

“Un nuovo diritto delle società pubbliche?”, a cura di Roberto Miccù. Note di lettura su un libro recente *

Mario Libertini **

Il volume qui recensito dev'essere apprezzato, anzitutto, perché interamente elaborato all'interno di una scuola di dottorato di ricerca (presso la Facoltà di Economia dell'Università “La Sapienza” di Roma): esso dà prova, quindi, di una vivacità culturale non comune a tutte le strutture di questo tipo. Ciò, inoltre, ha certo contribuito all'omogeneità di impostazione e di stile dei contributi presentati (caratteristica, anche in questo caso, non comune alle opere collettanee). Questa omogeneità di impostazione si è tradotta in una scelta di metodo coerente, cioè quella di affrontare tutti i temi trattati in una prospettiva esclusivamente di diritto positivo, con un corretto orientamento costruttivo e sistematico (e quindi critico, e mai meramente descrittivo). Ciò, ovviamente, non significa che altre prospettive di studio della materia trattata (p.e. più sociologiche, o comparatistiche) siano prive di importanza e di interesse, né, ovviamente, che tutte le soluzioni interpretative esposte nel volume siano persuasive. Ciò che deve però apprezzarsi è la coerenza nell'aver prescelto un certo tipo di approccio e nell'averlo coltivato fino in fondo.

Nella prospettiva sopra indicata, la trattazione è anche esauriente, nel senso che tocca, sostanzialmente, tutti i principali temi interpretativi che sono stati finora sollevati con riguardo al T.U.S.P. Purtroppo, come spesso accade nelle opere collettanee, qua e là si nota che i diversi capitoli sono stati completati in momenti diversi, sì che qualcuno non è pienamente aggiornato rispetto a riforme legislative intervenute successivamente. Ma, al di là di qualche inconveniente marginale di questo tipo, può dirsi che il lavoro non sfigura al confronto con le migliori trattazioni sistematiche della materia, che oggi sono,

* *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, a cura di Roberto Miccù, Jovene, Napoli, 2019, pp. XXVI-582.

** Professore emerito, Sapienza Università di Roma; email: mllibertini@liblex.it.

probabilmente, quella a cura di Morbidelli (sul versante pubblicistico) e quella a cura di Ibba (sul versante privatistico)¹.

A questo proposito, un'osservazione preliminare che può farsi è che il T.U.S.P., pur essendo stato oggetto di molte critiche, di merito e anche di stile², è, tutto sommato, un testo normativo "classico", strutturato in una serie di norme generali e astratte e non privo di qualche ambizione sistematica. Ciò spiega, probabilmente, accanto alla pur indubbia rilevanza pratica e giurisprudenziale della materia trattata, il fatto che, sul T.U., si sia sviluppata, nel giro di pochi anni, una letteratura davvero cospicua, comprendente numerose trattazioni generali e diverse monografie.

A mio avviso, un rilievo critico che può proporsi è che le trattazioni in materia soffrono di un ancora insufficiente dialogo tra giuspubblicisti e giusprivatisti³. La trattazione in commento appartiene al primo versante e ciò – senza che questo rilievo voglia costituire, di per sé, una critica all'opera – si nota.

* * *

Passando a scorrere rapidamente il contenuto del volume, l'attenzione si concentrerà soprattutto su temi su cui chi scrive è propenso ad accogliere soluzioni dissenzienti rispetto a quelle espresse nel libro recensito. Questa è una tentazione inevitabile, in un commento ad un'opera di questo tipo, ma la segnalazione di qualche dissenso in nessun modo inficia il giudizio d'insieme, pienamente positivo, sull'opera.

Sui contenuti del volume è opportuno iniziare dai profili costituzionali. Qui il profilo delle competenze Stato/Regioni è trattato egregiamente nel capitolo redatto da Miccù e Roma. Più rapida è invece la trattazione relativa alle scelte

¹ Dev'essere poi sempre ricordata anche una trattazione individuale monografica che riguarda l'intera materia delle società in mano pubblica e che, per ricchezza di contenuti e per tempestività di pubblicazione, ha poco da invidiare alle trattazioni collettanee successive: mi riferisco al libro di V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer, Milano, 2016.

² V., in particolare, C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO e F. VESSIA, Giuffrè, Milano, 2017, 15 ss.

³ P.e. i giuspubblicisti continuano ad affermare che i limiti all'iniziativa economica pubblica costituiscono limiti alla capacità giuridica dell'ente, mentre i giusprivatisti continuano a ritenere che si tratta di regole attinenti all'esercizio del potere di disposizione dell'ente. Altre differenze di impostazione si incontrano, p.e., nella trattazione dei temi del controllo analogo nelle società *in house*, o in materia di soggezione delle società in mano pubblica alla disciplina concorsuale.

restrittive riguardanti l'iniziativa economica pubblica. Il tema, in effetti, è trattato nel saggio di Amodio, che segnala i limiti di diritto europeo (106 e 107 TFUE). Tuttavia, si deve notare che il legislatore italiano è andato oltre questi limiti – sostanzialmente riassumibili nel principio di parità di trattamento fra impresa pubblica e privata – per dettare un sistema che, in apparenza, è particolarmente restrittivo verso l'iniziativa economica pubblica, che è, in prima battuta, sottoposta ad uno stringente vincolo di scopo e di oggetto.

Questa disciplina ha superato anche il vaglio della Corte costituzionale. Ma l'assetto normativo, in realtà, è divenuto sempre più "schizofrenico". Questa impressione è massima se si osserva il dibattito politico, con le sue ormai quotidiane discussioni sulla "rinazionalizzazione" di questa o quella società, ma sussiste anche se ci si limita ad osservare lo *ius conditum*. Qui vediamo il moltiplicarsi di deroghe al vincolo di scopo e di oggetto⁴, che sono già una quindicina nelle norme del T.U., a cui si sono aggiunte diverse leggi speciali; da ultimo la l. 119/2019, che ha riammesso senza limiti le società di gestione delle centrali del latte, addirittura estendendo la deroga a tutto il settore lattiero-caseario in quanto tale. Inoltre, sono ammesse deroghe al vincolo di scopo e di oggetto disposte con D.P.C.M. o con decreto presidenziale regionale (ma non anche con legge regionale, per come ha deciso Corte Cost. n. 98/2017, creando, a mio avviso, un'ulteriore incoerenza nel sistema).

Questo assetto normativo incoerente ha suggerito a parte della dottrina un'interpretazione sostanzialmente abrogativa dell'art. 4; un'interpretazione di questo tipo è sostenuta, nel volume recensito, da Cuonzo, p. 122 ed ha già qualche precedente in dottrina⁵. Secondo questa linea di pensiero, l'elencazione dell'art. 4 sarebbe meramente esemplificativa e non escluderebbe la legittimità della costituzione di società a partecipazione pubblica aventi oggetto *extra ordinem*. Questa interpretazione è, a prima vista, inaccettabile, perché chiaramente contrastante con la lettera e con la *ratio* della disposizione. Si deve però riconoscere che essa esprime un'esigenza di rendere coerente un sistema che, attualmente, non lo è: la costituzione ordinaria di società pubbliche è circondata di rigorose (e quasi insuperabili) cautele, ma la deroga è poi consentita con decreti governativi (D.P.C.M. o decreti di Presidenti di Regione) oppure, come sta avvenendo di preferenza, con leggende (solo statali) *ad hoc*, che non richiedono apposita motivazione.

⁴ Cfr. M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica nel Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, a cura di V. CERULLI IRELLI e M. LIBERTINI, Astrid-Egea, Milano, 2019, 45 ss.

⁵ Oltre a Glinianski, citato nel volume, v. A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, E.S.I., Napoli, 2017, cap. III.

La conclusione interpretativa volta ad alleggerire i vincoli di cui all'art. 4 del T.U. rimane però incompatibile con i dati testuali, e dovrebbe essere mediata, a mio avviso, da una valutazione di incostituzionalità non tanto dell'art. 4 come tale, ma del sistema incoerente, e quindi contrario al principio di ragionevolezza (e forse anche del principio di eguaglianza), che si è venuto a determinare a seguito dell'intreccio fra la disposizione originaria e i diversi interventi di legislazione speciale. Quindi, la soluzione sistematicamente più corretta sarebbe quella di una dichiarazione di parziale incostituzionalità del divieto, nella parte in cui impone un vincolo di "stretta necessità", anziché solo di ragionevole funzionalità, rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente socio.

Allo stato, si può solo sostenere – a mio avviso – un'interpretazione fortemente estensiva delle previsioni normative (p.e. sulla nozione di servizio di interesse generale⁶), che porterebbe forse, sostanzialmente, a risultati non molto diversi da quelli sostenuti da Cuonzo e altri.

* * *

Un altro profilo giuscostituzionalistico interessante riguarda l'ambito di applicabilità dell'art. 2497 c.c., circa la responsabilità della società capogruppo (il tema è trattato nel saggio di Lungarella, p. 68). Qui il T.U. ha lasciato in vigore una deroga, stabilita con legge speciale nel 2009, a favore dello Stato-persona (in quanto intestatario diretto di partecipazioni di controllo). Questa disparità di trattamento a favore dello Stato (che si traduce in irresponsabilità nei confronti di azionisti di minoranza e soci di società controllate) suscita comprensibili dubbi, sul piano della legittimità costituzionale.

Si deve, in effetti, ricordare che, nella dottrina giuscommerciale, è stata sostenuta anche un'interpretazione correttiva, secondo cui la norma andrebbe letta non come un privilegio a favore dello Stato-persona, ma piuttosto come un divieto per lo Stato-persona di esercitare direttamente attività di direzione e coordinamento di società private. In altri termini: lo Stato-persona dovrebbe scegliere se affidarsi all'autonomia gestionale degli amministratori o intestare le partecipazioni a un ente di gestione intermedio, secondo la formula classica delle partecipazioni statali. La prassi è però lontana da questa indicazione.

⁶Faccio un esempio concreto (che pur si è posto nella pratica): una società editoriale universitaria (esclusivamente destinata ad editoria scientifica), che non rientra testualmente nei tipi di società universitarie ammesse dal T.U.S.P. e da leggi speciali, potrebbe essere "recuperata" mediante un'interpretazione fortemente estensiva della nozione di servizio di interesse generale.

* * *

Un altro tema di portata sistematica, nella disciplina delle società pubbliche, riguarda l'applicabilità di norme privatistiche o pubblicistiche nelle varie fasi in cui si articola l'attività sociale. Vi è stata sempre concordia sul punto per cui la scelta, da parte dell'ente pubblico, della figura privatistica della società comporta, in linea di principio, l'applicazione integrale delle norme giusprivatistiche, anche quando non espressamente richiamate dalla legge e dallo statuto sociale. Tuttavia, si è sempre posto il problema della possibile elusione di norme pubblicistiche di interesse generale, realizzabile con l'espediente di una "privatizzazione formale" di attività che rimangono sostanzialmente identiche a quelle che la P.A. prima svolgeva con strumenti strettamente amministrativi (dalla responsabilità contabile all'evidenza pubblica, ecc.). Da qui l'idea di una ultraattività di singole norme pubblicistiche anche nella disciplina di attività formalmente private.

Il T.U., sotto questo profilo, ha fatto uno sforzo notevole per chiarire gli ambiti di applicazione di norme amministrative e l'eventuale refluenza dei vizi dell'atto deliberativo "a monte" sulla validità ed efficacia degli atti societari "a valle". Al di là degli espressi richiami al diritto amministrativo, il T.U. (art. 1, comma 3) ha poi sancito la piena applicabilità delle "norme generali di diritto privato".

Questa soluzione normativa dovrebbe ormai costituire un punto fermo. Nel libro recensito si fa tuttavia un'apertura a favore dell'applicabilità di norme di diritto pubblico non espressamente richiamate (Cuonzo p. 128). Non è chiaro l'esito di questa apertura, né la ragione sistematica che potrebbe giustificare il superamento del dettato legislativo.

A mio avviso, questa apertura può avere una giustificazione solo per le società "di diritto singolare", cioè costituite per legge, con l'indicazione di una specifica "missione" e di regole organizzative spesso peculiari (come la RAI, la CDP ecc.). In questi casi, non può escludersi che norme di legge, costituenti parte integrante del "diritto singolare" che regge una determinata società, abbiano una certa *vis expansiva* all'interno del microsistema costituito dalla società di cui si tratta (in altri termini: che norme di diritto singolare possano applicarsi analogicamente, nell'ordinamento interno della società, a preferenza di norme generali di diritto privato).

Non mi sembra invece possibile addivenire ad analoga soluzione per le società in mano pubblica "di diritto comune".

* * *

Nel campo delle interferenze fra diritto pubblico e diritto privato merita di essere segnalata anche una critica che nel volume è svolta nei confronti dell'art. 13 T.U.S.P. (che consente la denuncia all'A.G. per gravi irregolarità, ex art. 2409 c.c. a qualsiasi socio pubblico, indipendentemente dalla dimensione della partecipazione di cui è titolare). Lungarella (p. 78) nota una disparità di trattamento fra soci pubblici e privati (a favore dei primi) e propone una interpretazione correttiva, secondo cui la norma legittimerebbe solo l'emissione di una particolare categoria di azioni speciali, di cui potrebbero essere titolari sia soci pubblici sia soci privati, caratterizzate da un diritto rafforzato di denuncia ex art. 2409 (l'a. non lo dice, ma la soluzione dovrebbe oggi estendersi alle categorie speciali di quote, ormai largamente ammesse, con riguardo a tutte le s.r.l. aventi i requisiti delle P.M.I., a seguito dell'art. 57, comma 1, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. con l. 21 giugno 2017, n. 96; ma non ancora ammesse per tutte le s.r.l.).

La soluzione interpretativa proposta appare poco lineare, sia sul piano testuale sia su quello della *ratio* normativa. Lo scritto coglie comunque un punto effettivamente problematico. La soluzione del problema potrebbe essere però diversa da quella proposta nel libro. La soluzione più semplice sarebbe quella di ammettere *tout court* la legittimità della disparità di trattamento, considerando che i motivi della partecipazione pubblica sono diversi da quelli di mero investimento e considerando il procedimento ex art. 2409 come uno strumento dettato nell'interesse generale, più che nell'interesse di soci di minoranza. Sarebbe, tuttavia, una soluzione debole, perché, pur a volere ammettere che il procedimento ex art. 2409 tuteli anche interessi generali di buon funzionamento del mercato, è innegabile che esso tuteli, in primo luogo, interessi diretti dei soci di minoranza. Ne consegue che, sotto questo profilo, la disparità di trattamento rimarrebbe ineluttabilmente. A mio avviso, la soluzione più razionale del problema potrebbe essere invece quella di limitare l'ambito di applicazione della norma alle sole società interamente partecipate da soggetti pubblici (ciò che determinerebbe il venir meno di ogni problema di disparità di trattamento fra soci).

* * *

Diversi capitoli del libro recensito toccano, naturalmente, il tema delle società *in house*.

Riguardo a queste, mi sembra difficile ritenere che le direttive del 2014, riprese dal legislatore italiano, definiscono il controllo analogo come “*un potere talmente penetrante da privare l'ente controllato di qualsivoglia capacità gestionale*” (come afferma M.P. Santoro, p. 169, pur nell'ambito di una trattazione complessivamente apprezzabile). Se il controllo analogo è oggi, te-

stualmente, “*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*”, come recita il testo di legge, ciò significa che il legislatore pretende che l’ente socio si assuma la responsabilità diretta dello *strategic management*, ma poi richiede che altri soggetti (gli amministratori) svolgano l’*operational management*, e rimangono in ogni caso competenti per tutte le scelte gestionali, anche se adottate su indirizzo o indicazione di altri organi (art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.), salvo i casi di espressa sottrazione di competenze stabilita dallo statuto, ai sensi dell’art. 16, comma 2, T.U.S.P.

Quindi non si può dire che l’organo amministrativo dell’ente sia privo di capacità gestionale⁷. Deve invece riconoscersi che, nella sua configurazione essenziale, il “controllo analogo” non è diverso dalla “direzione e coordinamento” della società *holding* sulle controllate, ai sensi dell’art. 2497 c.c. Ciò che caratterizza il controllo analogo è che esso può andare (ma non necessariamente) oltre la semplice direzione e coordinamento, e comprendere anche trasferimenti di competenze all’interno dell’organizzazione societaria (p.e. a favore di comitati distinti dal c.d.a.). Ma questa possibilità può riguardare singole competenze e non esclude la responsabilità complessiva dell’organo amministrativo e dell’organo di controllo della società. In altri termini, la direzione e coordinamento è il contenuto minimo del controllo analogo, che può andare anche oltre (p.e., oltre a quanto sopra detto, estendersi alla nomina del direttore dei lavori di un cantiere o di un servizio), ma non per questo annichilire competenze e responsabilità dell’organo amministrativo della società *in house*.

L’idea di un annichilimento dell’organo amministrativo diventa, poi, ancor meno plausibile, se si guarda alle caratteristiche del c.d. controllo analogo congiunto (che si dovrebbe intendere, secondo la giurisprudenza prevalente – e ragionevole – come presenza di un gruppo di controllo stabile, interamente pubblicistico, che eserciti i poteri di gestione strategica della società; ma il testo normativo consentirebbe interpretazioni ancora più elastiche⁸).

* * *

Questo ridimensionamento del “controllo analogo” porta con sé anche un

⁷In questa prospettiva merita di essere ricordata una sentenza (a mio avviso condivisibile) del Tribunale di Roma, che ha dichiarato l’invalidità di una clausola statutaria di una società *in house*, che limitava la competenza del consiglio di amministrazione alla “ordinaria amministrazione” (Trib. Roma, 2 luglio 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 3750, con nota adesiva di A. CAPIZZI).

⁸V., da ultimo, T.A.R. Lombardia – Milano, sez. IV, 6 dicembre 2018, n. 2746.

riflesso sistematico non secondario, che riguarda le società miste di cui all'art. 17 T.U.S.P. L'idea corrente è che questa figura sia completamente diversa dall'*in house*: si ritiene che la somiglianza con l'*in house* sia solo formale, limitata al fatto che, in ambedue i casi, è ammesso un affidamento diretto del servizio; ma la differenza saliente sta nel fatto che, nel caso della società mista, l'affidamento finale è preceduto dallo svolgimento di una gara c.d. a doppio oggetto, cioè riguardante la selezione del partner industriale.

La presenza del socio privato porterebbe a considerare la società affidataria come una normale società di diritto privato, nella quale devono essere temperati gli interessi di soci diversi, e non come una *longa manus* dell'amministrazione (è questa l'impostazione seguita, nel libro, nell'esauriente capitolo sulle società miste, redatto da Cordasco e Tonnara). In realtà, se solo si considera che la presenza di soci privati non di controllo è oggi consentita anche nelle società *in house*⁹, e che la funzione di controllo analogo può limitarsi allo *strategic management*, ne consegue che le differenze con le società miste affidatarie dirette di servizi si attenua di molto. Ciò consente di evidenziare anche il parallelismo consistente nel fatto che le due figure sono, nel T.U., destinatarie di norme parallele per ciò che riguarda la possibilità di deroga alle norme sulla competenza esclusiva dell'organo amministrativo, la durata dei patti parasociali ecc. (v. il tendenziale parallelismo fra art. 16, comma 2, e art. 17, comma 4, TUSP).

In altri termini, l'ente pubblico socio (di maggioranza) della società mista può conservare un potere di direzione strategica del tutto parallelo a quello che può esercitare nella società di autoproduzione a controllo pubblico pieno. La differenza è che, nel primo caso (quello della società mista), il "controllo analogo" è facoltativo e non tipizzante, perché può essere sostituito dai vincoli di

⁹Con profonde incertezze in giurisprudenza, anche per l'infelice trasposizione letterale, nell'art. 16, comma 1, T.U.S.P., del testo della direttiva, che ammette la presenza di soci privati di minoranza, quando sia "prescritta da norme di legge" (nazionale). Questo dato testuale, coerente alle funzioni della direttiva, diviene poco sensato se trasposto in un testo di legge nazionale ordinaria, qual è il T.U.S.P. L'unico significato compatibile con una interpretazione strettamente letterale sarebbe quello di rinvio a norme di legge speciale che "prescrivano", cioè impongano la presenza di soci privati di minoranza (non si limitino quindi a prevederla come facoltativa).

Il risultato è che alcune decisioni (v. da ultimo, Cass., ss.uu., 19 novembre 2019, n. 30006) confermano la linea interpretativa tradizionale, affermando che la presenza, anche solo potenziale, di soci privati, esclude il "controllo analogo" e quindi la possibilità di qualificare la società come *in house*. Per altro verso, si incontrano anche interpretazioni evolutive per cui la partecipazione di soci privati di minoranza non esclude il "controllo analogo" purché sia prevista "da una legge regionale e dallo statuto sociale" (Cons. Stato, sez. I, 8 novembre 2018, n. 2583).

scopo e di oggetto che sono stati già predisposti nella gara “a doppio oggetto”. Ciò non esclude, tuttavia, ed anzi è coerente ad un’efficiente gestione dell’iniziativa, che la direzione strategica del socio pubblico sia garantita all’interno dello strumento societario.

* * *

Per le società *in house* si è molto discusso, inoltre, sul limite all’attività *extra moenia*. Le direttive europee pongono, sul piano testuale, solo un limite quantitativo (non più del 20% del fatturato). I principi generali di diritto della concorrenza pongono però un limite implicito: non può essere consentito alla società pubblica attuare “sussidi incrociati”, utilizzando i profitti derivanti dall’attività riservata per finanziare operazioni di *dumping* su mercati diversi, in cui essa opera in regime di concorrenza con imprese private.

Il legislatore italiano ha inteso declinare questo principio sancendo che l’attività *extra moenia* è consentita alle società *in house* solo se dà luogo ad economie di scala o ad altri guadagni di efficienza. Questa scelta normativa ha dato luogo a molte critiche (dei settori interessati come anche del Consiglio di Stato). Le disposizioni del T.U. sono state anche riscritte, a seguito di tali critiche. A me pare, tuttavia, che l’attuale art. 16, comma 3-*bis*, T.U.S.P., mantenga interamente il limite per cui l’attività *extra moenia* è consentita solo se comporta guadagni di efficienza che si ripercuotono anche sull’esercizio dell’attività principale (di contro a quanto sembrano ritenere Miccù e Roma, p. 154). Il fatto che il testo parli anche di “attività diverse”, consentite alla società *in house*, significa solo che non c’è il limite dell’assoluta omogeneità dell’attività *extra moenia* con l’oggetto sociale principale (cioè con l’attività principale, oggetto di autoproduzione), ma rimane il limite della necessità dei guadagni di efficienza (che possono derivare anche dall’esercizio di attività complementari, come p.e. l’impiego di *by-products* dell’attività principale).

Il dubbio è se questo sia davvero un limite ulteriore rispetto a quello, meramente quantitativo, che si ricava dal testo della direttiva europea. A mio avviso, un’interpretazione filoconcorrenziale del testo europeo dovrebbe portare al medesimo risultato che è stato sancito espressamente dal legislatore italiano.

* * *

Un altro problema, che si era aperto in giurisprudenza con riguardo alle so-

cietà *in house*, e cioè la loro assoggettabilità a procedure concorsuali in caso di crisi, è stato risolto dall'art. 14 T.U.S.P., che ha sancito la piena applicazione delle norme generali del diritto concorsuale (soluzione che appare, ad oggi, consolidata in giurisprudenza).

Sul punto, il volume contiene un capitolo (E. Sciarra), che segnala i problemi di coordinamento con il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza. Questo, infatti, fa "salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche" (art. 1, comma 3). Ciò implica la sopravvivenza dell'art. 14 T.U.S.P., ma non esclude l'applicazione delle nuove norme del c.c.i. Da qui, come si nota nel volume in commento, una sovrapposizione, che potrà essere fonte di inconvenienti, fra le norme del T.U.S.P. (che prevedono una disciplina speciale di diagnosi precoce delle crisi d'impresa) e quelle generali sulle procedure di "allerta" (art. 12 ss. c.c.i.), dalle quali è esclusa *nominatim*, fra le società pubbliche, solo la Cassa Depositi e Prestiti (art. 12, comma 5, lett. g, c.c.i.), sicché risultano applicabili a tutte le altre.

Formalmente, le norme del T.U.S.P. non sono incompatibili con quelle del c.c.i. Esse dispongono la predisposizione di programmi di diagnosi precoce della crisi nelle società a controllo pubblico (art. 6, comma 2, T.U.S.P.) e doveri di adozione immediata di provvedimenti idonei a scongiurare la crisi così evidenziata (art. 14, comma 2, T.U.S.P.), e possono leggersi come misure di pronto intervento, antecedenti del procedimento di composizione assistita della crisi, disciplinato dagli artt. 19 e ss., c.c.i. In pratica, l'intreccio fra le due discipline potrà porre non pochi problemi, sui quali potrebbe auspicabilmente intervenire l'ufficio di vigilanza sulle società pubbliche, di cui all'art. 15 T.U.S.P.

* * *

Più in generale, nel volume si dubita della legittimità costituzionale dell'impianto normativo del T.U.S.P., che ammette le procedure concorsuali sulle società in mano pubblica senza preoccuparsi della continuità del servizio di interesse generale, di cui le stesse potrebbero essere investite.

Questa critica non mi sembra fondata. La continuità del servizio può e deve essere assicurata con mezzi diversi, che possono essere interni al diritto concorsuale o esterni ad esso (dall'appalto a impresa privata ad interventi sostitutivi in via amministrativa, quando possibili); ma la continuità del servizio non richiede la continuità del soggetto insolvente che lo gestisce e che, se continuasse ad operare, continuerebbe a distruggere ricchezza a danno di diverse categorie di legittimi interessi lesi.

Un altro problema, che negli anni recenti è divenuto un capitolo della problematica delle società *in house*, ma che in realtà percorre trasversalmente la storia del diritto delle società pubbliche, è quello della giurisdizione per le azioni di danni nei confronti di amministratori e sindaci di società pubbliche. Questa storia, ripercorsa con molta accuratezza in due capitoli del libro, curati rispettivamente da V. Guerrieri e da F. Capalbo, aveva visto prevalere, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite dell'ultimo decennio – criticata da una parte della dottrina, soprattutto di matrice giuscommercialistica – una soluzione articolata:

i) per le società in mano pubblica “di diritto comune”, giurisdizione ordinaria per le normali azioni di responsabilità previste dal c.c., aventi ad oggetto il risarcimento dei danni arrecati alla società (e quindi solo indirettamente ai soci investitori) e ai creditori; e giurisdizione contabile per i soli danni “diretti” patrimoniali o non patrimoniali, subiti dall'ente pubblico socio;

ii) per le società di diritto singolare, considerate come una sorta di enti pubblici in forma privatistica, giurisdizione della Corte dei Conti (con risarcimento direttamente imputato alla società);

iii) per le società *in house*, considerate come un'articolazione organizzativa dell'ente socio, giurisdizione contabile (con risarcimento direttamente imputato, è da ritenersi, all'ente socio, a cui la società *in house* si riteneva inerente per immedesimazione organica).

Chiamato dalla legge-delega a semplificare questa materia, il legislatore ha adottato, con l'art. 12 T.U.S.P., una soluzione sibillina, che riafferma la giurisdizione ordinaria in via generale (e quindi – sembrerebbe – per tutte le società pubbliche, comprese quelle *in house*), ma poi fa “*salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*”.

Questa disposizione, secondo Guerrieri, comporterebbe un'accettazione espressa, da parte del legislatore, delle soluzioni sopra elencate sub (i) e (iii). La norma è invece lacunosa in ordine alla soluzione (ii), che però, secondo G., dovrebbe ritenersi implicitamente confermata anch'essa. La soluzione (iii) rappresenterebbe, tuttavia, una norma eccezionale, sicché, dato che il testo normativo parla esclusivamente di “amministratori” e “dipendenti”, la soluzione non sarebbe estensibile ai sindaci, che risponderebbero dunque solo ai sensi del c.c.

Già quest'ultima notazione segnala la problematicità della soluzione, che

comunque non può dirsi imposta in modo indiscutibile dal testo normativo. La “salvezza” della giurisdizione contabile per il danno erariale arrecato agli enti soci della società *in house* potrebbe essere anche intesa come soluzione alternativa governata dal criterio di prevenzione, o come giurisdizione cumulativa, temperata dal principio di proporzionalità (è questa la soluzione sorprendentemente accolta da Cass. ss.uu. 22406/2018 e 10019/2019, di cui l’a. non ha potuto tenere conto, perché successive al suo scritto). La norma potrebbe essere anche interpretata restrittivamente, intendendo come danno erariale solo quello subito “direttamente” dall’ente socio, cioè non mediato dal depauperamento del patrimonio della società.

Quest’ultima soluzione, pur comportando una lettura un po’ forzata del testo normativo, meriterebbe grande attenzione, perché invero tutte le altre soluzioni lasciano perplessi sul piano sistematico. Ciò perché, nelle società *in house*, a parte ogni altra considerazione, il risarcimento sancito dal giudice civile e quello sancito dal giudice contabile prendono due direzioni diverse: il primo ripara il patrimonio della società e il secondo il patrimonio dell’ente pubblico socio. È ovvio che, se il risarcimento va al patrimonio della società, su di esso si soddisferanno i creditori, prima dei soci, nonché la società stessa per le sue esigenze di gestione e i suoi programmi di attività. Il risarcimento diretto all’ente socio, ancorché “*nei limiti della quota di partecipazione del socio pubblico*”, altera l’assetto di interessi rispetto alla soluzione civilistica, e trasforma il socio, che è “creditore di ultima istanza” in una sorta di creditore privilegiato.

È questo un punto della problematica sulle società pubbliche su cui da tempo si manifesta quella difficoltà di dialogo tra giuspubblicisti e giuscommercialisti, di cui si parlava all’inizio.

Da questo punto di vista è particolarmente interessante, anche se non condivisibile, a mio avviso, la tesi sviluppata da F. Capalbo, il quale, capovolgendo il ragionamento di cui sopra, ritiene inaccettabile, sul piano sistematico, che la giurisdizione della Corte dei Conti sia limitata al solo danno diretto subito dal patrimonio dell’ente socio e ritiene che, per tutte le società a partecipazione pubblica, debba riconoscersi la giurisdizione della Corte dei Conti anche per i danni indiretti. Questa tesi – che non mi sembra conciliabile con il dato testuale dell’art. 12 TUSP – dovrebbe portare, mi sembra, a riconoscere una giurisdizione concorrente. In questo senso essa potrebbe costituire, ma limitatamente alle società *in house*, la base dell’ultima giurisprudenza delle Sezioni Unite.

La soluzione rimane però squilibrata se la direzione del risarcimento rimane diversa nelle due giurisdizioni. Lo squilibrio sistematico si attenua solo se

si arriva a riconoscere che la condanna della Corte dei Conti possa andare direttamente a favore del patrimonio della società¹⁰.

* * *

Di grande interesse sono poi i capitoli del volume che riguardano settori speciali di attività delle società pubbliche: dalle società finanziarie regionali alle società di gestione del servizio idrico integrato (materia su cui gli stessi aa. [Miccù e Francaviglia] concludono nel senso della permanenza di incoerenze nel sistema normativo, che abbisogna di un intervento legislativo, che rischia, però, di essere viziato di ideologismi inopportuni).

Va anche segnalata l'accurata trattazione circa la c.d. natura giuridica di CDP (di M. Giachetti Fantini), che viene qualificata come società *holding* a controllo pubblico, ma soggetta a regime giuridico privatistico.

* * *

Infine, si deve segnalare che tutta la parte finale del volume è destinata all'esame di profili di disciplina delle società a partecipazione pubblica che non traggono fonte direttamente dal T.U.S.P., ma dall'impatto di fonti diverse di diritto comune o speciale, che incidono sulla disciplina complessiva applicabile.

In questo quadro, il libro contiene anche una trattazione, particolarmente lunga e approfondita (di F. Fortuna), sul tema dei poteri speciali esercitabili da parte del Governo su società di interesse strategico nazionale (anche se, dopo la riforma del 2012, il *golden power* può essere esercitato nei confronti di qualsiasi società operante nei settori strategici individuati, e non è quindi una componente della disciplina delle società a partecipazione pubblica).

Molto interessante la trattazione (F. Costantino) relativa all'applicazione alle società a controllo pubblico della normativa in materia di trasparenza e di contrasto alla corruzione. Qui l'analisi si conclude con un rilievo critico circa l'applicazione a società, che comunque svolgono attività d'impresa, di norme che, al di là dell'intento legislativo, appesantiscono i costi a carico di queste società e così alterano le condizioni di concorrenza a carico delle stesse.

Il rilievo ha qualche fondamento, ma la soluzione vigente può reggere, sul

¹⁰ È quanto sostiene lo stesso F. CAPALBO in un lavoro successivo (*Società partecipate da enti pubblici: art. 12 D.Lgs. 175/16 e nuovi spazi per la giurisdizione contabile*, in *Lexitalia*, 1 novembre 2019).

piano della ragionevolezza, in considerazione del rischio sociale che si annida nel fenomeno delle società pubbliche e delle ragioni di pubblico interesse che lo sorreggono.

Piuttosto, un punto cruciale che meriterebbe approfondimento sistematico, è evidenziato dallo stesso dato normativo: le norme sulla trasparenza amministrativa si applicano alle società a controllo pubblico “*in quanto compatibili*” (art. 2-*bis*, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, così come modificato dall’art. 27 T.U.S.P.). La compatibilità, a cui accenna il testo normativo, non può che riferirsi alla disciplina della società e dell’impresa. Qui il problema è costituito dal fatto che la disciplina dell’impresa è ispirata a un principio opposto a quello della trasparenza, e cioè al principio per cui le informazioni aziendali (che comprendono non solo l’attività produttiva in senso stretto, ma anche le informazioni commerciali e inerenti all’attività negoziale) possono essere tenute segrete dall’imprenditore ed anzi valorizzate proprio in quanto segrete. Anzi, qualche norma in materia di trasparenza è imposta alle sole società quotate, rispetto alle quali le norme generali sulla trasparenza amministrativa prevedono invece un esonero completo.

Quindi, il problema dell’accesso alle informazioni delle società a controllo pubblico dovrebbe essere impostato non nel senso della ricerca dei limiti ad un accesso generalizzato di principio, bensì, al contrario, come ricerca delle ragioni di pubblico interesse che possono giustificare una deroga agli opposti principi di tutela dei segreti commerciali.