

La governance del mercato dell'energia elettrica. Profili societari

The governance of electricity markets. Corporate law aspects

Carlo Ibba *

ABSTRACT:

Nel nostro sistema normativo la governance del mercato dell'energia elettrica è affidata a tre società a controllo pubblico – GSE s.p.a., GME s.p.a. e AU s.p.a. – la cui costituzione è prevista dalla legge come obbligatoria.

Il lavoro si propone di verificare se ed entro quali limiti l'origine vincolata di queste società ne limiti l'autonomia operativa, vincolandone lo scopo, l'oggetto, gli assetti proprietari ed altri profili della disciplina. La parte finale del lavoro affronta il problema di giurisdizione relativo alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori delle tre società.

Parole chiave: società – costituzione per legge – disciplina

In the Italian legal system GSE s.p.a., GME s.p.a. e AU s.p.a. are vested with the economic management of electricity markets. GSE s.p.a., GME s.p.a. e AU s.p.a. are basically state-owned corporations whose incorporation is mandatory and required by law.

The article aims to ascertain whether and to what extent the statutory origin of such corporations constraints their business autonomy by binding their purpose, object, shareholders' structure, and the like. The final part of the survey addresses the issue of the violation of duty of care by directors and officers identifying which jurisdiction is in charge of judging those liability cases.

Keywords: corporation – incorporation required by law – regulation

* Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università degli Studi di Sassari; email: carloibba1@gmail.com.

Il lavoro riproduce, con pochi ritocchi e l'aggiunta di una breve nota bibliografica, la Relazione dal titolo “La governance del settore”, tenuta al Convegno su *Il mercato dell'energia elettrica a venti anni dalla liberalizzazione* – Prima sessione: *Fondamenti giuridici della liberalizzazione del mercato elettrico* (Roma, 29-30 maggio 2019). È destinato agli *Studi in onore di Sabino Fortunato*.

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. GSE s.p.a., GME s.p.a. e AU s.p.a. come società di diritto singolare. – 3. GSE, GME e AU come società legali a costituzione obbligatoria. – 4. Corollari applicativi: vincoli in tema di scopo pubblico, oggetto sociale, scioglimento, recesso, assetti proprietari, causa lucrativa. – 5. La disciplina residuale. – 6. (*Segue*): soggezione della responsabilità degli amministratori alla giurisdizione civile. – *Bibliografia essenziale*.

1. Premessa.

Il titolo invita a fare una riflessione sui profili societari dei soggetti cui è affidata la *governance* del mercato dell'energia elettrica, vale a dire il gestore dei servizi energetici, l'acquirente unico e il gestore del mercato.

Entrando subito in argomento ricordo che l'art. 3, quarto comma, d. lgs. n. 79/1999 (così detto decreto Bersani) ha previsto la costituzione di una società per azioni che, per effetto di un provvedimento del Ministro dell'industria, avrebbe assunto «la titolarità e le funzioni di gestore della rete di trasmissione nazionale».

Gli artt. 4 e 5 dello stesso decreto hanno invece previsto la costituzione, da parte del gestore della rete, di due ulteriori società per azioni, la prima – denominata “*acquirente unico*” – incaricata di «stipula[re] e gesti[re] contratti di fornitura al fine di garantire ai clienti vincolati la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica necessaria e la fornitura di energia elettrica in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio nonché di parità del trattamento, anche tariffario» (art. 4); la seconda, affidataria della gestione economica del mercato elettrico, incaricata di «organizza[re] il mercato stesso secondo criteri di neutralità, trasparenza, obiettività, nonché di concorrenza tra produttori, assicurando altresì la gestione economica di un'adeguata disponibilità della riserva di potenza».

Sono questi, dunque, i tre soggetti cui è affidata la *governance* del settore, con i compiti che allora erano definiti dalla legge nei termini che ho appena sintetizzato.

Ora, il fenomeno dell'affidamento di funzioni o compiti pubblicistici a società per azioni non è certo nuovo ed è studiatissimo, specie dalla letteratura amministrativistica. Se stavolta è stato chiesto a me, che amministrativista non sono, di parlarvene è perché mi sono più volte occupato, in passato, di enti di forma societaria oggetto di interventi legislativi di diritto singolare; per cui mi viene naturale oggi provare a verificare se le mie idee in materia reggano ancora e se si prestino – ed entro quali limiti – ad essere utilizzate in riferimento alle tre società di cui parliamo.

2. GSE s.p.a., GME s.p.a. e AU s.p.a. come società di diritto singolare.

Come risulta da quanto dicevo, le tre società sono state costituite “*ai sensi*”, e quindi in attuazione, rispettivamente degli artt. 3, 4 e 5, d. lgs. n. 79/1999 (cioè che del resto i rispettivi statuti, all’art. 1, esplicitano).

Considerato il contenuto delle norme richiamate possiamo senz’altro qualificare le tre società, in prima approssimazione, come società di diritto singolare – nomenclatura, questa, entrata di recente nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d. lgs. n. 175/2016), all’art. 1, quarto comma –, oggetto cioè di interventi legislativi che si rivolgono ad una o più società *concretamente individuate o individuabili* e le assoggettano ad uno statuto legale *ad hoc* più o meno esteso.

Entrando più nel dettaglio, occorre tener presente che i provvedimenti legislativi di diritto singolare – quando, come nel caso nostro, hanno ad oggetto società non ancora costituite – possono produrre, a seconda dei casi, l’effetto di *autorizzare* la costituzione di una determinata società, di *obbligare* a costituirla o di *costituire ex lege* la società stessa (e si parla, rispettivamente, di società autorizzate, obbligatorie, coattive).

Nel secondo e nel terzo caso la denominazione che a suo tempo proponevo, e che è entrata nell’uso, è quella di società “legali”, con la quale si vuole evidenziare che la costituzione dell’ente è effetto della *volontà della legge*, piuttosto (o prima ancora) che della *volontà dei soci*, e si vuole rimarcare la distinzione fra tali società e quelle costituite liberamente (facoltativamente) dai soci. E, se si condividono gli esiti della mia ricerca, l’inclusione in questa categoria, lungi dall’aver una portata meramente classificatoria, ha rilevanti conseguenze applicative. Come vedremo, infatti, l’area delle società legali individua una serie di enti il cui regime, *anche a prescindere da esplicite previsioni normative*, si distacca non solo dal regime delle comuni società per azioni ma anche da quello delle altre società di diritto speciale o singolare la cui costituzione è semplicemente autorizzata dalla legge. Dobbiamo dunque chiederci se le tre società di cui parlo siano qualificabili (oltre che come società di singolare, anche) come società legali.

3. GSE, GSE e AU come società legali a costituzione obbligatoria.

Ora, nel d. lgs. n. 79/1999 possiamo leggere gli enunciati che seguono:

– (con riferimento al gestore unico) «Entro il termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto l’ENEL S.p.a. costituisce una so-

cietà per azioni» (art. 3, quarto comma), società poi costituita con la denominazione di GRTN s.p.a., in seguito modificata in GSE s.p.a.;

– (con riferimento all’acquirente unico, ora in forma abbreviata AU s.p.a.) «Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il gestore della rete di trasmissione nazionale costituisce una società per azioni denominata “acquirente unico”» (art. 4);

– (con riferimento al gestore dei servizi energetici, ora GME s.p.a.) «Il gestore del mercato è una società per azioni, costituita dal gestore della rete di trasmissione nazionale entro nove mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto» (art. 5).

Il tenore letterale delle tre disposizioni è sufficiente per dire che nessuna delle tre società può considerarsi costituita *ex lege* ma tutte e tre sono qualificabili come società obbligatorie, nel senso che la loro costituzione non è semplicemente autorizzata ma è *imposta* dalla legge, nel primo caso all’Enel, negli altri due alla società costituita dall’Enel in adempimento di tale obbligo legale. Mi pare eloquente in tal senso l’uso dell’indicativo (l’Enel “*costituisce*”, il gestore “*costituisce*”, la società “*è costituita*” dal gestore) accompagnato dalla fissazione di un termine (“*entro trenta giorni*”, “*entro sei mesi*”, “*entro nove mesi*”) per la costituzione della società.

Aggiungo che la legge non adopera formule, quali “*promuove la costituzione*” o “*concorre a costituire*”, che lascino intendere l’esigenza della cooperazione di altri soggetti al fine della costituzione della società. Ciò non è senza importanza in quanto, là dove sia prevista una pluralità di soci fondatori, affinché possa ravvisarsi un vero e proprio obbligo a contrarre occorre che la legge istitutiva determini o renda determinabili tutti gli elementi essenziali delle società da costituire, mentre nel caso nostro il d. lgs. n. 79/1999 si limita a predeterminare il tipo di società, l’oggetto sociale, la compagine sociale e, con riferimento al gestore dei servizi energetici, i conferimenti iniziali. Ma, trattandosi in tutti e tre i casi, per quanto dicevo, di società a costituzione unipersonale, ciò equivale semplicemente a lasciare libero il fondatore unico nella determinazione degli elementi non vincolati dalla legge, fermo restando l’obbligo di costituzione. Darei per certa, dunque, l’appartenenza di tutte e tre le società alla categoria delle società legali.

4. *Corollari applicativi: vincoli in tema di scopo pubblico, oggetto sociale, scioglimento, recesso, assetti proprietari, causa lucrativa.*

Dalla collocazione di GSE, AU e GME s.p.a. fra le società legali discendono, come accennavo, conseguenze non trascurabili sul piano della disciplina.

Ciò in quanto l'origine vincolata (obbligatoria o coattiva che sia) si riflette sullo svolgimento del rapporto societario, implicando una *perdita di autonomia* – della società, dei suoi organi e dei suoi soci – in alcuni profili del rapporto stesso.

In sostanza il diritto societario comune può essere applicato alle società legali solamente negli aspetti che non siano disciplinati dalla legge che specificamente le regola (ma questo vale per tutte le società di diritto singolare) e che non siano influenzati dall'*origine vincolata della società*. La normativa codicistica insomma – e lo stesso vale per quella del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica – è sì chiamata a integrare la disciplina singolare, ma solamente previo giudizio di compatibilità non solo con le previsioni espresse della legge istitutiva *ma anche con altre regole o principi che discendono, appunto, dall'origine vincolata della società*.

Più precisamente, se alcune argomentazioni che avevo svolto a suo tempo (e che mi pare abbiano registrato un buon grado di condivisione) sono fondate, la “specialità” delle società legali – e dunque di GSE, AU e GME – si manifesta in tutta una serie di profili che provo rapidamente a tratteggiare.

a) Innanzi tutto, mentre nelle società ad origine volontaria l'attività sociale è funzionale rispetto ad un interesse *programmato contrattualmente* dai soci, nelle società ad origine vincolata la funzionalizzazione dell'attività sociale si realizza rispetto ad un interesse *predeterminato legislativamente*: nell'un caso, dunque, quell'interesse è liberamente disponibile dalle parti del contratto, nell'altro invece l'interesse pubblico che trova espressione nelle previsioni della legge istitutiva della società s'impone certamente alla società stessa ed ai suoi organi. Ed è in questa prospettiva che leggerei l'art. 3, quarto comma, d. lgs. n. 79/1999, a norma del quale «gli indirizzi strategici ed operativi del gestore sono definiti dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato», peraltro destinato a subentrare all'Enel nella qualità di socio unico; ma anche l'operare delle altre due società è soggetto ad approvazioni, autorizzazioni, atti di indirizzo riconducibili al predetto Ministero e che devono naturalmente risultare coerenti con le previsioni della legge istitutiva e delle sue successive modifiche;

b) da ciò due corollari: il primo è che l'obbligatorietà della costituzione importa l'imposizione di un vincolo in ordine allo svolgimento dell'oggetto so-

ziale stabilito dalla legge: l'istituzione delle società legali, infatti, è ispirata da uno specifico interesse allo svolgimento di *quell'attività* da parte di *quella società*, sicché la società non potrebbe di sua iniziativa cessare di svolgere l'attività assegnatale senza andare contro la volontà legislativa. Che sia così mi pare confermato, nel caso nostro, dai numerosi provvedimenti normativi, succedutisi nel corso degli anni, che hanno modificato i compiti assegnati alle tre società, scorporandone alcuni (mi riferisco alle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, con tutti i compiti previsti nell'art. 3, primo e terzo comma, d. lgs. n. 79/1999, che per effetto dell'art. 1, d.p.c.m. n. 14390/2004 sono state trasferite a Terna s.p.a.), aggiungendone di nuovi, ritoccando i termini di altri. Ne risulta ora un quadro complesso, con compiti che forse in qualche caso s'intrecciano o si sovrappongono ma sul quale, per ragioni di tempo oltre che di scarsa competenza, non entrerò. Voglio solo rimarcare che, in assenza di quei provvedimenti, le tre società sarebbero rimaste vincolate ai compiti loro originariamente assegnati, essendo da escludere la possibilità di una modifica convenzionale dell'oggetto sociale, come pure ogni altra modificazione statutaria (non "necessitata", com'è il caso della riduzione per perdite obbligatoria) suscettibile di pregiudicare la realizzazione dell'intento legislativo; e aggiungo che l'esercizio di attività ulteriori rispetto a quelle fissate dalla legge è possibile solo a condizione che si tratti di attività compatibili e coerenti con quelle volute dalla legge istitutiva o da altre ad essa successive (sono perciò certamente legittime le clausole contenute nei tre statuti che abilitano GSE, GME e AU allo svolgimento, anche tramite società partecipate, di attività connesse o strumentali: cfr. gli artt. 4.3 e 4.4 statuto GME; 4.2 statuto GME; 4 statuto AU).

Tutto ciò, naturalmente, *rebus sic stantibus*, nel senso che eventuali sopravvenuti mutamenti della situazione giuridica o di fatto che incidano sulle condizioni esistenti al momento dell'entrata in vigore della legge istitutiva e da questa presupposte potrebbero indurre a ritenere superati – anche in assenza di interventi normativi *ad hoc* (che pure nel caso di specie vi sono stati: cfr. in particolare le modifiche apportate all'art. 3, d.lgs. n. 79/1999 dall'art. 1-ter d.l. n. 239/2003) – i vincoli legislativi originari;

c) altro corollario: come risulta da quanto dicevo, la legge istitutiva vincola i soggetti designati come soci non solo a *far nascere* ma anche a *far operare* la società: l'adempimento del precetto legislativo, cioè, evidentemente non si esaurisce nel dar vita all'organismo societario ma richiede che lo si faccia funzionare sino al raggiungimento dello scopo che ha ispirato l'intervento legislativo; da ciò l'ulteriore conseguenza che l'interesse pubblico in vista del quale il legislatore ha disposto la costituzione della società prevale sull'eventuale interesse individuale dei soci allo scioglimento anticipato della stessa, (auto)auto-

scioglimento che è dunque precluso. Non mi pare invece escluso l'operare di cause di scioglimento oggettivamente ostative della continuazione, quali la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (salva la – peraltro non agevole – configurabilità di un obbligo di ricapitalizzazione a carico dei soci “necessari”) o l'impossibilità di raggiungimento dello scopo (e si rinviene il precedente di Trib. Roma 30 maggio 1996, decr. Pres., in *Riv. notar.*, 1997, p. 1254 s., che ha accertato lo scioglimento di una società legale per impossibilità di funzionamento dell'assemblea);

d) quanto appena detto circa lo scioglimento della società apre la strada al discorso sullo scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio. Anche qui, intuitivamente, se il socio è tale per volontà della legge, è attendibile che egli non possa uscire dalla società di sua volontà, e ciò anche qualora si verificassero eventi che nel diritto comune legittimerebbero il recesso. I soci obbligatori o coattivi, in definitiva, non possono abbandonare la società perché ciò violerebbe il persistente interesse pubblico alla loro presenza nella società stessa; diverso discorso va fatto, evidentemente, per quei soci che siano entrati a far parte della compagine sociale facoltativamente, nei limiti in cui ciò sia compatibile con lo “statuto” di una determinata società legale. Tutto ciò è confermato da alcune vicende legislative concernenti la società per azioni Sotacarbo, società legale obbligatoriamente costituita da Eni, Enel ed Enea in attuazione dell'art. 5, primo comma, l. n. 351/1985, in relazione alla quale per rendere possibile il recesso di due dei tre soci fu necessaria un'apposita norma di legge (si tratta dell'art. 7, quarto comma, l. n. 140/1999);

e) ancora: carattere comune a tutte le società legali è la *predeterminazione legislativa dei soci*, che si riflette sul regime di circolazione delle azioni: la composizione della base sociale voluta dalla legge, essendo strumentale al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso all'oggetto sociale, è di regola preclusiva dell'ingresso in società di soggetti diversi e implica dunque l'intrasferibilità delle azioni a terzi, salvo che dalla legge istitutiva si desuma il suo intento di vincolare unicamente la compagine sociale iniziale lasciando una qualche autonomia viceversa, in ordine agli assetti proprietari successivi.

f) Con riferimento al soggetto gestore dei servizi energetici la particolarità concernente la disciplina della compagine sociale è che – per espressa previsione della legge istitutiva (art. 3, quarto comma, d. lgs. n. 79/1999) – dal momento in cui la società assume la titolarità e le funzioni di gestore della rete di trasmissione nazionale «le azioni [della società stessa] sono assegnate a titolo gratuito al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica», che deve esercitare i diritti dell'azionista d'intesa con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato;

g) l'origine legale, infine, non esclude la finalità lucrativa, che anzi – trattandosi di enti di forma societaria – deve essere presunta, e può essere esclusa solo in presenza di statuizioni legislative in tal senso o di una accertata incompatibilità fra l'oggetto sociale assegnato alla società e lo scopo di lucro, oggettivo o soggettivo; incompatibilità che non sussiste nei tre casi che ci interessano (sicché la possibilità di dividendi, espressamente prevista negli statuti delle tre società all'art. 30, e la prassi della loro distribuzione sono certamente legittime e coerenti con quanto appena detto).

5. *La disciplina residuale.*

Chiarite le principali implicazioni che a mio avviso discendono dall'origine legale delle tre società, resta da dire qualcosa circa la loro rimanente disciplina.

Al riguardo, poiché GSE, AU e GME sono espressamente definite dalla legge istitutiva come società per azioni, in linea di principio la loro disciplina residuale non può che essere rappresentata – nei limiti della compatibilità con la legge istitutiva – dal diritto azionario comune. È vero infatti che qualificare non è compito del legislatore, ma nonostante questo – anzi, a ben vedere, proprio per questo – la “qualificazione” non può non essere funzionale (quanto meno) all'individuazione della disciplina applicabile: quella, appunto, richiamata dall'uso del nome “società per azioni”.

Abbiamo a che fare, però, con tre società per azioni *a partecipazione pubblica*, e più precisamente *a controllo pubblico*, diretto per ciò che riguarda GSE, indiretto per AU e GME, sicché occorre fare i conti anche con il d. lgs. n. 175/2016.

Ora, nel Testo unico è enunciato il principio secondo cui, «per tutto quanto non derogato dal presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (art. 1, terzo comma). Subito dopo, però, il quarto comma dello stesso articolo puntualizza che «restano ferme [...] le specifiche disposizioni [...] che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse».

Ciò comporta che le nostre tre società saranno regolate in prima battuta dalle disposizioni singolari dettate per ognuna di esse (che, appunto, “*restano ferme*”), poi da quelle contenute nel testo unico e infine, residualmente, dalle disposizioni del diritto azionario che non risultino derogate dal Testo unico. È

questo, dunque, il significato attribuibile alle clausole contenute nell'art. 32 dei tre statuti là dove, «per quanto non espressamente disposto», rinviano – senza sbilanciarsi troppo (i notai sono notoriamente molto prudenti) – alle «norme del codice civile e delle leggi speciali in materia».

Naturalmente, le disposizioni del Testo unico saranno applicabili a condizione che non siano incompatibili con quelle della disciplina di diritto singolare propria di ciascuna società. Ma di fatto, come ho detto, la disciplina singolare dettata per le nostre tre società è molto scarna e non mi pare che ponga problemi di compatibilità con disposizioni contenute nel Testo unico. Questo dunque risulta applicabile pressoché *in toto*, con l'eccezione della disciplina contenuta nelle disposizioni dell'art. 4 (e in quelle ad esse connesse), dalla quale le società del Gruppo GSE sono espressamente esentate dall'art. 26, secondo comma, in quanto ricomprese nell'elenco di cui all'allegato A, e di norme che eventualmente dovessero entrare in conflitto con la loro natura di società legali, le cui implicazioni ho prima tratteggiato (correttamente, dunque, i loro statuti sono stati adeguati alle previsioni del Testo unico).

6. (Segue): *soggezione della responsabilità degli amministratori alla giurisdizione civile.*

Chiudo con qualche considerazione sul regime della responsabilità dei componenti degli organi sociali per danni arrecati al patrimonio sociale. In proposito dal Testo unico ci si sarebbe attesi una presa di posizione che ponesse fine alle incertezze emerse, nel corso di un dibattito ormai più che quindicennale, fra giurisdizione civile e giurisdizione contabile; ma purtroppo la norma che ciò avrebbe dovuto fare – l'art. 12 – è probabilmente la più oscura, confusa e contraddittoria dell'intero Testo unico, sicché anziché porre fine al dibattito lo ha riaperto.

Per molti gli enunciati dell'art. 12 non fanno altro che riproporre le soluzioni cui erano pervenute le Sezioni Unite, ossia l'affermazione della giurisdizione del giudice civile nel caso delle società partecipate in genere e della giurisdizione contabile, invece, là dove ad essere leso sia il patrimonio di una società *in house*. Secondo me non è esattamente così ma non è questa la sede per approfondire la questione.

In questa sede mi pare invece opportuno notare che la norma non dice nulla sul caso che c'interessa, quello in cui siano arrecati danni al patrimonio di una società di diritto singolare; il che potrebbe indurre a concludere, con riferimento alle tre società che ci interessano, che poiché nessuna di esse è pro-

priamente qualificabile come società *in house*, le azioni di responsabilità prospettabili sono unicamente le ordinarie azioni civilistiche e non altre.

A questa conclusione potrebbe però obiettarsi che prima del Testo unico le Sezioni Unite, argomentando dal regime fortemente derogatorio e intriso di connotazioni pubblicistiche proprio di alcune società di diritto singolare, in qualche caso le avevano ritenute sottoposte alla giurisdizione contabile. Emblematico il caso di Rai s.p.a., le cui peculiarità avevano indotto le Sezioni Unite nel 2009 a includerla «nel novero degli enti pubblici [...] nonostante l'abito formale che riveste di società per azioni» (Cass., Sez. Un., n. 27092/2009; ma in senso contrario Cass., Sez. Un., n. 28329/2011), ricavando da ciò la «qualificabilità come erariale del danno cagionato» e la conseguente sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti.

Si tratta di una soluzione a mio avviso non convincente sul piano della composizione di tutti gli interessi in gioco, prima ancora che per l'opinabilità dell'argomentazione, posto che dall'operare della giurisdizione contabile in sostituzione di quella civile deriverebbe il sacrificio delle posizioni dei creditori sociali (tanto che ultimamente le Sezioni Unite, pur di legittimare l'esercizio dell'azione *ex art.* 146, secondo comma, l. fall. da parte del curatore del fallimento di una società *in house*, hanno ammesso la concorrenza fra le due giurisdizioni, aprendo peraltro tutta una serie di altri problemi sui quali non posso entrare: Cass. n. 22406/2018). Aggiungo poi che, con riferimento a Rai s.p.a., nel 2015 è sopravvenuta una disposizione di diritto singolare secondo cui «l'amministratore delegato e i componenti degli organi di amministrazione e controllo della RAI-Radiotelevisione italiana Spa sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali (art. 49-bis, d. lgs. 177/2005, inserito dall'art. 3 l. 220/2015)»; norma che – non essendo stata abrogata dal testo unico – ai sensi dell'art. 1, quarto comma, lett. a), “*resta ferma*”, e che parrebbe implicare la negazione della giurisdizione contabile.

Aggiungo inoltre che in ogni caso, avendosi a che fare con società legali, la loro dichiarata “singolarità” è tale da rendere alquanto impervio il percorso argomentativo finalizzato a trasporre dall'una all'altra un determinato “precedente”.

Malgrado ciò, in questa non chiarissima situazione normativa e giurisprudenziale è verosimile che la Corte dei conti tenda ad affermare la propria giurisdizione su tutte le società di diritto singolare e ad interpretare con grande larghezza i confini di questa categoria. A mio avviso invece quei confini devono essere intesi in senso restrittivo, per ragioni sistematiche che attengono a esigenze di tutela dei creditori sociali e, più in generale, dell'affidamento dei

terzi sulla natura e sulla disciplina societaria dell'ente con cui entrano in relazione, che con l'iscrizione nel registro delle imprese ha dichiarato appunto la sua natura societaria (conf., Cass. n. 3196/2017).

Venendo a GSE, GME e Acquirente Unico, poi, mi parrebbe davvero problematica e alquanto forzata una riqualificazione in senso pubblicistico (di una od altra) delle tre società strumentale all'identificazione del danno erariale (non mi ha mai convinto la tesi secondo cui tutti gli enti cui sia inibita la facoltà di autoscioglimento hanno natura pubblica, perché non considera che la legge potrebbe ben volere la costituzione di un ente "ad esistenza necessaria" ma regolato dalla disciplina privatistica delle società). E, con specifico riferimento a GSE s.p.a., in senso contrario ad eventuali tentativi di riqualificazione pubblicistica può annoverarsi una recente decisione del Consiglio di Stato, che ha definito il Gestore dei servizi energetici quale «persona giuridica di diritto privato, essendo stato costituito nelle forme di società per azioni», pur essendo le azioni stesse «integralmente riservate alla mano pubblica» (mentre, quanto alla natura giuridica degli atti con cui GSE accerta il rispetto della così detta quota d'obbligo da parte dei produttori e degli importatori di energia elettrica proveniente da fonti non rinnovabili, la pronuncia ha concluso per la natura provvedimentale degli atti di accertamento negativo e per la natura paritetica degli atti di accertamento positivo: Cons. Stato, Ad. plen., n. 9/2019).

Anche al di là di quanto precede, sul piano del diritto positivo c'è ancora un argomento ulteriore che mi pare induca a escludere la configurabilità della giurisdizione contabile per danni arrecati al patrimonio di GSE, GME, AU come di una qualunque altra società di diritto singolare non *in house*; e lo si può trarre dal combinato disposto dell'art. 1, terzo comma, e dell'art. 12 del Testo unico.

La prima disposizione infatti come abbiamo visto afferma che, *in assenza di deroghe disposte dal testo unico*, le società a partecipazione pubblica sono soggette al diritto societario comune; e la seconda, nel regolare la responsabilità degli organi sociali, deroga all'ordinario regime civilistico solo con riferimento alle società *in house*, e non anche a proposito delle società di diritto singolare. Non c'è dunque spazio, in relazione alle società di diritto singolare che non abbiano i requisiti dell'*in house*, per una deroga che il testo unico non ha disposto, quale sarebbe quella consistente nella sottrazione alle ordinarie azioni di responsabilità civilistiche (e, tutto sommato, anche quella consistente in un ipotetico concorso fra azioni civilistiche e azioni di responsabilità erariale).

Bibliografia essenziale.

La delimitazione della categoria delle società di diritto singolare e di quella delle società legali e l'impostazione dei problemi disciplinari relativi alla seconda tratteggiati sopra sono quelle di C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, Zanichelli, 1992; ID., *Gli statuti singolari*, nel *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, VIII, Torino, Utet, 1992, 523 ss.; nella letteratura amministrativistica vanno segnalate le monografie di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007; e di G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. – Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009.

Il dibattito sui problemi di giurisdizione inerenti le azioni di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali di società pubbliche è notoriamente ricchissimo. Nella dottrina successiva al Testo unico, e dunque con riferimento all'interpretazione dell'art. 12, d. lgs. n. 175/2016, si vedano fra gli altri – anche per ulteriori indicazioni dottrinali e per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali – F. CERIONI, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura dell'a., Milano, Giuffrè, 2017, 201 ss.; C. IBBA, *La responsabilità*, in *Le società a partecipazione pubblica – Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, Zanichelli, 2018, 165 ss.; L. TORCHIA, *Socio e società di fronte alla responsabilità per danno erariale dopo il Testo unico*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico*, a cura di C. Ibba, Milano, Giuffrè, 2019, 211 ss.

L'esigenza di salvaguardare l'affidamento dei terzi su una disciplina conforme al *nomen juris* pubblicizzato tramite il registro delle imprese è rimarcata particolarmente in C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 972 ss.

La tesi della natura pubblica di tutti gli enti "ad esistenza necessaria", pur se aventi forma societaria, non condivisa nel testo è caldeggiata da GIAMP. ROSSI, da ultimo in *Guida alla lettura: Linee di un nuovo diritto amministrativo*, in ID., *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Torino, 2019, I, XXX s.; *Alla ricerca dell'ente pubblico*, *ivi*, I, 5 ss.; *Il carattere necessario degli enti pubblici*, *ivi*, II, 749 ss.