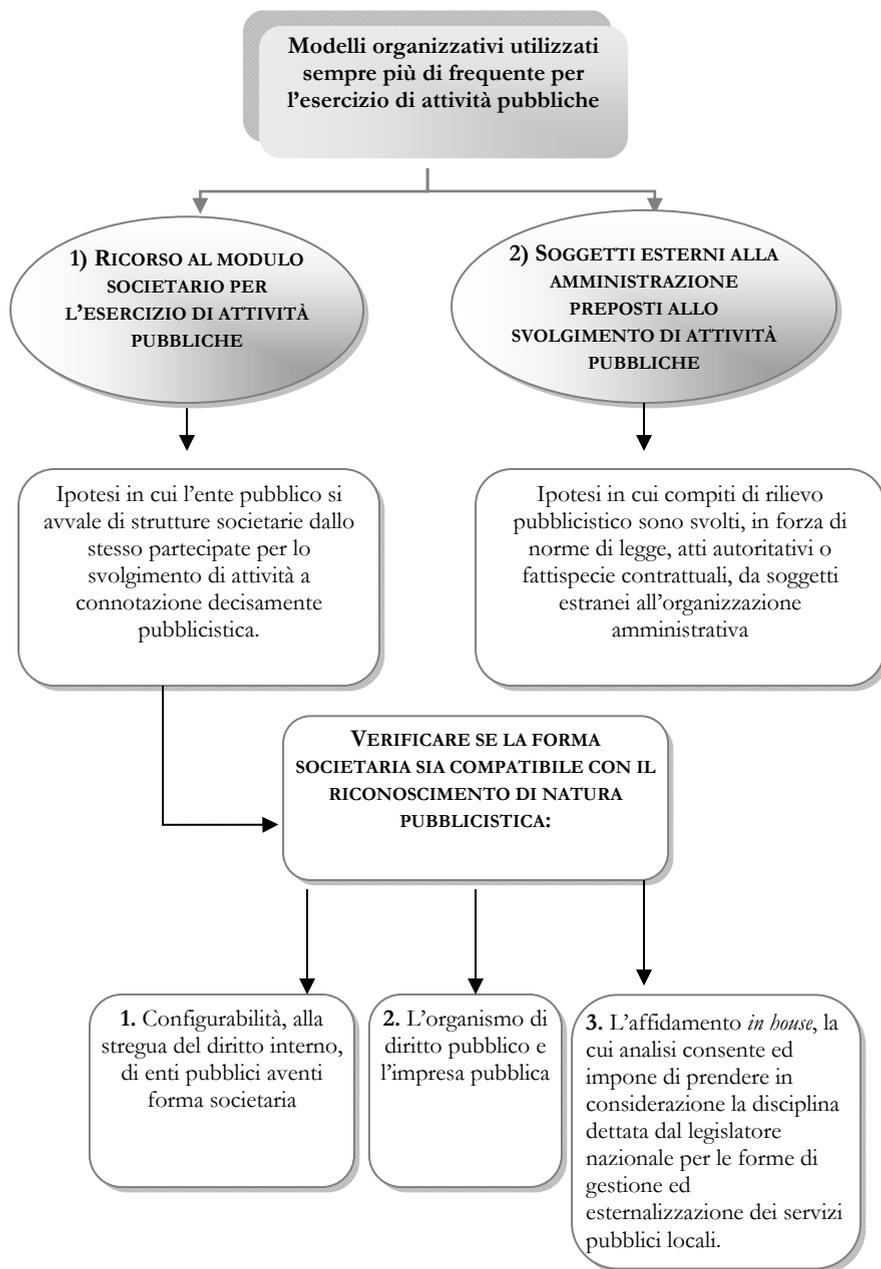


SEZIONE I • CONFIGURABILITÀ DI ENTI PUBBLICI A FORMA PRIVATA NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

1. Enti pubblici in forma societaria¹.



¹ Sulla costituzione di società di progettazione da parte delle Università (*Cons. St., A.P., 4 giugno 2011, n. 10*) si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2018-2019, Parte I, Capitolo III.

È CONFIGURABILE UN ENTE PUBBLICO A FORMA SOCIETARIA?

Verifica in astratto. Due le tesi a confronto.

A. Per l'impostazione privatistica lo scopo lucrativo non viene mai meno nelle società in mano pubblica. La "pubblicizzazione" delle stesse pertanto potrebbe ammettersi solo allorché sia la legge stessa ad escludere espressamente la causa lucrativa e nel caso in cui vi sia un oggetto sociale incompatibile con la finalità di trarre utili dall'attività societaria.

B. Per l'impostazione pubblicistica (oggi prevalente), occorre prendere atto della cosiddetta neutralità del modello societario rispetto alle finalità che con lo stesso si intendono perseguire. Si afferma la neutralità dello scopo lucrativo e la riduzione dello schema societario a semplice modulo organizzatorio.

SULLA CONFIGURABILITÀ IN ASTRATTO DI ENTI PUBBLICI ORGANIZZATI IN FORMA SOCIETARIA: DUE GLI ORIENTAMENTI.

Incompatibilità in via di principio tra ente pubblico e schema giuridico delle società per azioni (tesi negli ultimi anni recessiva).

È possibile riconoscere alla società per azioni, qualora ricorrano determinate condizioni, **natura di ente pubblico** (tesi che sta progressivamente guadagnando terreno).

A sostegno di tale tesi possibilista si richiama l'art. 18, l. 22 dicembre 1984, n. 887, che, nel prevedere la costituzione dell'AGE Control S.p.a. espressamente l'ha definita "s.p.a. con personalità giuridica di diritto pubblico".

QUALI LE CONDIZIONI PER QUALIFICARE COME PUBBLICO L'ENTE SOCIETARIO?

Verifica in concreto: individuazione dei concreti parametri alla stregua dei quali acclarare la natura pubblica del singolo organismo societario. Due le tesi a confronto.

I TESI. Va esclusa la natura privata per tutte le società per azioni istituite con atto legislativo che ne determina quanto meno la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria. L'esistenza o la destinazione funzionale della figura soggettiva è predeterminata con atto normativo e resta indisponibile alla volontà dei propri organi deliberativi.

II TESI. L'istituzione per legge o ad opera della Pubblica Amministrazione, la determinazione in via legislativa di denominazione e scopo, nonché la prescritta pertinenza della società all'ente pubblico per una quota maggioritaria non esauriscono il novero degli elementi necessari a far transitare nell'alveo pubblicistico un ente avente forma tipicamente privatistica.
(V. Cons. Stato, 24 novembre 2010, n. 5379 [ma in senso contrario cfr. Cass. civ., s.u., 22 dicembre 2011, n. 28329]; 2 marzo 2001, n. 1206 e 5 marzo 2002, n. 1303; Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2003, n. 5241).

1.1. La disciplina dettata dal d.lgs. n. 175 del 2016²

Con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (cd. decreto sulle società partecipate), il legislatore ha raccolto in un unico testo la disciplina organica delle partecipazioni pubbliche in ambito societario

Il decreto si applica alla **costituzione di società** da parte di P.A., nonché **all'acquisto e alla gestione di partecipazioni**, da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica diretta o indiretta. Sono escluse dall'ambito di applicazione del decreto le società quotate.

Il decreto distingue poi tra **società controllate e società partecipate dalla P.A.**: sono controllate le società che si trovino in una delle situazioni di controllo descritte dall'art. 2359 del c.c.; una società può definirsi "partecipata" da una P.A. qualora quest'ultima sia titolare di "rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi"

Il regime giuridico applicabile:

Sia le società partecipate che le società controllate sono disciplinate secondo le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato, salve le espresse deroghe previste dal decreto. La P.A. può partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di s.p.a. o di s.r.l.

È vietato alle PP.AA., direttamente o indirettamente, di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento dei propri scopi istituzionali e che non rientrino nelle attività indicate nel decreto.

In base all'art. 19 del testo unico, per quanto non espressamente previsto dal decreto, i rapporti di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. La giurisdizione è del G.O.

² Con sentenza n. 251 del 2016, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, tra l'altro, dell'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), l. n. 124 del 2015, recante delega al Governo per il riordino della disciplina delle società partecipate. Proprio alla luce di tale sentenza, recependo l'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata nella seduta del 16 marzo 2017, il Governo ha emanato il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" che, oltre ad introdurre modifiche correttive al testo unico al fine di risolvere criticità emerse in fase applicativa, ha sanato il vizio procedimentale censurato dalla Corte costituzionale, altresì rafforzando il coinvolgimento delle Regioni nel processo di riforma delle partecipazioni societarie detenute dalle Pubbliche amministrazioni.

1.1.2. Le novità apportate dalla legge 30 dicembre 2018 n.145 (art. 1, commi 721 - 724).

Testo unico sulle società partecipate Versione previgente	Testo unico in materia di società partecipate Versione vigente
<p>Art. 1. Oggetto 5. Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse <i>partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.</i></p>	<p>Art. 1. Oggetto 5. Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse controllate.</p>
<p>Art. 4. Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche 6. È fatta salva la possibilità di costituire società o enti in attuazione dell'articolo 34 del regolamento (CE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 e dell'articolo 61 del regolamento (CE) n. 508 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio 15 maggio 2014.</p>	<p>Art. 4. Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche 6. È fatta salva la possibilità di costituire società o enti in attuazione dell'articolo 34 del regolamento (CE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, dell'articolo 42 del regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, e dell'articolo 61 del regolamento (CE) n. 508 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio 15 maggio 2014.</p>
<p>Art. 24. Revisione straordinaria delle partecipazioni</p>	<p>Art. 24. Revisione straordinaria delle partecipazioni 5-bis. A tutela del patrimonio pubblico e del valore delle quote societarie pubbliche, fino al 31 dicembre 2021 le disposizioni dei commi 4 e 5 non si applicano nel caso in cui le società partecipate abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente alla ricognizione. L'amministrazione pubblica che detiene le partecipazioni è conseguentemente autorizzata a non procedere all'alienazione.</p>
<p>Art. 26 Altre disposizioni transitorie OMISSIS</p>	<p>Art. 26 Altre disposizioni transitorie OMISSIS 6-bis. Le disposizioni dell'articolo 20 non si applicano alle società a partecipazione pubblica di cui all'articolo 4, comma 6</p>

1.2. La responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica.

La **responsabilità amministrativa** è quella di tipo patrimoniale in cui incorre il soggetto che, legato da un rapporto di pubblico impiego c.d. di servizio con un ente pubblico, e avendo violato gli obblighi derivanti da detto rapporto con dolo o colpa grave, abbia cagionato alla P.A. un danno economico (c.d. danno erariale), che è per l'appunto tenuto a risarcire.

Elementi costitutivi sono:

- la condotta (attiva o omissiva)
- il danno erariale ed il nesso di causalità
- l'elemento soggettivo (dolo o colpa grave)

È oggetto della cognizione spettante alla Corte dei Conti.

DELIMITAZIONE DELL'AMBITO SOGGETTIVO DELLA GIURISDIZIONE CONTABILE:
I CONFINI TRA LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI E DEL GIUDICE ORDINARIO.

1. A lungo le Sezioni Unite hanno sostenuto che la giurisdizione della Corte dei Conti sussiste limitatamente agli atti esorbitanti dall'esercizio di attività imprenditoriale ed integranti espressione di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero di funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici.

2. **ENTI PUBBLICI ECONOMICI.** La giurisdizione della Corte dei Conti è riconosciuta in materia di responsabilità amministrativa sostenendo che l'amministrazione svolge attività amministrativa anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato. (*Cass. civ. Sez. Un. n. 19667 del 2003 e n. 15458 del 2007*).

3. **SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA MAGGIORITARIA.** Allorché si tratti di attività volta al perseguimento di finalità pubblicistiche, non può negarsi che tra la società e l'ente che partecipa al relativo capitale azionario si stabilisca un rapporto di servizio ravvisabile ogni qualvolta si instauri una relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico. (*Cass. civ. Sez. Un., 26 febbraio 2004, n. 3899; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806*). **Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2013, n.27733** ha individuato due fattispecie in relazione alle quali è configurabile la giurisdizione della Corte dei conti: 1) La prima riguarda l'azione del procuratore contabile volta a fare valere "la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illegittima non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente". 2) la seconda riguarda i comportamenti, tenuti dall'amministratore o dal componente di organi di controllo della società partecipata che "abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione" (in termini, di recente *Cass. civ., Sez. Un., 15 maggio 2017, n. 11983*).

Cass. civ. Sez. Un., 13 settembre 2018, n.22406 in tema di società in house, ha ritenuto che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per le azioni civili in caso di responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate; si configura, invece, la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti delle società in house.