

MARCO DUGATO

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA TRA EFFICIENZA E RESPONSABILITÀ*

SOMMARIO: 1. Le società a partecipazione pubblica tra vecchi temi e nuovi problemi. Le facce differenti dell'efficienza. – 2. L'incerto cammino del legislatore. La grande illusione: dal tocco di Re Mida al diritto speciale. Il brusco risveglio. – 3. La falsa equivalenza tra efficienza e contenimento dei costi. La necessità di nuovi ed affidabili parametri dell'efficienza. – 4. Il “mondo a parte” delle società *in house providing* e la peculiare declinazione dell'efficienza e della responsabilità. – 5. La responsabilità presa sul serio. Funzioni formali a attribuzioni sostanziali.

1. Le società a partecipazione pubblica tra vecchi temi e nuovi problemi. Le facce differenti dell'efficienza

La relazione tra efficienza e responsabilità a cui il titolo si richiama dev'essere correttamente definita, poiché i concetti che la costituiscono hanno più chiavi di declinazione. L'efficienza è, al contempo, concetto giuridico e concetto economico-aziendale e la responsabilità, volendo escluderne il significato etico, può riferirsi tanto all'imputazione delle funzioni e del potere di decidere (o di concorrere ad una decisione), quanto al meccanismo con il quale l'ordinamento punisce le patologie nel processo decisionale. Troppo spesso nella dottrina e nella giurisprudenza più recenti questa premessa è data per scontata, finendo così per alimentare uno sfumarsi di confini che debbono invece rimanere nitidi, come testimonia l'opera, a volte imperfetta, di un legislatore disattento alle distinzioni ed attratto dall'apparente semplificazione concettuale¹.

È così che l'efficienza delle società a partecipazione pubblica viene

* Relazione tenuta al LXII Convegno di Studi amministrativi di Varenna, su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*.

¹ Gli incerti confini dell'efficienza intesa come principio dell'azione amministrativa sono stati descritti da S. Cassese, *Che cosa vuol dire “amministrazione di risultati”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941: «se vogliamo, continuiamo pure a parlare di amministrazione di risultati. A

con leggerezza fatta coincidere sia con quella delle amministrazioni socie, sia con quella dell'amministrazione in generale, sia infine con quella dell'azione amministrativa. L'efficienza è dunque rappresentata come un parametro unico, come un monolite logico insuscettibile di contraddizioni che tratteggia percorsi armonici. La realtà è invece ben diversa, come dimostra il corretto ragionamento giuridico e come emerge con evidenza dall'analisi dei provvedimenti legislativi. Vi è innanzitutto un dato di fondo: l'efficienza dell'azione amministrativa, divenuta canone con la l. n. 241/1990, ha un valore generale, difficile da declinare concretamente, come dimostrano giurisprudenza e dottrina, invocandolo in ambiti ed occasioni tanto diverse da imporre di riconoscere la sostanziale assenza di capacità precettiva del concetto, quando non addirittura l'esistenza di un conflitto tra declinazioni differenti dell'efficienza.

Così, la non annullabilità dei provvedimenti amministrativi astrattamente viziati risponde a ragioni di conservazione del risultato e quindi alla complessiva efficienza dell'azione amministrativa, ma, in ragione dell'insindacabilità del merito da parte del giudice amministrativo, non è affatto scontato che assicuri nel caso concreto il risultato migliore o più efficiente. Discorso identico vale per le regole sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione, che certamente alimentano l'efficienza del sistema ma che, con riferimento ad amministrazioni piccole e medio-piccole determinano un appesantimento, a volte difficilmente tollerabile, dell'organizzazione e della qualità dell'azione².

La considerazione si fa da banale a fondamentale quando il parametro dell'efficienza debba essere applicato all'azione ed all'organizzazione amministrative per mezzo di società di capitali. Infatti, se l'impiego dello strumento societario è tradizionalmente giustificato con la maggiore efficienza che a questo è riconosciuto rispetto ai modelli della tradizione pubblico-amministrativa, è altrettanto vero che la descritta poliedricità del concetto rischia di contrapporre efficienza ad efficienza. È possibile che l'efficienza garantita ad un'amministrazione socia da una o più partecipazioni nello svolgimento dei compiti assegnati alle singole società si traduca in una complessiva peg-

condizione, però, di essere avvertiti che – a rigore – la formula è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimolò».

² Al riguardo, M. Macchia, *Gli obiettivi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 767 ss.; F. Elefante, *Società pubbliche e normativa anticorruzione*, in *Munus*, 2014, 467 ss.; D. Damiano, *Le società partecipate e gli obblighi di trasparenza finalizzati a scongiurare il verificarsi di fenomeni corruttivi*, in *Munus*, 2014, 487 ss.; M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 667 ss.

giore (o più faticosa) organizzazione dell'ente, costretto ad adottare sistemi di controllo delle proprie attività ulteriori rispetto a quelli interni. Ancora, è possibile che all'efficienza di gestione e dei risultati conseguiti non corrisponda l'efficienza economica. Nell'azione per mezzo di modelli pubblici la discrezionalità (almeno, quel che ne resta nella tendenza legislativa alla compressione della scelta amministrativa) può legittimamente pretendere che il sacrificio economico si giustifichi in ragione della migliore soddisfazione dell'interesse istituzionale di cui l'ente è portatore. Può dirsi lo stesso nel caso in cui l'amministrazione scelga di agire attraverso società? Davvero, in quest'ultimo caso, la vocazione ontologica al lucro (quantomeno oggettivo) del modello societario non altera il rapporto interesse pubblico-efficienza economica? La risposta alla domanda costituisce l'obiettivo di questo scritto, che è mia intenzione ispirare all'analisi della disciplina più recente ed al metodo induttivo, poiché sono fermamente convinto che l'opera di destrutturazione condotta dal legislatore fin dalla fine del secolo scorso non consenta più alcun ragionamento dogmatico complessivo e renda del tutto improprio un approccio sistematico inteso in senso tradizionale.

Nel procedere, sarà bene considerare che alle innocenti incertezze si sono sommate svelate furbizie. Marco Cammelli, nel concludere la sua relazione al Convegno di Varenna del 1995, metteva in guardia dai «gattopardi di tutte le stagioni», che, sostenitori della privatizzazione, vedevano nelle società pubbliche un modo per alleggerire i controlli senza sottostare alle leggi del mercato³.

Anticipo fin d'ora, rinviando alle pagine successive per la dimostrazione, i due risultati a cui ho creduto di dover giungere: nel campo delle partecipazioni pubbliche l'efficienza di sistema prevale sull'efficienza (anche economica) dell'azione amministrativa caso per caso; l'efficienza declinata in chiave economica prevale sull'efficienza del risultato amministrativo e sulla soddisfazione dell'interesse pubblico della singola azione amministrativa. Per poter comprendere le ragioni che hanno determinato il risultato descritto e per poterlo correttamente giudicare è necessario ripercorrere, se non la storia, il percorso seguito dalla disciplina sulle società partecipate dall'inizio della loro massiccia diffusione, limitando l'analisi ai nodi ed ai punti critici.

La storia delle società pubbliche è stata segnata, a partire dall'inizio degli anni '90 del precedente secolo, da un tema giuridico generale e da molti aspetti di dettaglio. Il primo, di cui mi occuperò più a fondo nel

³ Ora in M. Cammelli, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, Giuffrè, 1997, 157.

secondo paragrafo, è rappresentato dalla difficoltà e dalle incertezze incontrate nell'armonizzare la disciplina civilistica delle società e quella pubblica sull'organizzazione e sull'attività amministrativa. È questione di assoluta centralità nell'ottica dell'efficienza che ispira la mia analisi e quel che mi interessa mettere in evidenza sono proprio gli effetti sull'efficienza che la tensione tra i due complessi normativi genera.

Comunque s'intenda rappresentare il rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato e a chiunque vada il nostro credito tra Hauriou, Duguit e Meucci⁴, si deve comunque riconoscere che i principi che animano diritto societario e diritto amministrativo non solo sono differenti, ma appaiono spesso inconciliabili. Alla vocazione al lucro delle società, ormai riconosciuta come elemento costitutivo ed inderogabile, si contrappone la destinazione alla spesa delle risorse pubbliche, temperata ma non contraddetta dal principio di economicità. Nel passato meno recente, la questione non aveva determinato tensioni particolarmente apprezzabili in ragione dell'incontestata separazione tra i due rami dell'ordinamento e della corretta limitazione dell'uso pubblico della società ai soli casi di attività pubblica d'impresa. In quell'ottica, la scelta per il modello societario determinava l'applicazione delle regole del diritto privato, fatta eccezione per singole, specifiche deroghe. È a partire dal 1990 che lo scenario muta radicalmente sull'onda di due fenomeni nuovi: l'estensione legale dell'uso della società ad attività diverse da quelle meramente economiche (servizi pubblici e funzioni) e il conseguente diffondersi del ricorso pubblico alla società, che, in una sorta di inarrestabile progressione geometrica, arricchita da *holding*, partecipazioni indirette ed incrociate, ha consegnato all'Italia un primato di presenza pubblica nelle società di capitali sconosciuto anche alle economie socialiste del Novecento.

Così, alla tendenza alla "societarizzazione" dell'azione amministrativa si è prontamente accompagnato il timore della perdita di rilievo delle garanzie a cui l'ordinamento aveva assegnato il compito di regolare l'attività degli enti pubblici. Quel che nell'immediato ne conseguì non fu la definizione di regole che limitassero l'uso della società alle sole ipotesi appropriate (a cui si è provveduto solo di recente e con utilità ormai scarsa), bensì l'estensione, prima timida e confinata a norme speciali e poi generalizzata, dello statuto dell'ente pubblico alle società partecipate. I rischi di una siffatta operazione di ibridazione della disciplina (talvolta giustificata da un'apodittica priorità del diritto amministrativo su quello civile; altre volte ispirata ad un improprio prevalere della sostanza pubblica sulla forma privata), a dire il vero,

⁴ A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2009.

erano stati messi in rilievo oltre vent'anni fa dalla migliore dottrina. Ancora nella sua relazione al Convegno di Varenna del 1995, Marco Cammelli, dopo aver rilevato che «il modello societario viene progressivamente modificato con l'inserimento di elementi squisitamente pubblicistici», metteva in guardia dalla «(neppur troppo) strisciante pubblicizzazione del modulo societario»⁵, richiamando al rispetto dei confini tra l'ordinamento civile e quello amministrativo e all'uso corretto dello strumento societario.

Si è invece proseguito sulla via pericolosa dell'espansione societaria e dell'ibridazione, nell'illusione che ne potesse nascere un diritto "misto", capace di coniugare le virtù della società e le garanzie pubbliche. Mischiando l'acqua all'olio, invece, è nato non un composto nuovo ma un diritto di conflitti irrisolvibili⁶, che hanno reso necessaria un'incessante attività legislativa, in cui ognuno di quei conflitti trovava espressa (e quasi mai soddisfacente) soluzione. Estemporanee soluzioni a problemi nuovi in merito alla scelta del socio privato, all'accesso all'impiego, al regime degli atti delle società, alla crisi dell'impresa, alla responsabilità degli amministratori. Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica approvato nell'agosto del 2016 (d.lgs. n. 175/2016) testimonia il più recente ed apprezzabile tentativo di razionalizzazione della miriade di norme e normette sulle società partecipate, che altro non rappresentano se non il sacrificio della certezza del diritto sull'altare dell'incapacità del legislatore di distinguere fin dall'origine il vero problema: i confini dell'azione economica dell'amministrazione e la distinzione tra attività (privata) e regolazione (pubblica).

Quanto agli aspetti giuridici di dettaglio a cui sopra si è fatto riferimento, fino ai primi anni del 2000 i più problematici e controversi sono stati quelli relativi alle modalità di costituzione delle società, all'affidamento a queste ultime di compiti e attività da parte degli enti soci e più in generale ai rapporti tra i soci pubblici e la società e tra soci pubblici e privati, alla classificazione delle società (*in house* e non, controllate e non controllate), alla loro natura (pubblica o privata), al regime degli amministratori. Si sono evoluti e progressivamente stabilizzati alcuni orientamenti in giurisprudenza e letteratura, di cui si darà succintamente conto in seguito, divenendo chiaro che le modalità di costituzione delle società a partecipazione mista sono

⁵ M. Cammelli, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale cit.*, 152.

⁶ Il quadro destrutturato che origina dalla ibridazione è stato perfettamente descritto da F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007, 31 ss.

Al riguardo, anche C. Ibba, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 409 ss. e S. Del Gatto, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 489 ss.

inscindibilmente legate all'atteggiarsi degli affidamenti di servizi e dominate dal principio cardine della concorrenza. La selezione del *partner* privato è stata strutturata come "gara a doppio oggetto", in cui l'apprezzamento per l'offerta è divenuto preponderante rispetto all'acquisto della partecipazione e la società mista si è evoluta come veste organica di appalto pubblico.

In sintesi, nel confronto tra le ragioni del miglior perseguimento dell'interesse pubblico attraverso la società e quelle della tutela della concorrenza tra gli operatori economici privati aspiranti soci può ben dirsi che fino ai tempi più recenti le seconde hanno primeggiato sulle prime⁷.

Il panorama muta bruscamente verso la metà del decennio scorso. Il numero eccessivo delle società a partecipazione pubblica ed i risultati non di rado poco brillanti conseguiti da molte di esse hanno d'improvviso indotto una brusca inversione nell'atteggiamento del legislatore, passato così dal *favor* per il modello societario ad una (in parte acritica) avversione. Si sono succeduti così interventi volti ad imporre censimenti e razionalizzazione delle partecipazioni, a vietare la costituzione di nuove società, ad impedire società con oggetti disomogenei (distinguendo principalmente tra attività strumentali e servizi pubblici), a contenere i costi dell'amministrazione societaria (limitando il numero dei componenti degli organi ed i compensi), a proibire gli interventi finanziari di ricapitalizzazione. Le linee ispiratrici sono state fondamentalmente due: la riduzione del numero delle società e la definizione di regole operative volte ad evitare l'alterazione competitiva sul mercato di società che non debbono trasformare la partecipazione pubblica in un illecito vantaggio concorrenziale.

È soprattutto la prima delle linee descritte ad aver dato origine a regole che, draconiane nell'intento, si sono in pratica rivelate del tutto improduttive di effetti. A partire dall'art. 13, d.l. n. 223/2006 e in più occasioni, la legge ha imposto la cessione delle partecipazioni non strettamente necessarie al perseguimento dei fini istituzionali o la liquidazione delle società, punendo la disobbedienza con sanzioni astrattamente severe (principalmente nullità o inefficacia degli atti e perdita dei diritti sociali, insieme all'ovvia minaccia della responsabilità contabile). In verità, si è per lo più trattato di norme mal scritte e peggio pensate. La cessione forzata della partecipazione è stata resa impossibile dall'assenza di potenziali acquirenti privati (essendo stati

⁷ Accanto ai temi generali e trasversali a tutte le società partecipate importanti sono per lungo tempo state anche le questioni di settore. In particolare, le società incaricate della gestione dei servizi pubblici locali hanno alimentato dubbi interpretativi spesso incidenti sull'operatività stessa delle società. Sul tema, M. Roversi Monaco, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Mumus*, 2013, 89 ss.

proprio l'originaria presenza pubblica ed il conseguente affidamento delle attività il punto di forza delle società), o dal valore minimo (spesso inferiore al valore nominale) conseguibile attraverso la vendita, con evidente aumento del rischio di danno erariale. Per altro verso, la liquidazione delle società come misura generale di razionalizzazione avrebbe prodotto (il condizionale è dovuto alla scarsità di casi applicativi) il paradossale risultato della conservazione in esistenza delle società maggiormente indebitate ed alla cessazione delle società *in bonis*, poiché la soppressione delle prime avrebbe imposto il preventivo pagamento dei debiti verso terzi e soci. In quest'ottica, se il contenimento e la riduzione dei costi costituivano uno degli obiettivi principali dell'azione legislativa (accettato il non scontato assunto che da anni descrive le società partecipate come la causa principale del debito pubblico), è certo che gli strumenti immaginati per raggiungerlo non sono stati per molto tempo adeguati.

Il testo unico approvato dal Consiglio dei ministri nell'agosto 2016 costituisce invece un apprezzabile cambio di passo. Riduzione delle partecipazioni e contenimento dei costi sono ancora scopi essenziali, ma l'azione imposta di revisione e razionalizzazione è resa graduale e sostenibile e assumono rilievo primario le misure volte a garantire la ragionevolezza economica e funzionale delle partecipazioni (la necessità di collocarle nell'ambito di piani economico-finanziari e di sviluppo è una felice novità) e quelle sul controllo dell'attività e della conseguente responsabilità dell'azionista pubblico, un tempo scaricata *tout court* sugli amministratori della società. I problemi di compatibilità tra le norme del diritto civile e quelle sull'attività amministrativa sono invece stati risolti con l'introduzione specifica di deroghe al codice. Certo, si tratta di un diritto in qualche misura speciale, con buona pace della separazione degli ordinamenti e del rigore, ma non mi pare che il legislatore, dopo le derive dottrinali e giurisprudenziali che avevano innescato il cortocircuito, avesse molta scelta. Oggi, almeno, sappiamo che le società pubbliche falliscono e sappiamo come dev'essere gestita la crisi dell'impresa pubblica (art. 14); sappiamo che i patti parasociali destinati ad assicurare il controllo analogo possono durare più di cinque anni (art. 16), così come quelli stipulati con il socio privato (art. 17); sappiamo che gli statuti delle società *in house* possono, al fine di garantire il rispetto delle previsioni comunitarie sul controllo analogo, derogare alle norme sull'amministrazione della società dettate dagli art. 2380-*bis* e 2409-*nonies* del codice (art. 16); sappiamo che gli amministratori delle società non *in house* rispondono per l'ordinaria responsabilità civilistica (art. 12).

Se è vero che quello del diritto speciale non è il migliore dei mondi, è però vero che lo si è dovuto costruire sulle fondamenta incerte stratificatesi

in trent'anni ed è ancor più vero che si è finalmente compreso che non può esserci efficienza di gestione senza certezza delle regole.

2. L'incerto cammino del legislatore. La grande illusione: dal tocco di Re Mida al diritto speciale. Il brusco risveglio.

Il cammino giuridico delle società pubbliche è stato sin qui succintamente descritto. È però bene svolgere ora un'analisi meno superficiale, dando rilievo ad alcuni passaggi in particolare, se si vuole comprendere come l'efficienza fosse virtù ampiamente predicata dall'ordinamento ma scarsamente praticata. Solo così sarà possibile prevedere con un grado accettabile di approssimazione se la nuova disciplina avrà o meno *chance* di trasformare l'efficienza proclamata in efficienza concreta⁸.

Il rapido diffondersi dello strumento societario in campo pubblico che ha caratterizzato gli anni Novanta è in gran parte dovuto all'impulso del legislatore e conosce per la prima volta la massima espressione nel livello territoriale locale. L'avvio fu dato con l'introduzione del modello della società per azioni a capitale pubblico di maggioranza tra i meccanismi di gestione dei servizi pubblici locali ad opera dell'art. 22, l. n. 142/1990. Seguirono la legittimazione delle società a capitale pubblico locale di minoranza e la facoltà di assegnare alla società di gestione anche l'esecuzione dei lavori accessori ai servizi (art. 12, l. n. 498/1992). Il *favor* del legislatore per la gestione attraverso società condusse quindi a forti incentivi alla trasformazione delle aziende speciali in società per azioni (art. 17, c. 58, l. n. 127/1997) e successivamente alla definitiva soppressione delle prime in favore delle seconde (art. 35, l. n. 448/2001)⁹. Nel frattempo, sempre per iniziativa del legislatore, l'attività di valorizzazione e trasformazione del territorio fu indirizzata verso specifici modelli (le società di trasformazione urbana) e le attività strumentali ricevettero ampie garanzie di legittimità. Le partecipazioni divennero numerose ed estese ad enti di minime dimensioni, gestite attraverso società multicomunali e talvolta governate da *holding* non operative.

La storia delle società dello Stato è ancor più emblematica e, vista in ottica storica, singolare. In un contesto di generale smantellamento delle

⁸ Per una ricostruzione più completa della legislazione dal 1990 al 2000 rinvio a M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001.

⁹ Accanto a provvedimenti generali furono molti gli interventi settoriali di incentivo. Tra tutti, quello attuato con l. 28 dicembre 1995, n. 549, che disponeva l'esenzione fiscale triennale in favore delle nuove società.

partecipazioni di natura industriale (la dismissione delle partecipazioni IRI e la successiva soppressione dell'ente di gestione), allo strumento societario si cominciò a fare ricorso per lo svolgimento di servizi e addirittura di funzioni amministrative in senso stretto. Nacquero così per legge società incaricate della gestione dei beni e delle infrastrutture (Patrimonio S.p.A., Infrastrutture S.p.A., Arcus S.p.A.), tutte caratterizzate da finalità di preminente soddisfazione di interessi pubblici, non destinate ad operare secondo criteri di economicità lucrativa e disciplinate da un diritto ormai nemmeno più speciale ma singolare. Al contempo, la società divenne lo strumento centrale nell'operazione di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico, in cui la dimensione puramente finanziaria assumeva rilievo ancora maggiore della vendita in sé. Le società - veicolo (SCIP) furono il meccanismo centrale della cartolarizzazione che accompagnò la cessione in massa e descrissero un curioso assetto in cui lo Stato, non facendo più impresa con le proprie società, affidava tuttavia a queste ultime attività strettamente istituzionali o operazioni finanziarie di rischio, in una sorta di societizzazione delle funzioni amministrative e finanziarizzazione dell'azione pubblica.

Le intenzioni non erano malvage e le ragioni profonde e comprensibili, tanto per quel che attiene al livello locale, quanto con riferimento all'agire dello Stato. Nel primo ambito, le gestioni pubbliche della fine degli anni Ottanta, per quanto oggi possa annerbiare i ricordi il rimpianto per i tempi che furono, avevano in gran parte determinato inefficienze di gestione e pericolosi *deficit* di bilancio, spesso mascherati dall'aiuto statale e dal ricorso continuo al debito pubblico. La domanda crescente di qualità dei servizi e la nascita dei primi vincoli comunitari di ostacolo al ricorso all'indebitamento avevano profondamente mutato il panorama: da un lato, era necessario trovare risorse finanziarie per ammodernare le reti e migliorare la qualità dei servizi; dall'altro, quelle risorse non potevano più essere trovate nella finanza pubblica.

In quel contesto, contraddistinto anche da una maggiore diffusione della ricchezza e dalla conseguente capacità di maggiore spesa dell'utenza, la società rappresentava una strada logica da seguire, permettendo l'apporto di capitale privato per finanziare gli investimenti nelle reti e negli strumenti di produzione del servizio e consentendo di gestire in modo ottimale i maggiori ricavi derivanti dai necessari aumenti tariffari. Inoltre, si sarebbe così consentito di aggiungere alle capacità professionali pubbliche, maturate nel corso dei decenni di gestioni per mezzo di aziende municipali, le capacità di gestione amministrativa e finanziaria degli operatori privati, in una virtuosa collaborazione pubblico-privato (*public-private partnership*, come si sarebbe presto cominciato a dire).

In effetti, molti dei primi risultati furono incoraggianti, tanto da ali-

mentare un'immediata espansione del modello anche al di fuori delle attività qualificabili come servizi economici in senso stretto. Presto cominciarono a nascere società incaricate di svolgere attività strumentali in favore degli enti pubblici e al contempo operative sul mercato, in un contesto di prima frizione con le regole concorrenziali. Alcuni elementi, tuttavia, animavano già un *virus* che sarebbe presto stato destinato a colpire l'organismo. Il primo, troppo spesso trascurato in dottrina, era rappresentato dalla concezione, per così dire, *naïf* dello strumento societario da parte tanto del legislatore del settore, quanto degli operatori pubblici dell'epoca. L'idea di fondo era che la società di capitali fosse uno strumento *bon à tout faire*, dotato di taumaturgiche virtù e capace di trasformare una gestione diseconomica ed inefficiente in una perfetta organizzazione. La scelta per la società, nell'immaginario degli amministratori pubblici, poteva quindi prescindere da un piano economico-finanziario e da un piano industriale e il *management* poteva essere individuato nei vecchi funzionari impiegati nelle aziende speciali.

È interessante, al riguardo, come nessuna delle norme degli anni Novanta e dell'inizio del nuovo secolo dedicasse attenzione al percorso finanziario e industriale precedente la costituzione della società o l'assunzione della partecipazione. La discussione era dedicata agli aspetti giuridico-procedimentali, quasi come se il solo fatto della gestione a mezzo di società fosse adeguata garanzia al successo dell'operazione. Lo stesso grado di approssimazione si poteva rintracciare negli statuti delle società partecipate e nelle pattuizioni parasociali destinate a regolare i rapporti tra enti pubblici e soci privati.

Era dunque inevitabile che, col passare degli anni, accanto ad esperienze virtuose e di successo (che, nonostante il comune sentire, vi sono state ed ancora vi sono) cominciasse a maturare i primi fallimenti. Gestioni nate con approssimazione e rimediate con rattoppi finanziari pubblici, continui affidamenti in spregio alle regole della concorrenza, tentativi di fuga dal controllo dell'ente socio e dalle più elementari regole giuridiche, sono state in massima parte delle conseguenze della faciloneria che aveva accompagnato il momento genetico delle partecipazioni. Soprattutto, diviene evidente l'illusorietà del presupposto: le società «non sono strumento a disposizione della pubblica amministrazione per lo svolgimento di una serie indefinita di compiti»¹⁰ e certamente non può reggere un sistema in cui le società «agiscano come strumento di soddisfazione diretta dei bisogni degli enti pubblici e al contempo come operatori economici di mercato»¹¹.

¹⁰ F. G. Albinini, *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 402.

¹¹ M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità*

Proprio in ragione dell'inesistente attenzione del legislatore per ciò che invece avrebbe dovuto rappresentare il centro dei suoi interessi (obbligo di adozione di un *business plan* e di un piano di sviluppo industriale; definizione di parametri di efficienza economica e di un sistema di controllo sul rispetto di detti parametri; divieto di gestione per mezzo di società di attività del tutto marginali rispetto ai compiti istituzionali degli enti soci), un'azione di supplenza fu esercitata dal giudice amministrativo¹² e da quello contabile. Il primo, a fronte della diffusione patologica dello strumento societario e del timore che ne conseguisse la fuga dalle garanzie sull'agire pubblico, da un lato, pensò a definire regole procedimentali e di attività via via più puntuali e rigorose (*in primis* quello relativo alla scelta del privato tramite procedure adeguate a coprire non solo l'aspetto formale dell'assunzione della qualità di socio ma anche quello sostanziale dell'affidamento di servizi e lavori¹³); dall'altro, cominciò ad estendere alle società partecipate le norme proprie dell'agire pubblico (quelle dell'evidenza pubblica nella stipulazione dei contratti, quelle sull'accesso ai documenti amministrativi, quelle in tema di assunzione del personale), fino a trascinarne alcune (le *in house*) nel pieno campo degli enti pubblici con totale applicazione dello statuto giuridico dell'ente pubblico¹⁴. In questo senso, la commistione tra le norme civili sulle società e quelle amministrative hanno costituito la risposta all'inerzia ed alla miopia del legislatore, corretta organicamente solo con il testo unico dell'agosto 2016.

Anche il giudice contabile avvertì i rischi della fuga dal modello organizzativo pubblicistico e della sottrazione al controllo di parte significativa delle risorse finanziarie pubbliche. Come noto, la sentenza della Corte di cassazione n. 19667/2003 aveva esteso agli amministratori degli enti pubblici economici la responsabilità amministrativa per danno erariale. Poiché

dei tipi, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, Giappichelli, 2008, 13.

¹² G. Sigismondi, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52 ss.

¹³ Dell'innumerevole serie di sentenze al riguardo due sono quelle fondamentali: Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 428 ss., che per prima affermò la necessità di procedere alla scelta del socio privato per mezzo di gara; Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1120 ss. (con importanti commenti di R. Caranta e G. Piperata), che, trattando dei confini tra società ordinarie e società *in house*, descrisse puntualmente i tratti della gara "a doppio oggetto" (in realtà, riprendendo le considerazioni svolte nel parere della seconda sezione n. 456 del 18 aprile 2007).

¹⁴ Con il sostegno di parte della dottrina. Tra tutti, G. Gruner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, Giappichelli, 2009. Personalmente, condivido le considerazioni di M. Macchia, *Le partecipate statali: società di mercato o semi-amministrazioni?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 441 ss.

la privatizzazione degli anni Novanta aveva determinato la scomparsa della figura anche in ambito locale ed in assenza di un intervento normativo capace di scongiurare i rischi legati alla fuga dal modello dell'ente senza il venir meno dell'impiego del denaro pubblico, forzando (in modo non condivisibile ma comprensibile) i parametri del ragionamento giuridico, la Corte dei conti estese alle società la propria giurisdizione percorrendo la via della "entificazione" delle società partecipate. Interpretazione, questa, che, come si vedrà, oggi sopravvive con riferimento alle sole società *in house*.

Dopo oltre quindici anni di favore legislativo per lo strumento societario e di incontrollata proliferazione delle società a partecipazione pubblica senza regole affidabili che inducessero *a priori* garanzie e buone pratiche, si ebbe percezione, a metà del decennio scorso, delle patologie ormai conclamate. Accanto a società con conti in regola e ben gestite, se ne contavano molte con disavanzi pesanti, a volte dovuti alla natura non remunerativa delle attività affidate, altre volte imputabili a cattive conduzioni. Il costo degli organi amministrativi e la complessità organizzativa determinavano un ulteriore peggioramento del quadro finanziario d'insieme. Spesso, poi, le società avevano tradito la loro originaria missione, finendo per concorrere con operatori privati in terreni mai prima caratterizzati da presenza pubblica ed alterando l'ordinaria competizione grazie ai *benefit* derivanti dagli affidamenti pubblici.

Le linee attraverso le quali operò il legislatore furono sostanzialmente due: la compressione (acritica) dei costi e del numero delle partecipazioni; la limitazione dell'ambito operativo delle società pubbliche. Nel primo senso si mossero le finanziarie per il 2007 e per il 2008¹⁵, limitando il compenso degli amministratori delle società degli enti locali (per la prima volta, parametrato al compenso di sindaci e presidenti delle province), definendo un numero massimo di componenti degli organi sociali, imponendo ai singoli enti una revisione delle partecipazioni e la dismissione di quelle non direttamente finalizzate alla soddisfazione dei fini istituzionali dei soci pubblici. Con costanza annuale e per tutti gli anni successivi, il legislatore nuovamente intervenne animato dallo stesso spirito, disponendo l'ulteriore compressione dei compensi, la periodica revisione delle partecipazioni con conseguenti dismissioni delle partecipazioni o liquidazione delle società, l'estensione alle società dei limiti all'assunzione di personale imposti agli enti pubblici, un limite massimo alle partecipazioni detenute da parte degli enti di piccole e medie dimensioni, il divieto di ripiano delle perdite anche per mezzo di aumenti di capitale¹⁶.

¹⁵ L. 27 dicembre 2006, n. 696; l. 24 dicembre 2007, n. 244.

¹⁶ A. Marra, *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Dir. econ.*, 2015, 299 ss.

efficienza e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica

Per quanto attiene alla limitazione dell'ambito operativo delle società, l'intervento più deciso fu quello dell'art. 13, d. l. n. 223/2006, con il quale s'intese evitare la *unfair competition* tra società pubbliche e imprese private, disponendo il divieto di costituire o mantenere società incaricate contemporaneamente di gestire servizi verso terzi e attività per l'ente socio.

Il principale limite di un'azione legislativa di tal segno è generato dall'illusione della possibile rapida riconduzione a fisiologia di una situazione irrimediabilmente compromessa. Da un lato, la dismissione rapida e forzata delle partecipazioni non necessarie o deficitarie non era e non è obiettivo raggiungibile con strumenti ordinari e, al contrario di quel che si è pensato, presuppone nell'immediato un aumento dei costi a carico della finanza pubblica. Infatti, poiché liquidare le società significa pagarne i debiti, la liquidazione in massa finirebbe, in assenza di risorse aggiuntive, per conservare in esistenza le società indebitate e far cessare quelle produttive. Dall'altro, ridurre i costi attraverso la limitazione dei compensi degli amministratori è opera corretta soltanto quando sia accompagnata da meccanismi di garanzia della loro capacità e della qualità complessiva della gestione per evitare che l'unico effetto prodotto sia quello di allontanare i *manager* capaci dall'ambito pubblico¹⁷.

È con questa consapevolezza e finalmente con un'inversione significativa della prospettiva che si muovono le disposizioni contenute nel testo unico dell'agosto 2016, in cui il contenimento dei costi non è più il solo paradigma dell'efficienza.

3. La falsa equivalenza tra efficienza e contenimento dei costi. La necessità di nuovi ed affidabili parametri dell'efficienza

Nelle pagine precedenti si è descritto l'*iter* che ha condotto all'attuale contesto e si sono poste in evidenza le tre fondamentali criticità che spiegano la difficoltà che ha sin qui accompagnato l'opera di razionalizzazione che da dieci anni ossessiona legislatore ed opinione pubblica: la folle pretesa di azzerare in un sol colpo l'esistente per costruire un virtuoso futuro; l'efficienza proclamata senza aver chiarito quale sia l'efficienza perseguita (delle società esistenti, degli enti soci, del sistema); il diritto ibrido tormentato da continue frizioni tra le norme ed i principi del diritto societario e quelli del diritto amministrativo. Il testo unico se le è rappresentate correttamente e ha

¹⁷ C. Ibba, *Il tramonto delle partecipazioni pubbliche*, in *Munus*, 2011, 427 ss., ben illustra le conseguenze del comportamento ondivago del legislatore (442 ss.).

cercato di porvi rimedio. Da un lato, ha compreso che l'opera di razionalizzazione di una situazione stratificata e consolidatasi in vent'anni, se si vuole che produca virtù e vera riduzione dei costi, non può che essere diluita in un arco temporale ragionevole e che le dismissioni forzate delle partecipazioni richiedono l'interazione di una pluralità di meccanismi; dall'altro ha scelto come obiettivo primario quello dell'efficienza delle società, ritenendolo il presupposto da cui naturalmente scaturisce l'efficienza del sistema pubblico; in ultimo, ha cercato di rimediare ai conflitti tra diritti, stabilendo alcune deroghe espresse al codice civile e di fatto imponendo il diritto privato, a di fuori di dette deroghe, come sistema regolatore delle società pubbliche.

Del resto, tutto è espressamente dichiarato nell'art. 1, c. 2 e 3, laddove si legge, per un verso, che le nuove regole «sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica»; per altro verso, che «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Due mi paiono gli elementi di maggior rilievo: l'efficienza perseguita è quella delle società (e la riduzione dei costi solo un elemento dell'efficienza); il diritto è quello privato, salve espresse deroghe.

Mi pare innanzitutto interessante l'ultima affermazione, che soltanto in apparenza può sembrare banale. Poiché la lettera della disposizione mi pare chiara (le deroghe al diritto societario sono soltanto quelle contenute nel decreto), non vi è spazio né per le deroghe eventualmente disposte in precedenti testi normativi, avendo il decreto la natura di testo unico¹⁸, né per interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali che, contrapponendo forma e sostanza, affermino la prevalenza dell'ordinamento amministrativo su quello civile, con gravi conseguenze sotto il profilo delle norme sostanziali applicabili e sulla giurisdizione. Il legislatore delegato ha fatto una scelta per la riduzione del ricorso pubblico alle società ma ha consegnato espressamente al diritto civile la disciplina delle partecipate. L'intento è quello di porre rimedio alla pericolosa incertezza sul regime di riferimento, disegnando un quadro giuridico certo in cui le uniche deroghe possibili al diritto civile sono quelle espressamente disposte dalla legge e all'interprete è precluso qualsiasi ricorso ad indici differenti dalla legge.

Se la conclusione è certa ed incontestabile con riferimento alle società differenti da quelle *in house*, potrebbe invece sembrare meno sicura proprio

¹⁸ In tal senso, l'elenco delle disposizioni abrogate contenuto all'art. 28 non dovrebbe ritenersi tassativo.

per le società *in house providing*, ormai diffusamente descritte come enti pubblici in forma societaria, per le quali, come noto, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno sin qui immaginato un rapporto regola-eccezione opposto a quello scelto dal decreto: poiché si tratta di enti sostanzialmente pubblici costituiti in forma societaria, sono rette dallo statuto dell'ente pubblico, salva l'applicazione delle norme civilistiche con esso compatibili¹⁹.

In realtà, mi pare che anche con riferimento alle *in house* il decreto abbia scelto la via della prevalenza delle norme del codice civile e delle deroghe speciali ed espresse. In primo luogo, la disposizione di principio dell'art. 1, c. 3, non contiene esplicite deroghe con riferimento alle società soggette a controllo analogo. In secondo luogo, proprio l'art. 16 del testo unico, dedicato alle *in house*, individua già il regime speciale rispetto a quello ordinario: la derogabilità delle norme sull'amministrazione della società, la possibilità di costituire diritti speciali in favore dei soci pubblici, la facoltà di sottoscrivere patti parasociali oltre il limite dei cinque anni disposto dall'art. 2341-*bis*, la necessità di rispettare la disciplina di cui al d.lgs. n. 50/2016 nell'acquisto di lavori, beni e servizi. A ciò si aggiunga la responsabilità per danno erariale e la soggezione alla giurisdizione della corte dei conti degli amministratori e dei dipendenti disposta dall'art. 12, c. 1.

Quel che mi pare se ne debba dedurre è che anche per le società *in house* la regola è quella del regime privatistico con le sole deroghe espresse per legge e che non è consentito all'interprete estendere ad esse norme di natura amministrativa non compatibili con quelle del codice civile. Conferma viene anche dalla mancata esclusione delle società in questione dal fallimento e dalla loro espressa soggezione al regime speciale sulla crisi di impresa dettato dall'art. 14, d.lgs. n. 175/2016.

Soluzione, questa, che mi pare opportuna alla luce della possibilità che alle *in house* partecipino anche soci privati, oggi riconosciuta tanto dall'art. 5, d.lgs. n. 50/2016 quanto dall'art. 16 del testo unico sulle partecipate.

Vi è poi la questione dell'efficienza. Si è avuto modo in precedenza di rilevare come sia stata sostanzialmente estranea all'opera del legislatore per molti anni nell'ingenua ed errata convinzione che la sola scelta per il modello societario inducesse virtù economiche e industriali²⁰. Si è anche

¹⁹ R. Iera e A. Villari, *Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2014, 523 ss.

²⁰ In merito all'incapacità del legislatore di declinare il principio di buona amministrazione in chiave di efficienza sono di sicuro interesse le considerazioni di G. Farneti, *Il male oscuro della nostra pubblica amministrazione: un'analisi relativa alle società partecipate degli enti locali*, in *Riv. Corte conti*, 2014, 545 ss.

sottolineato come efficienza delle società, degli enti soci e del sistema nel suo complesso non costituiscono un tutto armonico e come fosse necessaria una precisa scelta con riferimento alla declinazione del paradigma. In ultimo, si è detto che l'equivalenza tra efficienza e riduzione dei costi non è corretta e che l'efficienza, se riferita alle società, deve coniugare la riduzione dei costi con misure idonee a garantire la loro miglior capacità operativa. Ciò, soprattutto se si considera che ad una parte significativa delle società sono affidati compiti di diretta di bisogni collettivi primari.

Ho chiarito come quel che poi mi sembra più grave è che la previgente disciplina mai si fosse dedicata ai parametri dell'efficienza ed alla definizione del suo contenuto sostanziale, lasciando sostanzialmente privo di qualità precettiva il canone e affidando qualche marginale capacità di intervento alle sole autorità di regolazione di riferimento (nei settori presidiati, un tempo pochi).

Il testo unico ha invece mutato ottica. L'efficienza diviene da canone enunciato vero e proprio obiettivo concreto, presidiato da azioni, soggetti ed obblighi e, al contempo, cessa di essere identificato con la sola compressione dei costi per assumere contorni assai più ampi, finendo per essere rappresentato come l'equilibrio tra il miglior risultato ed il rispetto delle risorse finanziarie.

Traggo la conclusione non tanto dalla formulazione dei principi generali, quanto dalla lettura di norme specifiche e di taglio operativo, alcune delle quali a presidio di un ragionato controllo sui costi ed altre alla induzione di una più attendibile programmazione finanziaria ed industriale. In questo senso, è senz'altro significativo che, a differenza di quanto accaduto in passato, il legislatore abbia abbandonato l'idea di limitare i possibili campi di impiego delle società (con conseguente obbligo di dismissione anche delle società finanziariamente virtuose) per una scelta corretta di puntuale definizione delle attività che possono essere gestite col modello societario (art. 4, c. 2, 3, 7). La linea mi pare confermata dalla possibilità di costituire *holding* di partecipazione contestualmente prevista al divieto, per le società strumentali, di acquisire nuove partecipazioni (c. 5).

Sotto il primo profilo è interessante la previsione dell'obbligo di prevedere anche nelle società a responsabilità limitata la nomina di un organo di controllo o di un revisore ed il divieto, nelle società per azioni, di affidare la revisione dei conti al collegio sindacale (art. 3, c. 2). Mi pare confermato lo spirito di cui dicevo: l'introduzione di un nuovo organo (o il ricorso ad un organo esterno), pur determinando un aumento dei costi di gestione nell'immediato, è considerata misura capace di accelerare il processo di miglioramento dello sfruttamento delle risorse e di controllo dei processi

interni alla società. Finalità, quest'ultima, che viene confermata anche dal disposto dell'art. 6, c. 3, lett. *b*), che prevede, con riferimento alle società a controllo pubblico, l'istituzione di procedimenti e organi di *internal auditing*, sull'esempio di quel che accade nelle società interamente private ad oggetto sensibile.

Un ulteriore passo in avanti nel perseguimento dell'efficienza in concreto è costituito dal più ampio oggetto della motivazione che deve accompagnare l'atto deliberativo di costituzione della società o di assunzione di una partecipazione (art. 5). Accanto ai contenuti ormai tradizionali (illustrazione della finalizzazione al perseguimento degli scopi istituzionali, delle ragioni della scelta, della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria), è oggi richiesto che la scelta sia posta in comparazione con la possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, così che sia evidente che la preferenza per un obiettivo equivale, nell'azione pubblica, alla rinuncia o al ridimensionamento di altri. È probabilmente avendo riguardo per questa dimensione politica della decisione che il c. 2 impone di sottoporre lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica.

L'art. 5, c. 3, nella sua definitiva formulazione, prevede l'invio dell'atto deliberativo, con soli fini conoscitivi, alla Corte dei conti e, per il controllo sugli aspetti strettamente legati alla concorrenza²¹, all'Autorità *antitrust*. Nella prima versione della bozza di decreto, ad onor del vero, il ruolo della Corte era assai più rilevante. Era infatti previsto, in luogo dell'invio *a posteriori* dell'atto deliberativo, l'invio preventivo dello schema d'atto, sul quale essa avrebbe potuto formulare rilievi in merito alla coerenza con il piano di razionalizzazione (previsto dall'art. 20). La previsione era inopportuna e si prestava a più ordini di rilievi ed è bene che sia stata eliminata. Poiché assegnava alla Corte un ruolo attivo nella formulazione definitiva della delibera di costituzione, di fatto ne faceva un corresponsabile del contenuto della decisione con seri problemi nell'ipotesi in cui i rilievi del controllo avessero contribuito ai cattivi risultati di gestione (facendo immaginare, nell'eventuale successivo giudizio per danno erariale, un serio imbarazzo per la sezione di controllo). Anche la natura per gran parte politica della decisione mal si conciliava con il ruolo stesso della Corte, alimentando rischio di commistione tra verifica di legittimità e ragionevolezza e considerazioni strategiche e di merito.

L'inefficienza nel sistema delle partecipazioni pubbliche è stata in buo-

²¹ Presupposti e attività regolatoria sono simili a quelli ben descritti da A. Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2016, 55 ss.

na misura indotta anche dalla deficitaria rete informativa tra le società diverse dalle *in house* e gli enti soci. Se è vero che gli enti sono stati spesso pessimi soci, disattenti al funzionamento della società tanto da partecipare talvolta alle assemblee con delegati impreparati o inadeguati, è altrettanto vero che le società partecipate hanno approfittato della disattenzione per veleggiare lontano dagli interessi pubblici e non di rado per acque pericolose. È dunque saggio che l'art. 6, c. 4, abbia imposto, nelle società a controllo pubblico, la redazione di una relazione annuale sul governo societario da pubblicare contestualmente al bilancio di esercizio (si tratta, evidentemente, di un documento diverso dalla relazione illustrativa del bilancio) ed abbia previsto la predisposizione di specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale da allegare alla relazione (art. 6, c. 2).

Al contempo, il terzo comma dell'art. 6 suggerisce²², sempre con riferimento alle controllate, l'adozione di misure funzionali all'efficienza ed al controllo (regolamenti interni a garanzia del rispetto delle norme sulla concorrenza; sistema di *internal auditing*; codici di condotta; programmi di responsabilità sociale d'impresa). Ciò, in aggiunta al doveroso rispetto delle norme a presidio della trasparenza e delle norme sulla prevenzione della corruzione previste dal d.lgs. n. 33/2013 secondo l'interpretazione data dalle linee guida dell'ANAC.

L'art. 10 legittima, sebbene come eccezione e con onere aggravato di motivazione, la scelta del privato a cui alienare la partecipazione per mezzo di negoziazione diretta. Quel che però più interessa è l'esplicito riconoscimento dell'efficacia (e del conseguente necessario rispetto) delle clausole di prelazione eventualmente previste dalla legge o dallo statuto, ponendo fine in tal modo ad un dibattito nel quale è stata prevalente la voce di chi riteneva che la vendita diretta per prelazione, violando il principio della gara nei contratti attivi dell'amministrazione, non potesse ritenersi legittima.

Nella descritta ottica di promozione dell'efficienza, grande attenzione è ovviamente dedicata all'amministrazione delle società a controllo pubblico²³, che si afferma dover essere rette da un amministratore unico o, sulla base di criteri definiti da un futuro decreto del Presidente del consiglio dei

²² Non si tratta di un vero e proprio obbligo, ma la scelta per la mancata adozione delle misure descritte al terzo comma deve essere adeguatamente motivata (c. 5) e ovviamente potrà, in caso di crisi aziendale, essere valutata in sede di verifica delle responsabilità.

²³ Nel testo unico è più decisa che in passato la scelta di distinguere con maggior nitidezza il regime delle controllate da quello delle società non in controllo pubblico. Anche questa è scelta, oltre che opportuna, necessaria per evitare conflitti con i principi e le norme del codice civile o, peggio ancora, la sostanziale inapplicabilità delle previsioni speciali.

ministri, da un consiglio di amministrazione (art. 11)²⁴. La scelta più interessante è però quella rappresentata dalla definizione, da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle società controllate, prevedendosi, per ciascuna fascia, il limite dei compensi massimi degli amministratori (c. 6). Se è vero che la disposizione muove secondo il classico schema della predefinizione dei compensi, è anche vero che la rigidità dei precedenti meccanismi appare attutita e meno cieca. Il parametro di riferimento, infatti, non è più rappresentato dall'inconferente emolumento dei sindaci degli enti soci bensì dalla dimensione della società e delle attività da essa svolte (rilevanti sia sotto il profilo quantitativo sia sotto quello qualitativo). Ne esce confermata l'attenzione per l'efficienza della società e non per un acritico (e controproducente) contenimento dei costi.

Non sono invece originali le regole sulle incompatibilità delle funzioni amministrative tra società del medesimo gruppo e tra la carica di amministratore e il rapporto di lavoro con gli enti controllanti e vigilanti (che si aggiungono a quelle ordinarie dettate dal titolo III, capo II, d.lgs. n. 267/2000 e dal d.lgs. n. 39/2013) e sul contenimento delle deleghe al consigliere delegato e al presidente; sul divieto di corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento delle attività; sul divieto di costituzione di organi diversi da quelli previsti dalle norme generali sulle società (divieto, questo, che parrebbe rivolto anche al legislatore regionale, confermando così la rigidità già manifestata negli ultimi anni nell'interpretazione del limite costituzionale dell'ordinamento civile e del diritto privato, del tutto prevalente rispetto al principio dell'autonomia organizzativa delle regioni²⁵).

Corretta è poi la scelta di non imporre *tout court* gli stessi limiti e divieti alle società a partecipazione pubblica di minoranza (strada percorsa in passato, spesso criticata sotto il profilo della legittimità e causa di incertezze interpretative), avendo il legislatore delegato preferito la via della volontaria adesione da parte degli organi societari su proposta dell'azionista pubblico.

Di particolare interesse sono le disposizioni sul controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico e sulla crisi d'impresa.

²⁴ La facoltà di costituire un organo collegiale di amministrazione (composto da 3 a 5 membri) dovrà essere giustificata da specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e potrà dare vita tanto a modelli tradizionali di amministrazione, quanto ad uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai par. 5 e 6 della sez.VI-*bis* del capo V, titolo V, libro V, del codice civile.

²⁵ E. Trenti, *La disciplina delle società regionali fra "statuto speciale" ed esigenze di contenimento della spesa*, in *Mumus*, 2013, 199 ss.

Per quanto attiene al primo, l'art. 13, con riferimento alle società in controllo pubblico, ha previsto che ogni amministrazione socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione, sia legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale. Tanto in ragione della sua formulazione, quanto per la collocazione sistematica (precede infatti le disposizioni sulla crisi d'impresa) la norma dev'essere interpretata in senso lato, non strettamente confinata entro lo scontato limite della denuncia di comportamenti penalmente rilevanti, ma comprensiva della segnalazione di irregolarità nella gestione societaria che assumano carattere di gravità. In tal senso, mi pare dovermene far discendere tanto la doverosità dell'azione all'autorità giudiziaria ordinaria verso gli amministratori per i danni causati alla società ed ai soci pubblici, quanto la denuncia alla Corte dei conti nelle società *in house*, i cui amministratori sono tuttora soggetti alla responsabilità contabile per danno erariale. Se ciò è vero, è allora da ritenere che la segnalazione o l'azione costituiscano un obbligo e non una mera facoltà, dovendosi ritenere che la formulazione («è legittimata a presentare denuncia») miri più a chiarire l'aspetto, in passato controverso, della legittimazione giuridica che non a rendere discrezionale l'azione. Il punto, ben si comprende, è decisivo sotto il profilo della responsabilità contabile degli organi dell'ente socio alla luce di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 12: qualora l'omessa denuncia delle gravi irregolarità, infatti, abbia determinato o aggravato il danno alla partecipazione pubblica, sarebbe *de facto* provato l'elemento soggettivo della colpa grave.

L'art. 14 disciplina un vero e proprio procedimento in caso di crisi d'impresa della società partecipata. Lo fa, dopo avere, al primo comma affermato un principio: le società a partecipazione pubblica, senza distinzione per tipo, sono soggette alle norme sul fallimento, sul concordato preventivo e, sussistendone le condizioni, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Deve ritenersi dunque sciolto uno dei più intricati nodi del recente passato, concludendo che, qualora sussistano i presupposti ordinari del fallimento e qualora non sia esclusa la natura d'impresa della società, l'assoggettamento delle partecipate al regime delle procedure concorsuali non può subire eccezioni²⁶. In merito al procedimento, la scelta del legislatore è stata in favore di una definizione analitica dei comportamenti da tenere. L'organo amministrativo, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio, deve adottare senza indugio i provvedimenti necessari ad evitare l'aggravamento della crisi, predisponendo un piano di risanamento idoneo

²⁶ La riflessione più approfondita è quella di A. Crismani, *Le società partecipate tra crisi e insolvenza*, in *Dir. soc.*, 2015, 317 ss.

efficienza e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica

ad eliminarne le cause e a correggerne gli effetti. In difetto di adeguati provvedimenti, sussiste *de iure* la responsabilità *ex art.* 2409 c.c. Il giudizio sull'adeguatezza dei provvedimenti deve tenere conto dei criteri (negativi) dettati dal quarto comma dell'art. 14. È confermato il divieto, che fu introdotto in termini espliciti dell'art. 6, c. 19, d.l. n. 78/2010, di ripianare le perdite per mezzo di aumenti di capitali, conferimenti e misure equivalenti quando i trasferimenti di risorse non siano connessi a rapporti convenzionali o contrattuali e siano coerenti con un piano di risanamento.

Lo spirito è quello che si è prima descritto come il passaggio dall'efficienza dichiarata all'efficienza praticata e l'efficienza è innanzitutto efficienza della società e della gestione della singola partecipazione e, solo per conseguenza, efficienza del sistema (anche il monitoraggio, l'indirizzo e il coordinamento previsti dall'art. 15 mi pare che confermino l'opinione). In secondo luogo, il tentativo è quello di indurre un corretto bilanciamento tra efficienza industriale e di gestione ed efficienza di costi, ritenendo questa la sola soluzione virtuosa nel medio e lungo termine²⁷.

4. Il “mondo a parte” delle società *in house providing* e la peculiare declinazione dell'efficienza e della responsabilità

Le società *in house* rappresentano senz'altro uno degli oggetti maggiormente indagati nella letteratura amministrativistica degli ultimi vent'anni ed uno dei temi a cui maggiormente ha contribuito la giurisprudenza amministrativa, chiamata a definire i contorni ed i principi dell'istituto prima ancora che a risolvere specifici problemi interpretativi. Non è ovviamente questa la sede in cui rappresentare, nemmeno per approssimazione, il panorama

²⁷ Il caso che più fa emergere la contraddizione tra efficienza reale ed efficienza apparente è quello della previsione, mantenuta ferma anche nel d.lgs. n. 175 (ancorché finalizzata oggi alla redazione del piano di razionalizzazione e non più alla diretta liquidazione della società come avveniva secondo l'art. 1, c. 611, l. n. 190/2014), secondo la quale costituisce indice patologico l'assenza di dipendenti o la presenza di amministratori in numero superiore a quello dei dipendenti. Ora, se è vero che lo spirito che l'anima appare *prima facie* virtuoso (contenere i costi degli organi amministrativi), è anche vero che in alcuni casi lo spirito potrebbe essere contraddetto proprio dall'applicazione rigida della norma. Come ha rilevato la C. conti, sez. controllo Lombardia, 20 gennaio 2016, n. 7, «il numero degli amministratori potrebbe anche non essere decisivo, ad esempio in assenza di compenso (se l'ottica normativa è quella della razionalizzazione della spesa) o di amministratori a cui siano attribuiti anche compiti operativi analoghi a quelli svolti dai dipendenti (per evitare l'assunzione di personale)».

del dibattito²⁸ o dare conto dei problemi interpretativi circa la natura delle società e la compatibilità delle norme civilistiche con la disciplina amministrativa. Quel che interessa è piuttosto riflettere circa la particolare declinazione che il principio di efficienza assume con riferimento alla categoria, mostrandone le peculiarità rispetto a quella propria delle società partecipate.

Il dato centrale mi pare rappresentato dall'assenza di vocazione al lucro²⁹ della società *in house*. Ora, senza che sia necessario prendere posizione in merito all'essenzialità del lucro soggettivo o al rapporto tra la previsione dell'art. 2247 c.c. e la causa del contratto di società, è indubbio che, mentre le società a partecipazione mista, proprio in ragione della presenza dell'operatore economico privato, si caratterizzano per essere dirette alla produzione, diretta o indiretta di utili, quelle *in house providing*, caratterizzate dall'assenza di un privato lucrativo³⁰ e dalla riconduzione all'ambito organizzativo dell'ente controllante, sfuggono alla medesima logica. In altri termini, mentre alle società miste accedono, per parte pubblica, il perseguimento dei fini istituzionali dell'ente partecipante e, almeno per parte privata, la produzione di utilità finanziarie, nelle società *in house* l'assenza del socio privato rende il lucro (quantomeno quello soggettivo) meramente eventuale (se dichiarato espressamente dall'ente controllante) o addirittura occasionale (se conseguente ad una virtuosa gestione ed alle condizioni in cui sono prestate le attività). Un mero accessorio, dunque.

Se così è, l'efficienza riferita alle società *in house* non può che essere cosa diversa dall'efficienza nelle società a partecipazione mista e finisce per dover essere declinata in modo differente l'economicità stessa dei risultati. La

²⁸ Basti qui il rinvio a R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2012, 290 ss.; Id., *Il cammino disorientato delle c.d. società in house*, in *Dir. econ.*, 2014, 557 ss.; C. Iaione, *Le società in house*, Napoli, Jovene, 2012; M.G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; G. Piperata, *L'affidamento in house alla luce della giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 ss.

²⁹ In merito, F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2014, 523 ss., che giunge a dimostrare l'attrazione delle società partecipate all'universo delle società di capitali disciplinate dal codice civile, affermando la necessità dello scopo di lucro, confermata dall'introduzione in Costituzione dell'obbligo di equilibrio di bilancio.

³⁰ L'art. 16 del testo unico riproduce sostanzialmente quanto espresso dall'art. 5, d.lgs. n. 50/2016, legittimando nelle *in house* la presenza di privati quanto prescritta da norme di legge e quando avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Sulla compatibilità con l'*in house* della partecipazione di privati alla società prima delle riforme del 2016, L. Anibaldi, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 787 ss.

gestione per mezzo di società *in house* è una gestione diretta dell'ente e come tale dev'essere valutata anche sotto il profilo dell'efficienza. Il piano economico-finanziario e il piano industriale, necessari al pari di quanto avviene per le società miste, potranno ragionevolmente prevedere diseconomie di gestione giustificate dagli interessi pubblici da perseguire, dimostrati prevalenti, al pari di quel che accadrebbe se l'ente provvedesse alla produzione dell'attività con le sue strutture interne. Per questo, la consultazione pubblica sullo schema deliberativo di costituzione della società fatalmente assumerà, nel caso di società *in house*, assoluta centralità, dovendo essere mostrato l'altare degli interessi sul quale sacrificare le ragioni economiche.

È così ragionevolmente giustificato il permanere della giurisdizione contabile sulla responsabilità degli amministratori delle società soggette a controllo analogo. Ciò, non in virtù di una loro qualificazione in chiave di ente pubblico (le considerazioni che precedono in merito ai rischi dell'ibridazione del diritto e alla scelta oggi espressa dell'ordinamento in favore della qualificazione come società a regime parzialmente speciale dovrebbero indurre a ritenere scorretta la pubblicizzazione delle *in house*) o della circostanza dell'impiego del denaro pubblico (che caratterizza in egual misura le società totalmente pubbliche ma prive dei caratteri dell'*in house*, escluse dalla giurisdizione contabile). È invece la differente declinazione del principio di efficienza a cui si è sopra fatto riferimento ad animare la previsione normativa e a rendere la giurisdizione della Corte dei conti più adatta di quella ordinaria di responsabilità a valutare un'efficienza più complessa e multidimensionale rispetto a quella propria delle ordinarie società. L'interesse pubblico come elemento non solo presente ma determinante e la parametrizzazione dei costi di gestione con quelli di una gestione interna all'ente sono elementi vincolanti per gli amministratori dell'*in house*, che debbono essere in questa ottica giudicati.

Così dev'essere anche risolto il problema della fallibilità delle società *in house*. Ho dato conto di due elementi decisivi: la formulazione dell'art. 14, c. 1, del testo unico non prevede eccezioni all'applicazione delle norme sulle procedure concorsuali alle società partecipate; l'espressa scelta, non derogata per le *in house*, è stata quella dell'integrale applicazione delle norme civili-stiche, salve le sole disposizioni speciali dettate dal testo unico (art. 1, c. 3). Quel che ne discende è la piena riconduzione delle società alle norme su fallimento e concordato³¹. Col che mi pare risolto anche un problema di cui

³¹ Per quel che attiene al fallimento delle società partecipate, si vedano G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, spec. 801 ss.; M. Dugato, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*,

non si è tenuto adeguato conto in passato e a cui personalmente non avevo dato il giusto rilievo.

Chi ha sostenuto la non fallibilità delle società *in house*, per lo più ricorrendo all'affermazione della prevalenza della sostanza pubblica sulla forma privata, ha ritenuto che le norme di natura pubblica debbano, per i fini e gli interessi che garantiscono, prevalere su quelle di diritto privato. Si tratta, a mio avviso, di una conclusione errata perché errato ne è il presupposto. Le norme sulle procedure concorsuali, infatti, sono norme di ordine pubblico, poste a presidio della comunità dei creditori e quindi dell'interesse collettivo. Non solo. Poiché non esiste alcuna norma che imponga alle società *in house* di qualificarsi come tali nei rapporti con i terzi, la loro sottrazione alle garanzie che accompagnano i creditori delle società di capitali inevitabilmente si tradurrebbe in un inganno a danno dei contraenti che, confidando sulla forma della società di capitali, non hanno conto, al momento della costituzione del rapporto, della peculiarità del soggetto con cui contrattano.

In ultimo, poiché proprio la classificazione come *in house* di una società partecipata è spesso incerta ed origine di contenzioso, per poter determinare il regime della crisi d'impresa di una società sarebbe necessario attendere la definizione del problema qualificatorio. Ciò, essendo sempre possibile un'interpretazione differente, in sede fallimentare, da quella amministrativa o contabile. Ben si comprende il rischio di tenuta complessiva del sistema. È dunque ragionevole negli effetti, oltre che nelle premesse, la scelta per l'applicazione della disciplina sulle procedure concorsuali alle società *in house*.

Certo, è comunque necessario che sussistano i presupposti ordinari per l'applicazione della disciplina sul fallimento, primo tra tutti la natura di imprenditore in capo al soggetto insolvente. La verifica andrà però fatta nel rispetto dei principi del diritto civile, non potendosi, per le ragioni in precedenza esposte, fare leva sulla qualificazione in chiave pubblica della natura della società.

2004, 574 ss.; G. Zarro, *Dal fallimento delle società a partecipazione pubblica al socio occulto di società in mano pubblica*, in *Munus*, 2015, 105 ss.; L.E. Fiorani, *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, 554 ss.

A. Crismani, *Le società partecipate cit.*, 349 s., peraltro, corregge in modo convincente l'impostazione di alcuni autori (tra i quali ero io) che avevano posto in evidenza i rischi del fallimento sulla continuità nell'erogazione dei servizi pubblici.

5. La responsabilità presa sul serio. Funzioni formali a attribuzioni sostanziali

In un sistema in cui l'efficienza è presa sul serio e si fa canone normativo, la responsabilità altro non è che la sua fotografia al negativo. Si risponde giuridicamente dell'inefficienza come si risponde della violazione degli altri parametri di legge. È così spiegato perché a lungo il regime della responsabilità è stato percepito, al contempo, come ingiustamente punitivo ed improduttivo: essendo rimasta l'efficienza per molto tempo generica affermazione priva di sostanza precettiva, la responsabilità è stata letta in una (scorretta) prospettiva attiva e quasi fisiologica, come se fosse la censura della responsabilità a dovere indurre efficienza e non a discendere dalla disattenzione dei suoi parametri.

La considerazione svolta è utile per dare conto della sostanziale incertezza e dell'ineffettività del regime della responsabilità, così che si è nei fatti generato un vero e proprio cortocircuito in cui, non di rado, è stato chiamato a rispondere chi era titolare formale delle attribuzioni e non chi determinava il contenuto sostanziale degli atti e delle decisioni. Mi pare emblematico il caso delle società *in house*, che ci ha spesso consegnato amministratori condannati per danno erariale senza alcuna censura per gli organi degli enti controllanti, con il paradossale effetto della negazione in sentenza del presupposto del processo (il controllo analogo come capacità del socio di determinare le scelte strategiche ed operative più importanti della società).

Più in generale, si è andati via via inasprendo il regime della responsabilità degli amministratori delle società in un quadro sostanziale di irrilevanza dell'efficienza della gestione. Sono così sì volentieri censurati per non aver dato impulso ai procedimenti di liquidazione o dismissione delle partecipazioni (quasi come se deliberare la liquidazione non fosse compito dell'assemblea dei soci o vendere non spettasse ai singoli soci) ma solo nei casi di gravità estrema per i risultati deficitari della società. Soprattutto, la loro responsabilità è stata curiosamente limitata a quella erariale, come se quella civile prevista dal libro V c.c. non si applicasse agli amministratori delle società pubbliche. Le conseguenze, che spesso sono state ritenute assurde, sono invece del tutto comprensibili ancorché giuridicamente inaccettabili. In un sistema in cui anche i peggiori amministratori non sono mai stati chiamati a rispondere dei danni ai soci o alla società, all'impunità ha inteso rimediare il giudice contabile, estendendo ben oltre il limite delle *in house* il proprio sindacato a tutela delle risorse pubbliche impiegate³². Il percorso

³² L. Torchia, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*,

è contraddittorio, oltre che censurabile sotto il profilo dei presupposti: la società non è un ente pubblico ed il suo capitale non è pubblico, essendo distinto da quello dei soci. Ciò che di pubblico c'è è l'apporto finanziario dell'ente socio fino al suo confluire nel capitale sociale. Soprattutto, è bene pubblico la partecipazione dell'ente nella società ed è quindi pubblico il suo valore³³.

Le premesse consentono di ridimensionare, se si tiene al rigore dell'interpretazione, il ruolo della responsabilità pubblica degli amministratori. Se la loro azione determina un nocumento alla società, il danno è causato ad un soggetto privato; se la lesione è arrecata al socio pubblico, la responsabilità è quella sancita dall'art. 2395 c.c. Ciò, tenendo anche in conto che, sotto il profilo soggettivo, l'amministratore della società partecipata, fatto salvo il caso in cui questa non assuma la qualità di concessionario di pubblico servizio, non può essere considerato agente pubblico.

Il problema è però complesso e il rigore dell'interpretazione si scontra con un dato innegabile. Se si deve concludere per la sottrazione alla responsabilità contabile degli amministratori della società (ad eccezione di quelli di società *in house*, per espressa volontà della legge e ed in ragione delle considerazioni sopra esposte) e se questi non vengono mai chiamati a rispondere in sede civile, i danni arrecati alla partecipazione pubblica, restano senza rimedio e soprattutto senza colpevoli. Il che, oltre che offendere un elementare senso di giustizia, rende un pessimo servizio all'efficienza di gestione: così come chi fa bene non è premiato, chi fa male non è punito, secondo una fin troppo radicata abitudine dell'ordinamento.

La risposta del giudice contabile è stata quella della descritta estensione della responsabilità contabile degli amministratori. A ben vedere, tuttavia, essa, oltre a forzare i confini della giurisdizione, non tiene conto dell'effettiva imputabilità del comportamento. Se gli amministratori rispondono dei danni alla società ed ai soci secondo quel che si è detto, la colpa per i danni al valore della partecipazione pubblica e ai contributi pubblici dev'essere ascritta agli amministratori dell'ente socio, almeno quando sia imputabile ad un superficiale esercizio dei diritti del socio. La mancata partecipazione alle assemblee, l'approssimazione con la quale spesso si giunge a deliberare in assemblea sulle proposte dell'organo amministrativo, l'indolenza nei rapporti con gli amministratori di nomina pubblica nel richiedere giustificazione

Relazione al Convegno "*Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*", Roma, Luiss, 14 maggio 2009; G.F. Nicodemo, *Responsabilità per danno al patrimonio di s.p.a. pubbliche e riparto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2015, 402 ss.

³³ In merito, C. Ibba, *L'impresa pubblica*, cit., 414.

efficienza e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica

per il loro agire e, in ultima battuta, l'omissione dell'azione di responsabilità sono la vera causa del danno erariale. Il sistema è così condotto a razionale chiusura e nessun danno resta impunito, adeguatamente imputato secondo un criterio di attribuzione sostanziale delle funzioni e delle competenze.

In tal modo, si determinano virtuose conseguenze. Da un lato, gli amministratori sono indotti ad operare nel modo più efficiente e corretto; dall'altro, i responsabili della partecipazione negli enti pubblici sono stimolati a gestirle con la medesima attenzione con cui qualsiasi socio privato gestirebbe la propria. In ultimo, la cura nella gestione delle partecipazioni dovrebbe col tempo condurre alla razionalizzazione, non imposta ma ragionata, delle partecipazioni.

È questa la soluzione adottata dal testo unico in perfetta coerenza col paradigma più volte richiamato: dall'efficienza delle singole partecipazioni e delle singole società si origina l'efficienza del sistema. Accanto alla responsabilità degli amministratori delle società, civile per tutti ed erariale per quelli delle *in house* (art. 12, c. 1), è espressamente previsto che «costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

Il comportamento corretto dell'ente partecipante è complessivamente costituito oltre che dal principio dell'ordinaria diligenza del socio nell'esercizio dei suoi diritti, dal rigoroso rispetto degli obblighi e dal puntuale adempimento dei comportamenti descritti dal testo unico. Dovrà dunque esservi corrispondenza delle finalità perseguite per mezzo della società a quelle tipizzate dall'art. 4; dovranno essere analiticamente motivate le ragioni a sostegno della delibera di costituzione, con predisposizione di un ragionevole piano economico – finanziario e di un credibile piano industriale, dal quale emergeranno i principali parametri di efficienza della gestione; dovranno essere assicurati il rispetto degli adempimenti puntuali necessari alla vigilanza (comunicazione alla Corte dei conti e all'AGCM della delibera di costituzione) e quello rispetto della scansione procedimentale e delle competenze descritte all'art. 7 e all'art. 9; dovrà darsi conto dell'adeguato controllo sugli atti di competenza dell'organo amministrativo ai sensi dell'art. 14, c. 2, 3 e 4, da adottarsi qualora emergano indicatori di crisi aziendale, e del rispetto dei divieti imposti dal quinto comma del medesimo articolo; dovrà darsi corso ad un adeguato ed effettivo esercizio del controllo analogo nelle società *in house*.

Al legislatore per molto tempo è stata imputata la colpa di aver malde-

stramente approcciato il tema delle società a partecipazione pubblica, prima avendone determinato un irrazionale proliferare e poi avendo reso impossibile la loro efficiente conduzione. In tal senso, l'inefficienza delle gestioni è in buona parte dovuta all'inefficienza del quadro giuridico di riferimento. Parimenti alle amministrazioni si è rimproverata l'approssimazione nella gestione e persino il callido utilizzo dello strumento per fini meno nobili di quelli dichiarati. Mi pare che il primo abbia mutato approccio, consapevolezza ed obiettivi. Alle seconde spetta ora il compito di gestire nel rispetto delle nuove regole e dei nuovi principi.

Giurisprudenza e dottrina sono chiamate a svolgere altre importanti missioni: l'intelligente vigilanza sul rispetto delle norme e la correzione dei difetti che, in sede di attuazione, la riforma avrà originato. Il tutto, nel rispetto dei ruoli affinché, anche in questo campo, possano corrispondere funzioni, colpe e meriti³⁴.

Abstract

Public owned companies or corporations have been ruled by law over and over again during the last twenty years. At the beginning of the past century and up until 2006, the legislative leitmotiv has been represented by a strong impulse toward their diffusion, justified by the belief that they could produce cost-effectiveness in public sector. At a later time, leanings radically changed until the Consolidate Law approved in August 2016, which intends to create a rational and total efficiency in administrative system. Public owned companies will be ruled by civil law and public rules will be applied mainly in the strict procedure of creation of new companies.

³⁴ Il richiamo, perché non siano oscuri i riferimenti, è principalmente alla dottrina, che spesso ha preferito la censura delle norme e delle sentenze e l'attenzione per il particolare alla prospettazione di soluzioni sistematiche, così risultando di scarsa utilità alla giurisprudenza ed al legislatore, dimostrandosi incapace di superare i rigidi confini disciplinari (quelli che separano il diritto amministrativo da quello commerciale e il diritto dall'economia). Per un'ammissione di colpa, M. Dugato, *Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, in *Munus*, 2011, 101 ss.