⁷.

Successivamente, l'ordinanza 19 dicembre 2009, n. 26806 – confermata dalla successiva giurisprudenza²⁸ – ha escluso la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti della società a partecipazione pubblica per i danni ad essa arrecati (argomentando principalmente sulla base della considerazione che tale società non perde la natura di soggetto privato per il solo fatto che il suo capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico).

Alcuni anni dopo:

(a) la sentenza 9 gennaio 2013, n. 295, ha affermato che, in virtù dell'art. 1, comma 4, l. 14 gennaio 1994, n. 20, ai fini del “*riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro viene effettuata, potendo esso consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato. Il punto di discriminazione della giurisdizione ordinaria da quella contabile si è, dunque, spostato dalla qualità del soggetto – che può ben essere un privato o un ente pubblico non economico – alla natura del danno e degli scopi perseguiti. Pertanto, il privato fruitore di fondi pubblici, ove per sue scelte incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla P.A., alla cui realizzazione è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, realizza un danno per*

²⁶ Cass. civ., S.U., 5 febbraio 1969, n. 3636; 18 luglio 1979, n. 4244.

²⁷ Orientamento successivamente precisato da Cass. civ., S.U., 26 febbraio 2004, n. 3899.

²⁸ Ord. 9 maggio 2011, n. 10063; 9 aprile 2010, n. 8429; 3 marzo 2010, n. 5032; in dottrina, IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 2012, 641; TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 323.

l'ente pubblico di cui deve rispondere davanti al giudice contabile”;

(b) l'ordinanza 3 maggio 2013, n. 10299, ha avviato il tentativo di rivedere l'orientamento in essere rispetto alle società *in house*²⁹, tentativo ripreso dalla Corte dei Conti, secondo la quale “*qualora si tratti di una società costituita per lo svolgimento di servizi pubblici, o configurata quale longa manus dell'ente stesso, con un rapporto di compenetrazione organica tra la società e l'ente pubblico, si è in presenza di un modello organizzatorio della stessa p.a., sia pure per certi versi atipico, con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di quella società dovrà qualificarsi come erariale e la giurisdizione appartenere al giudice contabile*”³⁰.

Finalmente, la sentenza delle Sezioni Unite 25 novembre 2013, n. 26283, ha affermato che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura contabile quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*³¹.

²⁹ FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, in *Soc.*, 2013, 974.

³⁰ Corte dei Conti, Sez. I App., 22 luglio 2013, n. 568; Sez. giur. Reg. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626. V. anche Conti, Sez. giur. Reg. Campania, 23 ottobre 2012, n. 1629; Sez. giur. Reg. Trentino-Alto Adige 6 settembre 2011, n. 28; Sez. giur. Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80; Sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; Sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327; Sez. III App., 5 novembre 2012, n. 707.

³¹ In argomento, ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. App.*, 2014, 395; IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 5; MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 259; FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, in *Soc.*, 2014, 55. L'orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza successiva: Cass. civ., S.U., 12 febbraio 2014, n. 3201; 26 marzo 2014, n. 7177; 22 luglio 2014, n. 16622; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 febbraio 2015, n. 3677; 24 marzo 2015, n. 5848; 13 novembre 2015, n. 23306.

Tra le pronunce successive al *leading case* del 2013, S.U. 22 luglio 2014, n. 16622, la quale ha avuto cura di precisare che la società in relazione alla quale era stata posta la questione (s.p.a. Sistema Ambiente della Provincia di Napoli) era connotata dalle seguenti «speciali caratteristiche», deponenti nel senso della giurisdizione del giudice contabile: “a) oggetto sociale coincidente con il fine istituzionale demandato alla Provincia affidante del servizio e che avviene la destinata dell'attività principale della società, le cui iniziative sono limitate ad attività complementari e connesse; b) potere dell'ente affidante di ingerenza, coordinamento e supervisione dell'amministrazione – “controllo dinamico” – e sulla regolarità amministrativa e contabile – controllo strategico – per valutare l'adeguatezza delle scelte gestionali compiute in termini di congruenza tra risultati conseguiti ed obiettivi predefiniti; c) potestà di indirizzo ed influenza vincolanti sulle strategie e politiche aziendali; d) scelta preponderante o esclusiva dell'organo amministrativo; e) limitata autonomia finanziaria, statutaria e di apertura al merca-

La giurisprudenza contabile si era parzialmente discostata da questo orientamento, ritenendo che, siccome l'ordinamento comunitario non ammette distinzioni sulla base della natura formale del soggetto agente, la giurisdizione contabile deve ritenersi sussistere non solo per le società *in house providing* ma per tutte le società a totale partecipazione pubblica³², posizione in parte ripresa dall'art. 12 del d.lg. n. 175/2016, che – come si è visto – attribuisce alla Corte dei Conti, “*nei limiti della quota di partecipazione pubblica*” (dunque: integralmente, nel caso di società a totale partecipazione pubblica), la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale e su quelle che hanno determinato un pregiudizio del valore della partecipazione.

to esterno; f) autonomia gestionale e decisionale dell'amministratore unico, dalla stessa nominato, rigidamente vincolata; g) capacità negoziale soggetta a rigoroso controllo preventivo e successivo dell'ente affidante; h) obbligo stringente di report dell'attività; i) osservanza delle procedure di evidenza pubblica nella stipula dei contratti; l) copertura dei costi con i ricavi delle tariffe imposte per il servizio». S.U. 26 marzo 2014, n. 7177

³² Corte dei Conti, Sez. I giurisdizionale centrale, 20 febbraio 2015, n. 178; analogamente, Sez. I giurisdizionale centrale, 24 marzo 2015, n. 249.