

LE SOCIETÀ PUBBLICHE: REGOLE E RAZIONALIZZAZIONE

Venerdì 2 Ottobre 2015

Prefazione del Presidente Giorgio Santacroce

Diritto, economia e, aggiungerei, politica legislativa: sono queste tre le variabili fondamentali che entrano in gioco, variamente intrecciate, quando ci si confronta sul tema spinoso dell'intervento pubblico nell'economia e, al suo interno, di quella peculiare modalità di attuazione che prende la forma delle società a partecipazione pubblica, al cui approfondimento è dedicata la presente raccolta di atti.

Il seminario organizzato dall'Istituto Jemolo lo scorso 2 ottobre 2015 si è rivelato fecondo di spunti e ricco di sfumature, sia per l'autorevolezza e le diverse sensibilità dei relatori coinvolti (magistrati contabili, docenti universitari, dirigenti regionali), sia per la varietà e l'attualità dei temi trattati (si va dalla delimitazione del perimetro del sistema pubblico che vive in tutto o in parte di finanza pubblica alla gestione della crisi delle società a partecipazione pubblica, fino al tipo di responsabilità che assumono gli amministratori di queste società), sia per il taglio operativo e professionale degli interventi, tutti caratterizzati da un alto livello di analisi.

L'indagine prende avvio dalla constatazione, comune a tutti i relatori intervenuti, dell'inesistenza di una categoria unitaria a cui le società pubbliche possano essere ricondotte. Il panorama offerto all'interprete è un universo articolato di alcuni "tipi" di società, disciplinati da regole e principi di non agevole classificazione, il cui unico denominatore comune resta la presenza di un ente pubblico (primario o, con maggiore frequenza, derivato) nel capitale sociale. Nella giungla delle società pubbliche il diritto pubblico e il diritto privato si rincorrono, si sommano e talora confliggono, senza lasciare indenni altri aspetti: fiscali, tecnico-aziendali, economico-finanziari, organizzativi giuslavoristici e strategici. Se a tutto questo si aggiunge il susseguirsi caotico di una legislazione nazionale e regionale confusa e instabile, con regole "pensate male, scritte peggio, non coordinate fra loro" (IBBA) e di un'altalenante giurisprudenza (anche comunitaria), apparirà netta la criticità del fenomeno degli affidamenti *in house* dei servizi pubblici e delle società per azioni pubbliche o miste, in alternativa all'esperimento di procedure competitive ad evidenza pubblica per contenere i costi di funzionamento degli apparati pubblici.

Il presente volume, frutto di esperienze interdisciplinari, si propone il non facile compito di ricostruire il quadro sistematico e l'ordinamento delle società pubbliche e di ricercare idee e soluzioni pratiche idonee a porre le amministrazioni locali nella condizione di gestire in modo virtuoso i servizi pubblici erogati sul territorio, contrastando i fallimenti del mercato e salvaguardando l'autonomia gestionale delle imprese partecipate, senza beneficiare di rendite di posizione sul piano della concorrenza. In questa prospettiva i suggerimenti forniti nei contributi qui raccolti appaiono certamente utili per ricondurre gli enti locali, nei molteplici frangenti della prassi, sui binari di un'azione amministrativa ispirata a correttezza e trasparenza.

Saluti del Commissario straordinario Prof. Alessandro Sterpa

Buonasera, benvenuti all'Istituto Jemolo.

Io sono Alessandro Sterpa, il commissario dell'ente, e l'incontro di oggi, per il quale ringrazio per la loro disponibilità tutti gli illustri relatori che prenderanno la parola, nasce dall'esigenza discussa in questi mesi, in queste settimane, di mettere ordine, cominciare un po' a focalizzare alcuni aspetti, essenzialmente di tipo giuridico, sul tema dei rapporti fra le società di diritto pubblico o meglio società anche di diritto privato controllate dagli enti pubblici, in particolare quelle regionali e locali, sapendo che è un tema oggetto di interventi del legislatore da tantissimo tempo e anche recentemente con le norme adottate nella legge Madia, che intervengono ulteriormente.

L'idea è stata quella di unire alcune relazioni più di tipo accademico con altre con un tratto operativo di tipo molto netto, nel senso che abbiamo chiesto l'intervento e ci hanno dato la loro presenza tre magistrati della Corte dei Conti, in particolare il presidente De Musso che è presidente della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale del Lazio, e due procuratori, Massimiliano Atelli della procura di Toscana e la dottoressa Morgante del Molise; in particolare poi la dottoressa Morgante, come sapete, è stata anche assessore del bilancio del comune di Roma e aveva tra le competenze anche le società.

Come vedete abbiamo strutturato su due blocchi e abbiamo chiesto al presidente De Musso di coordinare tutto in attesa dell'arrivo del prof. Ibba, che poi quando arriverà interverrà, con una serie di interventi che verranno più o meno rispettati anche per esigenze purtroppo personali.

Do la parola al presidente De Musso ringraziandolo ancora per il suo tempo. Grazie. Lo invito a prendere il mio posto.

Interventi

Ivan De Musso

Presidente della Sezione Giurisdizionale per il Lazio della Corte dei Conti

Grazie al professor Sterpa, io sostituisco in sua momentanea assenza, il prof. Ibba al quale avrei voluto rivolgere – ma appena arriva gli cedo il posto e lo farò - una domanda, che è un po' una provocazione. A noi della Corte dei conti il tema che più sta a cuore, in materia di società partecipate, è quello della giurisdizione, cioè della individuazione del giudice competente a conoscere eventuali fatti illeciti o comunque di responsabilità di amministratori di società partecipate da soggetti pubblici. Io credo che gli accademici forse svolgeranno i loro interventi più sul piano sostanziale che quello processuale ma io anticipo il tema della giurisdizione in modo che loro possano su questo argomento integrare eventualmente le loro relazioni. Quello della giurisdizione è un tema decisamente importante, che vede una decisa contrapposizione tra il mondo accademico (oltre che la Corte di Cassazione) e la Corte dei conti. Una contrapposizione che nella mia prospettiva vorrei superare e che ritengo superabile. Quello che preoccupa il mondo accademico – l'ho letto in uno scritto del prof. Ibba – è la "abnorme" espansione della giurisdizione contabile che è percepita come una specie di invasione del diritto pubblico nel diritto privato. Ecco io volevo chiedere: l'affermazione della pretesa invasione del diritto privato – percepita come un pericolo - è dettata dalla volontà di preservare il regime privatistico da contaminazioni pubblicistiche o dal timore della presenza

nella giurisdizione contabile di un pubblico ministero titolare di un'azione più incisiva (e obbligatoria) di quella facoltativa dell'azione sociale retta dal diritto societario? E' questa presenza che determina l'avversione nei confronti della giurisdizione contabile in materia di società partecipate? Credo che, al di là del proprio convincimento teorico si dovrebbe dare al problema della giurisdizione – intesa come individuazione del giudice competente – una soluzione pratica, quella che meglio di altre favorisca la tutela delle risorse pubbliche gestite attraverso le società partecipate. Per arrivare ad una soluzione soddisfacente dal punto di vista concreto dobbiamo dare atto – dovrebbe farlo anche il mondo accademico - che la tutela del denaro pubblico e quindi della collettività, facendo ricorso al regime privatistico, quello che regola l'azione di responsabilità sociale, perlomeno per quanto riguarda le società pubbliche, non ha funzionato. E l'ultimo esempio lampante è, non scopro nulla perché è sui giornali di qualche giorno fa, la condanna di un certo presidente di Alitalia che era stato anche presidente di Ferrovie dello Stato. Ecco in tutti e due i casi la Procura della Corte dei conti, nella fattispecie quella del Lazio, aveva già citato in giudizio sia quel presidente sia altri amministratori/dirigenti per un risarcimento di più di cinque miliardi di euro, ma, in accoglimento del regolamento di giurisdizione presentato dai difensori, la Suprema Corte ha sottratto al giudice contabile la cognizione delle eventuali responsabilità dei convenuti. Mi chiedo e vi chiedo: quanti euro di quei cinque miliardi ritorneranno nelle casse dell'erario? Ecco, la domanda è: come si fa a superare (prescindendo dalla soluzione più ovvia e auspicabile di una specifica norma che attribuisca alla Corte dei conti la giurisdizione esclusiva) in base al diritto positivo questa dicotomia fra giudice ordinario e contabile, che poi non è una vera dicotomia, come si può comunque cercare uno strumento processuale e giurisdizionale che dia una maggiore tutela di quanto fino a questo momento non ha offerto il giudice ordinario, non per colpa sua ma di chi, in materia di società partecipate da soggetti pubblici, dovrebbe esercitare l'azione di responsabilità sociale e non l'ha fatto?

Grazie.

Massimiliano Atelli

Procura della Corte dei Conti regione Toscana

Grazie Presidente, grazie a tutti, grazie ad Alessandro Sterpa che ha ideato questo appuntamento e ha pensato di coinvolgermi. Approfitto della collocazione scelta da Alessandro per il mio intervento per tentare di fornire un piccolo contributo alla discussione comune.

Il titolo è ampio, il fenomeno è certamente molto – come dire – centrale nella discussione giuridica degli ultimi anni sui rapporti che riguardano diritto ed economia, diritto pubblico e diritto privato, ed è un fenomeno che è sempre stato estremamente ricco di sfaccettature e quindi sfuggente alla possibilità di essere ordinato in classificazioni precise, puntuali, coerenti; è un qualcosa che se lo dovessimo affrontare con i paradigmi tipici dell'algebra ci costringerebbe di sicuro a usare i decimali e la virgola, tanto per essere chiaro. Ed è un fenomeno sicuramente multitasking, chiamiamolo così; lo notiamo e lo percepiamo non soltanto attraverso gli approcci più tradizionali e che hanno già alle spalle anni e anni di approfondimento e anche di contrapposizione di tesi, non solo nelle aule universitarie, nella letteratura giuridica, ma anche nelle aule di tribunale, ma lo vediamo anche dall'esperienza più recente che, mettendomi in scia alle parole del presidente De Musso, voglio riportare

al nostro alveo comune della Corte dei conti. Le pronunce più recenti di quel particolare plesso all'interno della Corte dei conti che sono le Sezioni Riunite in speciale composizione, istituite alla fine del 2012 da un decreto legge che ha cambiato non poco gli assetti e anche la disciplina di dettaglio in tema di contabilità degli enti locali, hanno reso di palpitante attualità il tema dell'inveramento all'interno dell'ordinamento nazionale delle regole comunitarie secondo le quali, fondamentalmente – salto quindi una serie di passaggi concettuali intermedi –, si tratta di stabilire qual è l'esatto perimetro del sistema pubblico che vive in tutto o in parte di finanza pubblica, allo scopo di farne il dividendo cui applicare un divisore dal quale si ottiene un numero finale che, scendendo giù per li rami, finisce per incidere su molte cose, a cominciare dai tassi applicati alle famiglie negli istituti bancari quando si va a chiedere un mutuo. Quindi è un effetto di sistema che attraverso un moltiplicatore, che sarebbe adesso troppo complicato spiegare, parte dalle Sezioni Riunite ma arriva fino alle case dei cittadini e nella relazione tra sistema bancario e cittadino. Lì abbiamo in qualche modo un'esemplificazione potente del fatto che le società pubbliche si declinano al plurale. La stessa (espressione "società pubbliche" si deve accompagnare necessariamente da una precisazione, una puntualizzazione "da che punto di vista", perché è evidente che se muoviamo dall'angolazione prospettica settoriale e di impronta comunitaria essa pure, della normativa sugli appalti di lavori, servizi e fornitura per stabilire quali regole si applicano e quando si applicano è un conto; cioè ne ricaviamo un certo identikit del sistema pubblico; se ci preoccupiamo viceversa di applicare il regolamento comunitario presupposto dall'elenco ISTAT, abbiamo un altro perimetro di sistema pubblico che, tendenzialmente, non è nemmeno coincidente col primo ed è un fenomeno ampio, a geometria variabile, ma che in sostanza applicando regole di settore ci dà risultati che tendenzialmente non sono uguali a quelli ottenibili applicando altre regole di settore. Quindi le società pubbliche rappresentano un universo effettivamente molto particolare e la pratica si incarica di proporre situazioni sempre più articolate, sempre più dense di questioni; una di quelle che si sta esaminando in molte sedi in questo momento è quella, tanto per portare anche il contributo di un'esemplificazione concreta, delle società a capitale interamente pubblico che svolgono una attività molto mirata, sulla quale potremmo anche discutere se e in che misura, fino a che punto, esistano i margini per una riconducibilità alla categoria, essa pure sfuggente del servizio pubblico, ma dove soprattutto i soci, tutti pubblici, corrispondono a livelli di governo differenti. Abbiamo società in cui il primo socio è la Regione, il secondo socio è un Comune, il terzo una Provincia, e qualche volta c'è una partecipazione, non necessariamente maggioritaria, statale. Anche questo è un tipo di soggettività che si presta a una serie di problemi, anche perché naturalmente le regole, attraverso le quali si forma la volontà e ne conseguono atti concreti rispetto a ciascun livello di governo, non sono nemmeno sempre le stesse; ci sono dinamiche che si assomigliano ma non sempre sono del tutto identiche. Questo tema delle dinamiche, dei processi, attraverso i quali si formano le decisioni e si adottano degli atti, ne conseguono degli effetti, si rifà al secondo punto che volevo velocemente toccare e, cioè, che questo mondo delle società pubbliche sta conoscendo, soprattutto negli ultimi tempi, l'evidenza di una presa d'atto da parte delle autorità di vigilanza, da parte della magistratura e quindi delle corti giudicanti, di un tasso di procedimentalizzazione non banale, più forte di quanto avremmo pensato; io mi limito qui a fare un esempio

particolare che mi ha molto colpito, adesso senza riferimenti a fatti, persone o cose, perché la vicenda si svolge nel Lazio tra l'altro, però io sono rimasto molto colpito – confesso – quando qualche mese fa il sindaco di una grande città metropolitana chiede agli amministratori di una società con una forte partecipazione del Comune, quotata in borsa, di convocare l'assemblea per sostituire la parte dei componenti il CDA espressione del socio pubblico (nella specie, del precedente primo cittadino). Ne nasce un contenzioso, un tira e molla, naturalmente i legali vengono messi a lavoro, e a un certo punto, senza che vi esponga tutti i passaggi, la questione viene portata all'attenzione della Consob, la quale si pone il problema del modo in cui questa vicenda aveva preso origine: aveva preso origine da una lettera del sindaco indirizzata agli amministratori della società quotata. E la Consob si limita, per quello che ne abbiamo saputo dalla stampa (ma mi basta quello che la stampa ha riferito, se corrisponde al vero), a dirgli che il titolare della partecipazione azionaria è l'assemblea comunale, la conseguenza pratica è che alla richiesta avanzata dal sindaco mancavano alcuni antecedenti necessari. Detto altrimenti, quell'azione si poteva sì sviluppare, ma attraverso una sequenza procedimentale che doveva avere a monte dell'atto del sindaco altri atti, che nel caso di specie sono mancati, sicché il percorso andava rifatto da capo per arrivare a quel tipo di risultato, adottando gli atti presupposti mancanti, e naturalmente adottando tutti gli atti necessari nella giusta sequenza. Quello che ci lascia intuire questo tipo di considerazione è, se non ho inteso male, che serve una delibera dell'assemblea comunale che dà un mandato, un pronunciamento della giunta che dà mandato al primo cittadino di scrivere agli azionisti facendo valere i diritti di cui evidentemente l'assemblea comunale è titolare. Allora vuol dire che nella dinamica del rapporto che esiste fra un organismo a conformazione pur sempre privatistica, oltretutto nel caso di specie con titoli quotati in borsa, si inserisce a pettine la procedimentalizzazione, il grado di procedimentalizzazione non banale attraverso il quale deve formarsi quella volontà da portare dentro il meccanismo societario. Capite benissimo che questo è un aspetto da non sottovalutare per molte ragioni: una, tocca la premessa che faceva il presidente De Musso poco fa, e cioè, indipendentemente dall'atteggiamento che ciascuno può avere verso la giurisdizione contabile (il famoso piaccia o non piaccia, insomma), se proviamo a interpolare quello che ci dice la Consob in quel pronunciamento con una responsabilità per danno erariale da mancato esercizio dell'azione sociale di responsabilità, sancito e ribadito in tutta chiarezza dalle SS.UU. della Cassazione, la domanda diventa: ma allora anche per deliberare l'azione sociale di responsabilità si deve passare per una procedimentalizzazione, suppongo, dello stesso tipo di quella che nel caso sarebbe servita per avere la convocazione dell'assemblea allo scopo di sostituire gli amministratori? E di conseguenza il punto di caduta diventa: l'ampiezza del ventaglio dei soggetti investibili dall'azione erariale per non aver dato mandato di deliberare l'azione sociale di responsabilità, cioè non aver dato mandato al delegato del Comune socio di votare in assemblea a favore dell'azione sociale di responsabilità, è, secondo me, un catalogo che tende ad ampliarsi. Ora io credo che abbiamo davanti a noi una serie di questioni aperte: da un lato quella di non far finta di non aver capito che quando si tratta di società a capitale pubblico, quel fenomeno di mancato esercizio dell'azione sociale di responsabilità, quando ce ne sono tutti i presupposti, si esaspera, perché altrimenti ci raccontiamo una storia che, semplicemente, non è; dall'altro lato, dobbiamo anche

trovare un punto di mediazione che consenta alle società pubbliche di funzionare, cioè di svolgere le attività che viene loro demandato di svolgere. Però il nodo di fondo è che queste due esigenze si devono contemperare, non è che possiamo pensare solo alla prima o solo alla seconda, dobbiamo pensare a tenere insieme tutte e due, perché altrimenti o diamo la sensazione di non aver capito come funzionano le dinamiche reali, primo punto, oppure, dall'altro lato, poniamo un elemento forte di contraddizione rispetto alle stesse ragioni per cui si continua a insistere nel ricorso a questo peculiare modulo organizzativo. E qui veniamo a quello che vorrebbe essere il punto conclusivo del mio piccolo contributo, che io ho pensato di chiamare un po' il regime à la carte delle società pubbliche, perché effettivamente accadono e si leggono cose che colpiscono – mi limito a dire così –. Per fare un esempio, anche stavolta senza nessun riferimento almeno diretto, a persone e a cose, qualche giorno fa ho letto sui giornali che una società non soltanto a partecipazione pubblica ma a tal punto a partecipazione pubblica che Cassazione e Corte costituzionale hanno detto che, a dispetto della veste formale, è un ente pubblico a tutti gli effetti, magari perché ha una commissione bicamerale di vigilanza dedicata ecc. ecc., applicando una norma introdotta dal decreto Monti, avrebbe quotato non i titoli azionari ma un titolo obbligazionario, in questo modo scegliendosi il regime applicabile (quello, di impronta meno vincolistica, proprio delle società con titoli quotati). E questo è un regime à la carte, secondo me. Questo elemento noi lo dobbiamo considerare unitamente a un passaggio della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2009 (quella che diceva, in sostanza, che la giurisdizione della Corte dei conti è sempre residuale), ove ci si rifà ad un passaggio della relazione al Re sul codice civile (quindi parliamo di qualche settimana, qualche mese fa), in cui si puntualizza che siccome non soltanto i soggetti privati ma anche i soggetti pubblici hanno la capacità di diritto privato, se il soggetto pubblico sceglie, dovendo realizzare una nuova intrapresa, non la creazione di un altro ente pubblico ma di costituire una società, con questo automaticamente sceglie un regime applicabile. Badate che questo riferimento a questo passaggio della relazione al Re da parte delle Sezioni Unite è insistito, cioè lo trovate in molte sentenze, tutte quelle che partono dalla radice rappresentata da questa prima sentenza del 2009. Ne esce un affresco, un po' suggestivo, in cui, effettivamente, sembra quasi che a seconda diciamo delle situazioni, mettiamola così, esiste una reale legittimazione, una reale libertà a ritagliarsi un modello regolatorio funzionale ad una certa traiettoria di azioni. Però questo in qualche modo ci deve riportare alla domanda di fondo e cioè: ma è vero che esiste questa libertà indiscriminata da parte del soggetto pubblico, nel momento in cui sceglie anziché la strada del nuovo ente pubblico, quella della nuova società pubblica, di uscire dal diritto nel quale poi fatalmente non solo le corti giudicanti ma lo stesso diritto positivo, la stessa legislazione, ci dice che quella società non riesce a uscire? E ce lo dice in tante occasioni, per cui siamo di fronte evidentemente a tensioni e a torsioni giuridiche di livello crescente (basti pensare al DL n. 95/2012) per cui ne vien fuori fatalmente un ibrido che pencola una volta in una direzione una volta nell'altra, senza riuscire a trovare un'identità. È un soggetto non dico in crisi, perché uno che è in crisi di identità prima l'identità deve avercela, qui mi pare invece che la società pubblica un'identità la sta ancora cercando.

Ora chiudo, per fare esplodere definitivamente un po' tutte le contraddizioni che si agitano intorno a questo fenomeno, anche con un riferimento di quelli che possono

anche suscitare un po' il sorriso sulle labbra, e cioè: è veramente curioso che, nella legislazione di questi ultimi anni, ogni qualvolta il legislatore ha pensato di dedicare una norma alle società pubbliche ha sempre avuto costantemente cura di dire che le misure limitative che andava a introdurre non valevano per le società quotate e, tuttavia, esattamente questo tipo di impostazione oggi produce casi come quello di cui abbiamo parlato pochi istanti fa, che ne rappresentano, diciamo, la perfetta nemesi.

Grazie.

Ivan De Musso

Presidente della Sezione Giurisdizionale per il Lazio della Corte dei Conti

Avete ascoltato gli interventi della Corte dei Conti, avete visto come noi cerchiamo in tutti i modi, nei convegni, oltre che attraverso le sentenze, di rivendicare un nostro ruolo giurisdizionale, ma non lo facciamo perché vogliamo assolutamente questa giurisdizione, lo facciamo perché, è facilmente constatabile, la tutela del denaro pubblico non è avvenuta, non ha funzionato attraverso il sistema dell'azione sociale di responsabilità. E siccome il prof. Ibba non c'era ma io avevo mosso una provocazione a proposito di giurisdizione, ed era questa: siccome ho letto su uno dei tanti suoi articoli, la constatazione dell'abnorme espansione della giurisdizione contabile, allora provocatoriamente ho chiesto perché c'è questa avversione alla giurisdizione contabile? È per preservare il diritto privato dall'influenza della commistione del diritto pubblico, è per preservare la giurisdizione del giudice ordinario oppure c'è un certo timore per la presenza nella giurisdizione contabile di un pubblico ministero? Ecco questa è la provocazione. Però abbiamo parlato della Corte dei Conti, abbiamo parlato soprattutto di aspetti processuali e il collega Atelli anzi ha avanzato un aspetto che io non avevo assolutamente preso in considerazione, quello procedimentale, però adesso la risposta è al mondo accademico, cominciamo proprio dal prof. Ibba.

Carlo Ibba

Professore ordinario di diritto commerciale - Università degli studi di Sassari

1.- Il titolo del seminario allude alle regole e alla loro razionalizzazione.

Ora, le regole - immagino sia stato già detto e se non è stato detto è sottinteso - sono tante, sicuramente troppe, pensate male, scritte peggio, non coordinate fra loro. La razionalizzazione del sistema è qualcosa che tutti auspichiamo, ma non so se si possa sperare di ottenerla dai decreti delegati attuativi della legge 124 del 2015, sia perché avendo visto come opera il nostro legislatore ogni suo intervento ci fa temere un peggioramento, sia perché la stessa legge-delega non mi pare particolarmente felice.

La delega è per la predisposizione di tre testi unici, l'uno sul lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, l'altro sulle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, il terzo sui servizi pubblici locali di interesse economico generale. Il fatto è che tutti i principi e i criteri direttivi, o quasi tutti, peccano sia per

genericità, lasciando davvero mano libera a chi dovrà attuarli, sia in qualche caso per ambiguità o plurivocità e quindi, insomma, è forse più con timore che con speranza, personalmente, che attendo i decreti delegati.

Così, restando sul terreno del diritto positivo vigente, in attesa di quello futuro, ho pensato di provare a soffermarmi su quello che poi è il problema di fondo quando parliamo di società a partecipazione pubblica, vale a dire quello della disciplina applicabile e, in particolare, del rapporto fra la disciplina societaria e la o le discipline pubblicistiche astrattamente invocabili nel caso di queste società. Insomma: si applica il diritto societario o si applicano queste altre discipline, o si applica un po' l'uno e un po' le altre, e allora quando l'uno e quando le altre?

Preciso che quando parlo di discipline pubblicistiche non mi riferisco a quelle norme speciali o singolari che, derogando al diritto societario comune, disciplinano alcune società pubbliche o alcune categorie di società pubbliche, perché in questo caso è chiaro quale sia la disciplina applicabile: è il criterio di specialità a dirci che la norma speciale deroga rispetto a quella generale.

Mi riferisco invece a norme che, almeno dal punto di vista letterale, hanno quali destinatari delle amministrazioni pubbliche, cioè enti pubblici o enti con connotazioni pubblicistiche, e delle quali ci dobbiamo chiedere se siano applicabili in via estensiva anche alle società a partecipazione pubblica o a certe categorie di società a partecipazione pubblica.

2.- Per fare questo e per orientarsi in quella che non mi pare esagerato definire una giungla normativa, mi sembra indispensabile dotarsi, per così dire, di una buona bussola che ci aiuti in questa ricerca, perché sennò ci si perde davvero. E allora dico subito quale dovrebbe essere, a mio avviso, la bussola da utilizzare.

Parto da questa considerazione: parlando di società pubbliche noi parliamo di enti che hanno la forma societaria: sono cioè società per azioni o, qualche volta, società a responsabilità limitata. Perché hanno questa forma? Ce l'hanno per due possibili ragioni: o essa è stata imposta dal legislatore, ossia da una norma di legge speciale o singolare che appunto ha previsto l'istituzione o la costituzione di (o la partecipazione di un soggetto pubblico a) una società, ripeto, per azioni o a responsabilità limitata; oppure non c'è una norma specifica che preveda questo e allora l'adozione della forma societaria è il frutto di una libera scelta di un'amministrazione pubblica che decide, appunto, di costituire una determinata società o di acquistare partecipazioni in una società già costituita.

In entrambi i casi, è evidente che l'adozione della forma societaria determina l'applicazione del diritto societario: nel primo caso perché è la legge a volere questo, posto che se una norma di diritto speciale o singolare dichiara di istituire o impone di costituire una società per azioni, in questo modo intende designare la disciplina di riferimento, la disciplina di base (ossia quella che si applica in tutti gli aspetti non regolati dalla norma speciale o singolare); nell'altro caso, quello della libera scelta di una pubblica amministrazione, è il codice civile a stabilire che, quando qualcuno - chiunque egli sia - costituisce una società per azioni, all'ente così costituito si applicano le regole della società per azioni (e lo stesso vale, a fortiori, nei casi in cui una pubblica amministrazione decide di acquistare partecipazioni in società preesistenti).

Aggiungo una considerazione che mi pare avvalori questo primo punto del ragionamento. La considerazione è questa: tutti gli enti di cui parliamo (che siano

società che operano sul mercato, che siano società in house, società strumentali o “semi-amministrazioni”, ecc.), sono iscritti al registro delle imprese, esattamente come qualunque altra società, e sono iscritti come società, non come “semi-amministrazioni” o altro. Dunque, attraverso un sistema di pubblicità legale appositamente istituito per questo, questi enti dichiarano ai terzi di essere società per azioni (o società a responsabilità limitata), e quindi evidentemente suscitano nei terzi un legittimo affidamento sul fatto che a quel nomen iuris corrisponda la relativa disciplina.

Non credo che questo affidamento possa essere disatteso. Ho letto da qualche parte che il problema non sussisterebbe, quanto meno con riferimento alle società in house e alle società strumentali, perché queste sono enti che operano prevalentemente o esclusivamente col socio pubblico di riferimento; ma il ragionamento non è affatto convincente, perché anche una società in house o una società strumentale agisce con i terzi, anche una società in house o una società strumentale assume dipendenti, stipula contratti, diventa debitore o creditore di altri soggetti e quindi, ripeto, l'affidamento sull'applicazione della disciplina civilistica – e sugli strumenti di tutela dei terzi che essa appresta – non può essere disatteso.

Conclusione obbligata di questa parte del discorso è che, di fronte a enti di forma societaria, o c'è una norma derogatoria oppure si deve applicare il diritto societario, per cui l'applicazione di eventuali altre discipline – quelle che ho chiamato discipline pubblicistiche ma sarebbe forse meglio dire, più genericamente, extra-societarie – è possibile solo in funzione integrativa ma non modificativa della disciplina societaria. Mi rendo conto che questa è una bussola perfetta per un giurista di formazione privatistica quale sono io, e non per altri, e so benissimo che sono in circolazione anche bussole diverse: ci sono bussole che indicano un altro Nord e quindi portano a soluzioni diverse per non dire esattamente opposte a quelle a cui porta la mia. In particolare è in circolazione una bussola che dice il contrario di quello che dico io: dice, in sostanza, che è la disciplina societaria a potersi applicare solo se non è incompatibile con le discipline pubblicistiche, conclusione che viene supportata adducendo la cosiddetta prevalenza della sostanza sulla forma o qualche volta, più esplicitamente e più direttamente, la prevalenza del diritto pubblico sul diritto privato e via dicendo.

So benissimo tutto questo e capisco benissimo che ognuno di noi, me compreso, si accosta a questo problema, come a qualunque altro problema, con una serie di precomprensioni che derivano dal suo background culturale; il che indurrebbe a sfumare o relativizzare la portata delle mie affermazioni, se non ci fosse un altro aspetto da considerare.

Da un po' di tempo a questa parte, infatti, la bussola che a me pare la migliore, quella che funziona bene, che porta ai risultati più appropriati, non è più solo la bussola di chi vi sta parlando in questo momento e di qualche altro libero pensatore per lo più (ma non solo) di formazione privatistica, ma è diventata anche la bussola del legislatore, nel senso che è la bussola che il legislatore impone all'interprete di adoperare.

Dico questo pensando all'articolo 4, comma 13, del decreto legge numero 95 del 2012, una norma dispersa nell'alluvionale legislazione sulle società pubbliche (se l'avessi scritta io l'avrei inserita nel codice civile, probabilmente aggiungendo un comma finale all'articolo 2449) ma la cui portata non è sminuita dalla collocazione

“periferica”, tanto che la Corte di Cassazione l’ha definita norma di chiusura del sistema.

Che cosa stabilisce questa norma? Ve la leggo, anche se molti di voi la conosceranno: “Le norme del presente articolo e le altre disposizioni anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica, si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.”

E’ chiaramente una norma interpretativa, e come tutte le norme interpretative mira a porre un freno alla discrezionalità dell’interprete. In base ad essa, quindi, affinché una società a partecipazione pubblica, anche totalitaria, possa essere sottratta al diritto societario – perché questo determinerebbe l’applicazione di una disciplina pubblicistica incompatibile – occorre che vi sia una norma che espressamente legittimi la disapplicazione del diritto societario. Questa direttiva, dunque, in sostanza ha il senso di escludere deroghe implicite, cioè non espressamente dettate ma operate sulla base di più o meno elaborati (e più o meno condivisibili) ragionamenti condotti in via interpretativa. Conseguentemente, quando nella legislazione speciale noi troviamo, come spesso accade, singole disposizioni che attraggono nella sfera del diritto pubblico una determinata società o alcune serie di società, ad esempio in materia di finanza e contabilità pubblica, queste norme non comportano e non dimostrano affatto l’attrazione in via generale di quelle società nel diritto pubblico, anzi confermano – sulla base della norma che ho letto – che per tutti gli aspetti per i quali non è disposta una deroga continuano ad applicarsi le norme del diritto societario, e quindi non si potranno applicare le norme extra-societarie con esso incompatibili.

3.- Provo a fare rapidissimamente alcune applicazioni di questo discorso, con riferimento a quattro profili che sinteticamente cerco di tratteggiare.

3.1.- Il primo: la responsabilità da direzione e coordinamento. A dire il vero questa disciplina riguarda, più che la posizione della società pubblica partecipata, la posizione dell’ente pubblico partecipante, ma è evidente che i due profili sono connessi, coinvolgendo la tutela dei soci e dei creditori della società partecipata. Il problema, infatti, è se si possa applicare all’ente pubblico che eserciti attività di direzione e coordinamento in una determinata società la responsabilità prevista dal codice civile, all’articolo 2497, per lo scorretto esercizio di quel potere.

Poiché la norma dice nel suo incipit che la responsabilità colpisce “le società o gli enti che...”, se ne ricava che, almeno in linea di principio, essa è certamente idonea a ricomprendere anche gli enti pubblici che esercitano quell’attività. Dobbiamo però tener conto che qui c’è una norma espressa derogatoria (o almeno tale va considerata pur se si presenta sotto la parvenza di una norma di interpretazione autentica): è stata introdotta dal decreto-legge 78 del 2009 e dice che l’articolo 2497, quello che appunto prevede la responsabilità di cui parliamo, “si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi diversi dallo Stato [quindi come prima cosa c’è l’esonazione dello Stato da questa responsabilità] che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria”.

In definitiva, dunque, c’è un’esonazione sicura per lo Stato, seguita da un’altra esenzione per tutti gli enti, pubblici o privati non importa, che non detengano la

partecipazione per finalità di tipo economico-imprenditoriale. Tuttavia, siccome anche un ente pubblico può partecipare a una società per perseguire finalità di quel tipo, al di fuori da questa sfera di esenzione la responsabilità è certamente configurabile.

3.2.- Secondo profilo: la responsabilità contabile. So di toccare un tasto delicato e, per ragioni di tempo, non posso entrare nel dettaglio. Ricordo solo la conclusione di un ragionamento che faccio già da una decina d'anni, che fra l'altro è anche la conclusione accolta dalla giurisprudenza delle Sezioni unite come principio generale: mi riferisco alla distinzione da farsi a seconda che il danno che si imputa agli amministratori della società sia stato arrecato al patrimonio sociale o, invece, direttamente al patrimonio dei soci.

In questo secondo caso non si ravvisano particolari problemi nell'ipotizzare un intervento della magistratura contabile perché non si pongono problemi di compatibilità (ma tutt'al più di coordinamento) con la disciplina societaria. Là dove invece si tratti di una responsabilità per danni arrecati al patrimonio sociale, la conclusione che ritengo corretta, e che dal 2009 ritiene corretta anche la Corte di Cassazione, è che la giurisdizione contabile non è configurabile, perché la disciplina della responsabilità erariale, in sostanza, non è compatibile con la disciplina della responsabilità societaria e applicarla significherebbe violare principi inderogabili sanciti dal codice civile a tutela degli eventuali soci di minoranza e dei creditori sociali, che invece non sono eventuali ma ci sono sempre.

3.3.- Terzo profilo: sottoponibilità alle procedure concorsuali. In particolare, può una società pubblica essere assoggettata al fallimento e al concordato preventivo?

Qualcuno risponde di no; io rispondo certamente sì, perché l'esenzione disposta dall'articolo 1 della legge fallimentare e dall'art 2221 del codice civile è disposta solo per gli enti pubblici e non vi sono ragioni sostanziali né fondati argomenti giuridici che portino a giustificare una sua estensione; estensione che di fatto si risolverebbe nell'applicazione analogica di una norma eccezionale, per di più volta a colmare... una lacuna che non c'è.

Ne sono tanto convinto che ho scritto un articolo, da poco uscito sulla Rivista di diritto civile, che si intitola "Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica", in cui ho cercato di far capire fin dal titolo che a mio avviso, appunto, il problema nemmeno dovrebbe porsi. Se cadono in stato di insolvenza, le società pubbliche, come tutti gli altri imprenditori, sono soggette alle procedure concorsuali; questa è, del resto, la costante risposta della Suprema Corte.

3.4.- Ultimo aspetto: il rapporto fra diritto societario e controllo analogo sulle società in house.

Anche qui per ragioni di tempo mi limito all'essenziale. Sappiamo che ai fini del legittimo affidamento di servizi pubblici in house, cioè senza gara, uno dei requisiti, di importazione comunitaria, è quello del controllo analogo: occorre cioè che l'ente pubblico o gli enti pubblici affidanti esercitino sulla società affidataria da essi partecipata un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici o sui propri servizi. Vorrei allora verificare quali siano gli strumenti giuridici che si possono utilizzare, ovviamente in maniera legittima, per realizzare il controllo analogo di un ente pubblico su una società per azioni.

Il punto di partenza, per lo più trascurato, secondo me è questo: nessuna norma attribuisce agli enti locali una potestà normativa che li abiliti a derogare al codice civile nella redazione degli statuti delle società in house; insomma nessuna norma, né di

diritto interno né di diritto comunitario, autorizza il superamento di norme imperative del codice civile ai fini della realizzazione del controllo analogo. E ricordo che le deroghe a norme imperative del diritto societario, secondo la norma del 2012 che ho citato prima, devono essere espresse: qui non ce n'è di espresse né di tacite.

Conseguentemente, le clausole statutarie finalizzate ad assicurare il controllo analogo, come qualunque altra clausola statutaria, saranno legittime se conformi alla disciplina societaria imperativa e illegittime in caso contrario. Tutto questo lo si può riassumere dicendo che le società in house non sono società di diritto speciale, rette cioè da uno statuto di rango primario diverso da quello del diritto societario comune, e questa tra l'altro è un'opinione non solo dei commercialisti ma ad esempio anche di alcuni autorevoli amministrativisti.

In sostanza, quindi, non è legittimo inserire nello statuto di una società, per poterle affidare in house un determinato servizio, clausole che sarebbero in contrasto con norme imperative del diritto societario, qual è ad esempio la norma contenuta nell'art. 2380-bis cod. civ., che attribuisce esclusivamente agli amministratori il potere di gestione dell'impresa e che poi è correlata alla norma che sancisce, altrettanto imperativamente, la responsabilità degli amministratori per la gestione.

Penso in particolare a tutte quelle clausole, che pure hanno una certa diffusione, volte a prevedere l'istituzione di organi societari atipici, quali comitati di controllo analogo o – nelle società in house a controllo comunale – assemblee di sindaci o assessori comunali, ai quali si attribuiscono poteri che vanno al di là di semplici poteri istruttori o consultivi, e che vengono delineati come poteri decisori e vincolanti. Ecco, per quanto precede mi pare possa dirsi con un ragionevole grado di sicurezza che, osservate dal punto di vista del diritto societario, queste clausole sono tutte illegittime, come è illegittima qualunque clausola che sottragga o pretenda di sottrarre agli amministratori il potere di gestione che per legge è loro attribuito.

Per fare le cose in regola rispetto a una società per azioni in house, quindi, bisognerebbe utilizzare meccanismi di controllo non statuari, perché quelli statuari che ho citato sono in contrasto col codice civile; bisognerebbe adottare, cioè, meccanismi statuari di tipo contrattuale o parasociale. Invece il controllo analogo statutario, regolato cioè mediante clausole che in qualche modo, appunto, consentono all'ente pubblico socio di incidere in modo vincolante sulle decisioni strategiche, su quelle fondamentali (perché questa è la sostanza del controllo analogo), è ammissibile soltanto nel caso in cui la società in house sia una società a responsabilità limitata, posto che la disciplina della governance della s.r.l. è assai più flessibile e tollera l'inserimento nello statuto di clausole di questo tipo.

La prassi viceversa ignora tutto questo, disdegna il tipo della s.r.l. e opta quasi costantemente per il tipo della società per azioni; col risultato che è frequentissimo il caso di affidamenti diretti a società in house per azioni rispetto alle quali il controllo analogo, se le cose che vi ho detto sono esatte, è solo apparente, perché fondato su clausole inserite nello statuto ma illegittime e come tali non vincolanti per chi dovrebbe osservarle.

Che poi di fatto molti amministratori di società in house, pur non essendo tenuti a farlo, scelgano di conformarsi agli ordini impartiti loro (dal sindaco, dall'assessore comunale o dall'assemblea di sindaci o assessori o da sedicenti comitati di controllo analogo) sulla base di clausole illegittime e quindi inefficaci, ciò lo si deve a semplice ignoranza del problema ovvero all'asservimento di molti manager di nomina pubblica

alla politica, a chi magari li ha nominati e li ha messi su quella poltrona; un fenomeno che però riscontriamo purtroppo anche al di fuori delle società in house, in un numero temo piuttosto elevato di società a partecipazione pubblica.

Ma questo, evidentemente, è tutto un altro discorso rispetto a quello strettamente giuridico che stavo svolgendo; un discorso molto più ampio, se vogliamo anche abbastanza triste e che non c'è il tempo di fare né è questa la sede questa per fare.

Ivan Demuro

Professore aggregato di diritto commerciale – Università Cattolica del Sacro Cuore

La relazione del professor Ibba ha affrontato una serie di questioni che in parte avrei dovuto trattare io, quindi questo mi agevola nell'esposizione della mia relazione. L'introduzione del presidente De Musso e la relazione successiva del dottor Atelli hanno in un certo qual modo stimolato una serie di domande e di considerazioni che cercherò affrontare nell'ambito della mia esposizione che riguarderà la crisi della società a partecipazione pubblica. Cercherò quindi di dare qualche risposta.

Anzitutto al centro delle questioni trattate c'è sempre il dubbio interpretativo circa la natura giuridica delle società pubbliche: natura pubblicistica o natura privatistica? Dubbio che si porta con sé quello conseguente relativo all'applicazione della disciplina privatistica o di quella pubblicistica. Prima il Presidente De Musso richiamava un'ipotetica paura in merito all'invasione di campo da parte della giurisdizione contabile nelle società pubbliche, in realtà probabilmente, vista con un'altra sensibilità, vi è una paura del privatista dell'invasione di campo del pubblico nelle società. Soprattutto perché molte di queste incursioni, non mi riferisco a quella della giurisdizione contabile, sono dovute a una sorta di paura di eccessiva rigidità della disciplina privatistica rispetto a quella pubblicistica. Un esempio è quello delle clausole previste per integrare il c.d. controllo analogo. Va detto che da un punto di vista societario il controllo analogo come ipotizzato dalla dottrina pubblicistica e dalla giurisprudenza amministrativa non è realizzabile ed è totalmente inefficace. Questo è un esempio di rigidità non accettata. Si creano questi fantomatici comitati destinati a dar luogo all'ingerenza nella gestione della società. In proposito mi chiedo anche come un notaio possa chiedere l'iscrizione nel registro delle imprese una società nel cui statuto si stabilisce che gli amministratori sono vincolati a quanto decide l'assemblea dei sindaci (che costituisce il suddetto comitato). Forse bisognerebbe in primo luogo interrogarsi sull'effettivo controllo che viene fatto in via preventiva. Quale conseguenza di questa eccessiva rigidità si ipotizza e si vorrebbe attuare una disapplicazione della disciplina privatistica che passa per una sorta di favor. Per chi? Per le società pubbliche che necessitano di tutela per via degli interessi pubblicistici che perseguono? In realtà, come cercherò di dimostrare, soprattutto per quanto riguarda la crisi d'impresa, è un falso favor, perché sarebbe un favor che andrebbe a creare una serie di problemi di non poca rilevanza e di non semplice soluzione. Prima il dottor Atelli ha fatto riferimento a una sorta di regime à la carte che, in considerazione di alcuni interventi normativi più o meno recenti, consentirebbe la scelta della disciplina applicabile. In realtà la disciplina sulle società pubbliche molte volte è caratterizzata da una disciplina diciamo variabile, che potrebbe variare, per esempio, in relazione all'apertura o meno al mercato delle società. A tal proposito si

possono citare il previsti limiti al compenso degli amministratori che non si applicano alle società che hanno titoli quotati in borsa. E da qui l'escamotage, il "trucco" di quotare i titoli obbligazionari per remunerare secondo le condizioni di mercato gli amministratori. I fissati limiti determinato che ci si trovi a fare gestire delle società complicate da amministrare a delle persone che sono disponibili ad accettare un compenso fuori mercato. E quindi o lo fanno per altruismo o lo fanno per poca professionalità. Con tutto quello che ne consegue, anche per quanto riguarda le procedure concorsuali. Più nello specifico per quanto riguarda la disciplina della crisi di impresa e cioè fallimento e procedure concorsuali. Alcuni ritengono che ci si trovi in presenza di una lacuna normativa. Su questo aspetto si potrebbe dire che tutto sommato il legislatore tutte le volte che ha sentito un'esigenza o un "pericolo" per le società pubbliche non è mai stato parco negli interventi normativi, intervenendo ogniqualvolta si è presentato un problema o un dubbio interpretativo. E forse questo lo vorrebbe fare anche con la riforma prevista dal c.d. decreto Madia perché uno degli aspetti a cui dovrà dar corso il legislatore delegato è appunto quello di disciplinare, in base al principio di proporzionalità, anche l'organizzazione e la crisi di impresa. De iure condito dobbiamo dire che l'esonero all'applicazione della disciplina del fallimento delle procedure concorsuali è espressamente prevista dall'art. 2221 del codice civile solo per gli enti pubblici. Il professor Ibba ha accennato che, fino a poco tempo fa, fino all'inizio della crisi, era pacifica questa interpretazione. Dopo l'inizio della crisi si sono presentate delle teorie interpretative nonché dei precedenti giurisprudenziali che sulla base di due criteri che potremmo definire uno tipo tipologico e uno funzionale hanno argomentato, poi vedremo in quale modo, facendo prevalere la sostanza pubblicistica anche sulla forma societaria, una sorta di riqualificazione della società per azioni o società a responsabilità limitata a capitale pubblico in ente pubblico, e quindi cercando di esonerare queste società dall'applicazione della disciplina fallimentare. In realtà va detto che anche in passato il dubbio sussisteva, Dobbiamo però constatare che questo problema si è accentuato sia quale conseguenza di questo periodo di crisi generale sia quale conseguenza di una serie di limiti legislativi posti ai soci pubblici che hanno limitato le continue ricapitalizzazioni delle società pubbliche. Quindi anche prima le società a partecipazione pubblica erano in crisi che si superava attraverso delle ricapitalizzazioni senza limiti o condizioni da parte del socio pubblico. Come ho detto entrambi i criteri, quello tipologico e quello funzionale, cercano di far prevalere o la sostanza pubblicistica dell'ente o la necessità della società in quanto affidataria di una determinata attività necessaria. Gli indici che vengono utilizzati, quali presupposti per queste interpretazioni, sono più o meno sono gli stessi e potrebbero essere definiti a geometria variabile in relazione al caso concreto: Si fa riferimento alla partecipazione totalitaria o quasi totalitaria pubblica, al perseguimento di finalità pubblicistiche attraverso l'utilizzo della società, alla nomina pubblica delle cariche sociali, all'ingerenza del socio pubblico nella gestione della società (pensate appunto all'ingerenza necessaria e attuata per integrare il controllo analogo) nonché all'erogazione da parte degli enti pubblici di risorse finanziarie pubbliche. Sussistendo questi presupposti sostanziali o di necessità, secondo alcune interpretazioni dottrinali ma anche secondo alcune pronunce di merito, si è ritenuto (nonché deciso) non applicabile in diritto fallimentare e quindi non è stato dichiarato il fallimento di società a partecipazioni pubbliche nonostante versassero in stato di

insolvenza. Come detto questa non applicazione rappresenta un falso favor. Perché un falso favor? Perché si guarda solo una parte della problematica, perché in realtà le società a partecipazione pubblica entrano e operano nel mercato e, come è stato evidenziato prima, hanno anche rapporti con terzi, quindi hanno rapporti con fornitori e con tutti gli altri operatori del mercato. Al tempo stesso dobbiamo considerare che la disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali non dev'essere ritenuta solo negativa. In realtà il diritto fallimentare disciplina che cosa? Una fase eventuale dell'attività di impresa. Noi stiamo parlando di attività a rischio. L'attività d'impresa è caratterizzata dal rischio d'impresa. Il rischio d'impresa può determinare anche l'insolvenza della società. La disciplina concorsuale mira a gestire questa fase astrattamente fisiologica dell'attività di impresa, dando dei vantaggi anche al soggetto in crisi, poi che questi vantaggi nella prassi siano stati abusati, mi riferisco ad esempio a concordati in bianco e a tutti gli abusi che ci sono stati di questo strumento. Il favor quindi non è l'esenzione, anche perché poi i creditori della società agiranno ugualmente per la tutela dei propri diritti. L'esenzione incide senz'altro sul principio di affidamento di questi creditori; perché nel momento in cui hanno sottoscritto il contratto con questa società vi potrebbero essere delle incertezze in merito alla gestione di questo contratto in fase di crisi e in fase di insolvenza. Tra le altre argomentazioni che possono contrastare l'interpretazione volta a esonerare queste società dal fallimento vi è quella derivante dal disposto della norma di chiusura, a cui ha fatto riferimento il professor Ibbà, e cioè l'applicazione della disciplina di diritto comune laddove non vi siano delle esenzioni. L'art. 2221 fa riferimento solo all'esenzione da parte degli enti pubblici. Un'altra disciplina alla quale possiamo far riferimento è quella che fissa una specifica riserva di legge per quanto riguarda la costituzione di un nuovo ente pubblico. Non è quindi attraverso l'attività interpretativa che può riqualificare un determinato soggetto privato iscritto nel registro delle imprese in ente pubblico. Per quanto riguarda le argomentazioni poste alla base della ricostruzione funzionale e cioè della necessità della società che svolge una determinata attività che non potrà essere interrotta. Innanzitutto occorre precisare che la necessità dovrebbe essere riferita non tanto alla società ma all'attività da questa svolta; ma l'attività svolta dalla società è svolta da una società pubblica per una scelta che dovrebbe essere motivata dall'ente pubblico e in ogni caso la stessa attività potrebbe essere svolta tranquillamente anche da un privato attraverso un'esternalizzazione totale o parziale, e quindi una società interamente privata o una società a partecipazione mista. Da ciò discende che se la tutela ipotizzata con l'esenzione dalla disciplina fallimentare ha di mira l'interesse dato da quella determinata attività meriterebbe la stessa tutela anche il soggetto privato che svolge quella determinata attività considerata necessaria. Anche qui non si tiene conto della disciplina che non si vuole applicare. La disciplina fallimentare prevede tutta una serie di meccanismi per consentire la non interruzione dell'attività quali, per esempio, l'esercizio provvisorio dell'attività di impresa. Perché non applicare questa disciplina relativa? Non mi fermo su altre argomentazioni per quanto riguarda appunto la sostanza pubblicistica che viene superata nel momento in cui la società viene iscritta nel registro delle imprese. Vi è appunto una presunzione di imprenditorialità dell'attività sociale, di commercialità della società e di conseguenza una soggezione al fallimento. Per quanto riguarda l'esonero dal fallimento, l'ultima novità in termini interpretativi è rappresentata dall'ipotizzare l'esclusione delle società pubbliche

anche in relazione alle modalità attraverso le quali sono gestiti i servizi. Nello specifico quindi le società in house sono state considerate in una sentenza delle Sezioni Unite come un'alterità soggettiva dell'ente pubblico socio e quindi si immedesimano con l'ente pubblico socio e questo determina la sua natura pubblicistica e la sua esenzione dal fallimento. Anche qui, prendendo in prestito alcune cose scritte dal professor Ibbas, si può osservare come non si tengano in dovuta considerazione alcuni aspetti quali il fatto che il controllo analogo e l'affidamento in house potrebbe essere modificato nel corso del tempo e quindi si avrebbe una società che astrattamente potrebbe essere fallibile o non fallibile in relazione al momento in cui è nata l'obbligazione o si è verificata l'insolvenza. Ciò determinerebbe ulteriori incertezze. Ecco questo per quanto riguarda l'aspetto del presupposto soggettivo del fallimento, aspetto sul quale si sono concentrate la maggior parte delle interpretazioni: falliscono o non falliscono le società a partecipazione pubblica? Diversamente poca attenzione si è stata posta sulle conseguenze derivanti dalla fallibilità di tali società. In proposito si dovranno considerare i presupposti per il fallimento ma soprattutto, cosa che piano piano sta emergendo nella pratica, valutare quali siano le conseguenze di questo fallimento e le responsabilità derivanti dallo stesso. È pacifico che in ogni caso, qualora si ritenga che le società pubbliche possono essere dichiarate fallite, che il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento è sempre rappresentato dall'insolvenza. Per quanto riguarda l'insolvenza non è fatta alcuna distinzione tra società a partecipazione pubblica e società a partecipazione privata ma neanche una diversa gradazione all'interno delle società a partecipazione pubblica. La società se insolvente è dichiarata fallita. Una differenza invece ci potrebbe essere in relazione ai presupposti che hanno determinato l'insolvenza e agli strumenti che si possono utilizzare per gestire la fase di pre-insolvenza e la fase pre-crisi. Le vere difficoltà e i veri rischi sono dati da quest'ultima fase. Ciò in quanto, cioè in quanto gli amministratori delle società a partecipazione pubblica non sono liberi nella gestione, sono in un certo qual modo condizionati dal socio pubblico. Mi permetto di dire che molte volte il condizionamento deriva anche da poca professionalità degli amministratori che vengono nominati; poca professionalità a volte data anche dalla limitazione dei compensi. Lasciamo perdere le società delle città metropolitane e consideriamo alcune società della "provincia" (non sappiamo neanche quante sono le società pubbliche in essere, si parla di un numero variabile tra 8 e 10 mila), nelle quali molte volte abbiamo degli amministratori che a mala pena sanno che cosa sia una società. Giusto per richiamare un aneddoto di carattere professionale: mi ero trovato in un'assemblea dove il socio di maggioranza, anzi il socio che aveva il 99% del capitale sociale, non era intervenuto e il presidente del consiglio di amministrazione aveva detto al notaio "bene andiamo avanti, facciamo l'assemblea ugualmente anche se non interviene il socio". Ecco questo giusto per rendersi conto che a volte nella realtà provinciale la professionalità degli amministratori lascia un po' a desiderare. In ogni caso, però, sussistono anche in "provincia" i problemi e la necessità di tutela del patrimonio e del denaro pubblico. Il riferito limite allo svolgimento dell'attività, dato anche da esigenze politiche, può manifestarsi in più modi. Pensate, per esempio, alle società che gestiscono il servizio idrico: solitamente sono le società che hanno una scarsa propensione a recuperare i propri crediti. Perché? Perché magari vi è una coincidenza tra i debitori e gli elettori. Faccio riferimento a una dichiarazione di fallimento di una di queste società su istanza

del pubblico ministero che aveva evidenziato che una delle cause dell'insolvenza derivava dall'elevato tasso di morosità rappresentato dal mancato pagamento protratto da anni di oltre quarantamila utenze. In una società a partecipazione privata gli amministratori vanno a recuperare i propri crediti; in una società a partecipazione pubblica tengono conto anche di indirizzi e di scelte del socio che li ha nominati o di chi amministrata tale socio pro-tempore. L'esempio fatto si riferisce alla dichiarazione di fallimento di una società nella quale, per diversi anni e per 40000 utenze, non è stato richiesto l'adempimento di una prestazione contrattuale (cioè il pagamento del servizio erogato). Quindi abbiamo delle limitazioni all'operabilità di questa società sia legale che "ambientali". Da qui la domanda: in una fase pre-crisi gli amministratori cosa fanno? In linea generale gli amministratori dovrebbero essere "liberi" di poter gestire, anche da un punto di vista aziendalistico, la società, valutare quale, per esempio nell'ambito dell'attività sociale, è il ramo di attività che magari sta andando male e che sta determinando l'insolvenza; valutare per esempio l'espansione in altri mercati. Ecco tutto questo nelle società in questione non è possibile. La gran parte dei beni delle società pubbliche, soprattutto i rami d'azienda non sono alienabili o non possono essere chiusi. Vi sono limiti al finanziamento: faccio riferimento a una disposizione normativa, l'art. 19 decreto 78 del 2010, che va a vietare alle amministrazioni pubbliche di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture credito o rilasciare garanzie e quindi finanziare le società che fino al 2010 erano state finanziate. Ecco tutte queste situazioni creano senz'altro delle difficoltà nella gestione, per gli amministratori e per gli organi di controllo, di una eventuale crisi che, badate bene, non può a priori essere esclusa, perché stiamo sempre parlando di un'attività d'impresa. Non è possibile infatti stabilire legislativamente che le società a partecipazione pubblica non andranno mai in crisi, non saranno mai insolventi. Non dimentichiamo che svolgono un'attività economica e di conseguenza possono anche incorrere in un'insolvenza. Vi sono poi delle problematiche anche di carattere operativo: la dichiarazione di fallimento. Gli amministratori delle società sono obbligati, nel momento in cui ci si trova in una situazione di insolvenza, a chiedere l'auto fallimento. Se non lo fanno possono essere soggetti a un reato di bancarotta semplice, per aver aggravato la crisi. Gli amministratori delle società a partecipatone pubblica o meglio quegli amministratori delle società a partecipazione pubblica che dovrebbero conoscere ma che spesso non conoscono queste disposizioni, molte volte si pongono e hanno dei problemi operativi: cioè chiedere il fallimento di una società a partecipazione pubblica. Da un punto di vista strutturale possiamo dire che la competenza -anche se non è intervenuta sullo specifico né la riforma societaria né quella del diritto fallimentare- è degli amministratori senza che in proposito sia necessario un preventivo passaggio in assemblea per essere autorizzati. È evidente che vista la delicatezza del caso, il fallimento di una società pubblica, sarebbe opportuno per gli amministratori informare i soci, e qui potrebbe emergere ed essere rilevante il problema della responsabilità erariale in campo ai soci. E' evidente che se l'assemblea dei soci nega l'autorizzazione -che poi di autorizzazione non si tratta in quanto si tratterebbe solo di una presa di atto dello stato di insolvenza- gli amministratori non possono stare inerti ritenendo di essere esenti da responsabilità basandosi sulla (non) decisione del socio pubblico. Gli amministratori sono obbligati a presentare la richiesta di fallimento della società e se non lo fanno lo dovrebbero fare i sindaci. Questi non potendo presentare direttamente

l'istanza, perché questo ancora non è possibile ma forse de iure condendo potrebbe essere possibile, dovrebbero presentare una denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c., di ciò verrà informato il pubblico ministero che potrà presentare, ai sensi dell'art. 7 della legge fallimentare, la richiesta per la dichiarazione di fallimento qualora ritenga che sussista l'insolvenza denunciata dai sindaci. Questi vincoli alla gestione pre-crisi da parte degli amministratori delle società pubbliche pongono dei problemi anche nella gestione a crisi in essere, a dichiarazione di fallimento avvenuta. Il curatore di una società a partecipazione pubblica dichiarata fallita infatti incontra più o meno gli stessi limiti dispositivi degli amministratori. Incontra il limite della indisponibilità del patrimonio, l'indisponibilità della concessione, per certi versi dell'appalto, e qui si pongono tutta una serie di problemi perché, innanzitutto bisogna fare una distinzione tra l'attività esercitata in regime di concessione e l'attività esercitata a seguito di un appalto. In un caso non si applica il codice degli appalti e quindi neanche le disposizioni di carattere fallimentare previste nel codice dell'appalto, nell'altro caso si applica il codice degli appalti. Però anche qui il curatore avrà l'indisponibilità nel gestire secondo le norme ordinarie gli asset aziendali. Non sarà quindi libero di dismettere ad esempio un determinato ramo d'azienda, di garantire la continuazione dell'attività. Questo si è verificato e si sta verificando a seguito del fallimento di alcune società che gestivano degli aeroporti. In tali casi sono stati posti rilevanti problemi per quanto riguarda le autorizzazioni all'esercizio. Visto che il tempo a mia disposizione sta finendo, volevo evidenziare che tutte queste difficoltà nella gestione pre-crisi e post-crisi hanno delle conseguenze anche in termini di responsabilità degli amministratori. Perché hanno delle conseguenze in termini di responsabilità degli amministratori? Perché da un lato si potrebbe essere tentati dal ritenere che in realtà gli amministratori di società pubbliche per via di tutti questi vincoli sono quasi esenti da responsabilità. Si potrebbero giustificare sostenendo che alcune scelte non potevano essere adottate per via dell'ingerenza del socio strumentale al controllo analogo "scaricando" sul socio le responsabilità delle scelte e delle non scelte. Questo è un discorso che secondo me non ha una ragion d'essere, perché piaccia o non piaccia quando uno accetta la carica di amministratore di una società deve sapere anche qual è la disciplina a cui è soggetta tale società, quindi deve sapere in anticipo che quella determinata società ha dei vincoli nella gestione, ha dei vincoli nel finanziamento e non è una società ordinaria, ordinaria in termini di libertà: non ha la stessa libertà. Quella limitazione di libertà non ha però una funzione di attenuazione della responsabilità, anzi potrebbe avere una funzione di accentuazione della responsabilità perché anticipa quella che in realtà potrebbe essere definita la dead line di attivazione, e quindi gli amministratori di società pubblica si dovrebbero attivare ancora prima della gestione della crisi perché devono essere consapevoli: (i) che la stessa non potrà essere ricapitalizzata se non in determinate condizioni, (ii) che non possono operare liberamente sul mercato, (iii) che non possono disporre liberamente degli asset aziendali, (iv) che non possono farsi scudo delle direttive date nell'ambito del controllo analogo che, tra l'altro, per il socio possono creare ulteriori ipotesi di responsabilità perché in pratica si certifica l'attività di direzione e coordinamento per finalità non imprenditoriali. Quindi il curatore fallimentare potrebbe agire anche nei confronti del socio pubblico perché ha tardato la presentazione della domanda di fallimento, ed è qui che eventualmente si potrebbe porre un ulteriore problema di responsabilità del socio pubblico. Voi pensate come nei regolamenti per il controllo

analogo queste cose vengono certificate. Si certifica l'esercizio del controllo analogo, esercizio dell'attività di direzione e coordinamento attraverso delle direttive che non hanno oggettivamente delle ragioni imprenditoriali e di conseguenza ci sarà l'imputazione della responsabilità. E questo pone l'ulteriore problema: cioè la professionalità degli amministratori delle società che vanno a gestire delle società (a partecipazione pubblica) che per scelta del legislatore, anche un po' per ragioni populiste, hanno dei compensi limitati che non determinano certamente delle limitazioni di responsabilità. Vi sono state delle disposizioni normative, ora superate, che imponevano la scelta degli amministratori delle società partecipate tra i dipendenti dell'ente pubblico socio, gratuitamente e naturalmente senza alcuna limitazione di responsabilità. Quindi praticamente noi avevamo un soggetto che contemporaneamente era amministratore e dipendente, probabilmente non lavorava né come dipendente né come amministratore. Sicuramente come amministratore era responsabile civilmente per l'attività svolta. Quanto detto dovrebbe essere la dimostrazione di come la non applicazione della disciplina privatistica in realtà non è un favor ma crea e potrebbe creare dei maggiori danni agli amministratori, alle società e agli stessi enti.

Grazie.

Carlo Ibba

Professore ordinario di diritto commerciale - Università degli studi di Sassari

Grazie a Ivan Demuro. Prima di passare la parola al professor Terracciano, solo una precisazione sul passaggio dell'intervento precedente in cui il professor Demuro, a proposito dell'esenzione dal fallimento, ha citato una pronuncia della Cassazione riferita alle società in house. Due parole solo per precisare: quella è la sentenza, che molti conoscono, del novembre 2013, che ha sì fatto eccezione per quel ciò riguarda le società in house, non però a proposito del fallimento ma a proposito del problema del riparto di giurisdizione.

Certo l'argomentazione utilizzata dalla sentenza, secondo cui le società in house sarebbero un patrimonio separato all'interno dell'ente pubblico e non una persona giuridica da esso distinta (argomentazione che non stento a definire assurda), è stata ripresa da due o tre tribunali per dire: "ma allora non falliscono". In realtà, però, nella motivazione della pronuncia della Cassazione c'è un passaggio in cui si dice che la costruzione della mancanza di alterità soggettiva fra socio pubblico e società in house viene svolta limitatamente al problema del riparto di giurisdizione e senza che sia necessariamente estensibile ad altri profili; tanto che successivamente diversi tribunali hanno concluso che ai fini del fallimento la persona giuridica distinta c'è e può essere dichiarata fallita.

Detto questo, dopo aver sentito due interventi della dottrina sarda oltre che privatistica, passiamo alla dottrina... del continente.

Gennaro Terracciano

Professore ordinario diritto amministrativo – Università degli studi di Roma “Foro Italico”

È chiaro che ci troviamo a confrontarci su un tema che è indubbiamente spinoso, e quindi anch'io dal mio punto di vista, dal punto di vista del pubblicista – quindi con tutte le deviazioni che questo comporta: naturalmente ognuno di noi ha un portato che difficilmente poi riesce a essere scrollato anche in queste occasioni. Si tratta di argomenti particolarmente complessi e mi associo alle due introduzioni quando si è subito detto che ovviamente ci troviamo a discutere di questi argomenti in molteplici posti, in molteplici riunioni, davanti alle aule della Corte dei conti ma poi anche davanti a quelle del giudice fallimentare, e poi magari ci ritroviamo in convegni e così via a parlare di questi argomenti per un solo motivo: perché non c'è chiarezza normativa, punto! Possiamo essere d'accordo almeno su questo aspetto, cioè ci lamentiamo cioè del nostro legislatore, anzi meglio, dei nostri legislatori al plurale, perché diciamo pure che poi un po' ci si mettono le Regioni, un po' soprattutto, anzi significativamente, in questo campo non ci dimentichiamo che siamo fortemente influenzati dalla disciplina comunitaria, e non solo, ma anche da una fonte di integrazione del diritto comunitario che sono le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea; che si voglia intendere poi il diritto comunitario e queste fonti di integrazione come eteronome o come interne al nostro regolamento, oggi forse possiamo evitare di trattarlo, fatto sta che certamente impegnano il nostro ordinamento rispetto anche di quelle norme, perché sono fonti. Del resto il nostro art. 117 della costituzione, così come riformato nel 2001 e anche nella riforma che è adesso in corso, pacificamente afferma che la nostra legislazione non può che essere ovviamente rispettosa non solo dei principi della carta costituzionale ma anche dei principi e dalle norme derivanti dall'appartenenza all'ordinamento comunitario. Quindi adesso abbiamo un nuovo parametro, e lo sappiamo la corte costituzionale ha avuto già modo di esprimersi sotto questo profilo, abbiamo un nuovo parametro di legittimità delle leggi. Poi ancora una volta, anche qui non ci interessa stabilire se è meglio disapplicare la norma interna per applicare direttamente la norma comunitaria ovvero se è più prudente o, diciamo così – sotto il profilo ordinamentale, corretto fare in modo che sia la corte costituzionale che in qualche modo intervenga anche per ribadire il rispetto della disciplina comunitaria, però fatto sta che in questo settore noi ci troviamo veramente in difficoltà perché come dire, è evidente che le prospettazioni che vengono offerte su questi temi soffrono appunto dell'esperienza e anche delle finalità e quindi soffrono delle strumentalizzazioni che di volta in volta vengono fatte nei ragionamenti in dipendenza appunto delle finalità che si intendono raggiungere; e quindi non è raro che anche nelle decisioni giurisprudenziali della Cassazione, della Corte dei Conti, del Consiglio di Stato, vi possano essere delle contraddizioni palesi; ma perché? Perché in qualche misura si tende per così dire ad affermare dei principi, anche relativi alla giustizia del caso concreto, che poi finiscono per generalizzarsi e diventare incoerenti con altre espressioni di principio magari di altre sentenze. E allora, come dire, molti casi che per altro riguardano propri aspetti di applicazione del diritto privato e del diritto pubblico, chiamiamole in concorrenza, finiscono per ricevere delle decisioni anche fortemente in contraddizione; adesso non riguarda questo ma

a me interessa fare questo esempio proprio perché voglio arrivare a un concetto – per altro non mio ma del mio maestro, il professore Palma – che da qualche tempo proviamo anche in questa materia a propugnare, e cioè cosa sono le università, visto che veniamo dal mondo universitario, in particolare quelle private, mi pare che proprio il caso fosse della Cattolica di Milano, sono certamente soggetti di diritto pubblico, come si afferma normalmente e come peraltro proprio la Cattolica ha nello statuto ma tuttavia noi abbiamo la cassazione da un lato, un'affermazione della corte dei conti dall'altro che affermano appunto questa pubblicità, ma poi abbiamo il tar del Lazio e il consiglio di stato che affermano esattamente il contrario, che sono soggetti privati, ci domanderemo “ma perché?”, ma perché queste affermazioni sono poi strumentali alla decisione del caso concreto; allora se dobbiamo decidere qual è il regime dei professori, non c'è dubbio che è un regime pubblicistico anche nelle università cosiddette non statali, chiamiamole in questo modo così ci intendiamo, e quindi il rapporto di lavoro è pubblicistico, allo stesso tempo se si tratta di capire però se si applica la disciplina sulla 190 e cioè quella dell'Anac, allora le cose cambiano perché lì bisogna essere enti pubblici nel senso proprio, e tutto sommato non è sufficiente che questi soggetti siano soggetti di diritto pubblico, devono ergersi a ente pubblico, scopriamo che il concetto di ente pubblico è diverso da quello di soggetto di diritto pubblico, per la verità noi pubblicisti lo sapevamo però a volte è difficile spiegarlo fino in fondo perché oggettivamente queste sfumature divengono rilevanti in alcuni contesti, non rilevanti in un altro. Perché tutte queste premesse, perché a dirla tutta, io non sono del tutto convinto che questa materia possa avere delle soluzioni certe; ecco io ammiro molto coloro che hanno soluzioni certe, che siano di parte. Io vorrei essere di parte, cioè vorrei dire “sì”, “no”, si applica solo il diritto privato, si applica solo il diritto pubblico... non ci riesco. Non ci riesco perché? Prima di tutto perché ho difficoltà a capire quali sono i confini del diritto privato e quali sono i confini del diritto pubblico; per la verità noi abbiamo, nel nostro essere giuristi, una caratteristica, abbiamo un sistema di diritto privato che ci proviene dalla codicistica che ovviamente ci influenza fortemente. Abbiamo un sistema che naturalmente, per quanto datato per quanto ritoccato ecc. ecc., comunque rappresenta un punto fermo ordinamentale, tutto il resto sembra che debba essere o a integrazione o a deroga; il sistema di diritto pubblico non funziona così: è poco sistematico; le codificazioni nel diritto pubblico, o del diritto pubblico, nella sostanza non esistono, o comunque ne abbiamo poche; abbiamo dei testi unici che però poi alla fine finiscono nel tempo per non essere più testi unici perché sono saccheggiate, comunque sono in qualche modo superate da norme specifiche, magari di finanziaria qua e là... Abbiamo qualche codice processuale, quello per esempio utilissimo – finalmente – della giustizia amministrativa, purtroppo non abbiamo quello innanzi alla giurisdizione della corte dei conti. Però a ben vedere abbiamo una serie di testi unici e di norme di principio che tuttavia non ci consegnano un sistema di diritto pubblico impermeabile al diritto privato; ma questa non è solo l'impressione, è proprio una constatazione nell'analisi giuridica. Mentre, invece, potenzialmente o quantomeno nelle idee probabilmente codicistiche, il sistema di diritto privato non dico che fosse o doveva essere un sistema chiuso, ma certamente si ritiene impermeabile rispetto a qualunque eterointegrazione che non sia espressa derogativa perché rovina il sistema. Adesso questa impostazione a me personalmente non piace, perché ho l'impressione che l'esistenza di plurime fonti normative soprattutto anche non nazionali come dicevamo,

ci consegna una realtà ordinamentale che per la verità non riesce a essere ristretta in una divisione così netta, io ho l'impressione che in moltissimi campi dell'attività umana e quindi anche dell'attività delle amministrazioni pubbliche, o comunque dei soggetti giuridici, c'è una compenetrazione tra il diritto pubblico e il diritto privato che difficilmente consente di poter definire la natura di alcuni soggetti, anzi a dirla tutta talvolta mi domando quale sia il motivo per cui vi è una continua e parossistica ricerca della natura dei soggetti. Noi nel diritto pubblico spesso facciamo proprio l'esempio degli enti pubblici: dicendo che l'ente pubblico non esiste in realtà, perché abbiamo una serie di soggetti talmente variegati che hanno delle discipline a volte per tipi, ma per tipi particolari, che non consentono la costruzione di un concetto unitario di ente pubblico; forse, a volte il legislatore ci ha provato, riusciamo a stento a capire che cos'è un'amministrazione pubblica; abbiamo bisogno a volte del nostro legislatore che ci dice di volta in volta, quando c'è un corpo normativo complesso, cosa vuole intendere in quel contesto come amministrazione pubblica. Adesso forse la classificazione Istat ci può aiutare un poco, ma è certo che in quella classificazione ci sono anche non amministrazioni pubbliche, per esempio, perché quella finalità è diversa; quindi ogni volta dobbiamo, anche nelle classificazioni, andare a comprendere la terminologia utilizzata e le nozioni che sono alla base, magari implicite – le definizioni – a cosa servono naturalmente, perché altrimenti finiremmo per generalizzare ciò che non può essere per sua natura generalizzato; allora io in tutta sincerità dico che mentre non ho alcun dubbio nel dire che lo schema societario è quello del codice civile, ma che dubbio c'è?, per la verità non era neanche necessaria la norma che è stata citata: art. 4 comma 16 quarto periodo del decreto legge 95 del 2012, non era necessaria perché nessuno di noi dubita che esista una disciplina unitaria, per sua natura, con le clausole di chiusura anche definite, chiusa sostanzialmente, riguardante appunto le società, le società di capitale in particolare. Però vedete, anche qua, come al solito, a volte andiamo alla ricerca di qualche peculiarità che ci consenta di allontanarci da questo. Io ho l'impressione che la vicenda, anche dogmatica delle società pubbliche, assomigli molto alla vicenda dogmatica dei contratti pubblici, dove siamo alla continua ricerca di uno schema contrattuale che ci consenta di identificare una causa tipica diversa, come dire, una schematizzazione appunto diversa da quella degli art. 1321 e seguenti del codice civile... non ci siamo riusciti. Di volta in volta lo abbiamo chiamato contratto di diritto pubblico o semplicemente contratto pubblico o contratto a evidenza pubblica; abbiamo detto che sono speciali poi abbiamo detto che non sono tanto speciali perché in realtà sono deroghe, poi abbiamo detto ma non sono proprio deroghe, sono norme che integrano; ma integrano o si sostituiscono? e questa vicenda sta andando avanti da centinaia di anni; forse ci accorgiamo che il vero contratto pubblico ovvero l'accordo pubblicistico veramente differenziato dall'art. 1321 forse sono gli accordi procedurali o quelli sostitutivi alla legge 241, perché lì effettivamente c'è qualcosa che non è possibile negoziare nell'ambito del 1321: la discrezionalità amministrativa: è sufficiente per dire che c'è un tipo contrattuale che è diverso come dire dai tipi o dai non tipi previsti dal codice civile? Forse no. Però noi ci intendiamo. Che cosa intendiamo dire? Che al di là di quella schematizzazione, al di là del fatto che poi il codice civile e le norme civilistiche finiscono per influenzare fortemente l'attività dell'amministrazione, ovviamente, stiamo però dicendo anche che c'è un ordinamento pubblicistico che pretende di orientare la disciplina anche privatistica e

funzionalizzarla a quello che è il benessere sociale. Adesso non sta a me richiamare chiaramente l'art. 41, 42 della Costituzione e così via... ma insomma noi abbiamo un ordinamento che è funzionalizzato, non abbiamo un ordinamento puramente mercantile, abbiamo un ordinamento che pretende che, in qualche misura, anche le norme di relazione, quelle che regolano i rapporti tra i consociati, siano funzionalizzate al benessere collettivo. Poi magari ne abbiamo alcune che sono più fortemente spinte verso l'interesse pubblico, altre che invece proteggono in particolare l'interesse privato, quello cosiddetto egoistico che non lo può mai essere fino in fondo se non altro perché esiste una disciplina sugli atti emulativi e così via. Premessa lunga forse, però mi serve per dire che sono assolutamente d'accordo che non esiste la società pubblica, così come non esiste il contratto pubblico, non esiste un tipo di società pubblica che possa in qualche modo differenziarsi fortemente da quella che è la disciplina codicistica. Quindi non esito a dire che quanto affermato da ultimo appunto dalla disciplina del 2012 non mi trova particolarmente perplesso, no le disposizioni, lo rileggo perché è importante: le disposizioni al presente articolo alle altre disposizioni anche di carattere speciale in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica, si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito, e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile. Mi riporta alla mente i principi che esistono nell'art. 2 del codice dei contratti; mi riporta i principi di cui all'art. 1 della legge 241 dove si dice: l'attività della pubblica amministrazione è di diritto privato quando non è di diritto pubblico perché sappiamo che la personalità di diritto pubblico comprende in sé o comunque i soggetti di diritto pubblico ma ha anche una capacità di diritto privato. Quindi così come un privato può costituire una società lo può fare un ente pubblico, il problema vero non è questo è perché lo deve fare e a che cosa è funzionalizzato. allora qui io vorrei segnalare una cosa: io non credo che esista un primato del diritto civile o un primato di un diritto pubblico, io ho l'impressione che dobbiamo accettare l'idea dell'integrazione tra i diritti, del resto io ho difficoltà anche a capire che cosa significa norma di diritto pubblico, salvo naturalmente quelle che regolano puramente l'azione delle pubbliche amministrazioni; una norma che introduce tutta la disciplina per esempio della 231 in materia di responsabilità delle persone giuridiche per fatti di reato commessi da dipendenti o sottoposti ecc. ecc., è che in qualche modo finisce per consigliare a volte per obbligare, non la 231 direttamente ma poi le norme applicative, determinate società ad avere un modello organizzativo ecc. ecc., ecco quella norma, naturalmente siamo tutti d'accordo che non incide, non tende a derogare la disciplina delle società, ma quella norma, è una norma di diritto pubblico o di diritto privato? secondo me è una norma di diritto pubblico, e pur tuttavia non riguarda come diritto pubblico perché? perché è una norma che tende non già a regolare l'azione diciamo privatistica sul mercato di quel soggetto, cioè della società di capitale, ma è in realtà una finalità preminentemente pubblicistica, di protezione della collettività da fatti di reato e anche di individuazione di soggetti da sanzionare proprio per la prevenzione dei reati. e la prevenzione dei reati certamente non è un fatto privatistico, ma è esercizio di potere pubblicistico, però io ho difficoltà per esempio a immaginare le norme in qualche modo del codice dei contratti che vanno a integrare, modificare, per la parte contrattualistica intendo dire, la disciplina chiama mila generale del codice civile, che cosa sono, sono norme di diritto pubblico o semplicemente sono norme che dettano regole di diritto privato, sono norme di relazione, tuttavia esistono

in quanto finalizzate a certi interessi. E qui stiamo dicendo la stessa cosa, le società di capitale sono quelle del codice civile, non c'è alcun dubbio. Io non credo che esista un'amministrativista che possa dubitare di questo, quello di cui si dubita è l'eccesso di preminenza della norma privatistica perché si afferma che comunque si debba applicare quella e che quella norma è inderogabile in quanto imperativa. Allora non c'è dubbio, sono norme che sono dichiarate tali perché lo schema tipico, soprattutto per le società per azioni sappiamo che è quello. Quindi se la governante, se l'organo di amministrazione deve funzionare a quel modo, deve funzionare a quel modo; il grado di discrezionalità dell'amministrazione della società è quello che ci dà il codice civile, tuttavia se interviene un'altra norma ci si dice, quell'altra norma ovviamente può dettare delle regole diverse. Ecco io quello che non comprendo fino in fondo è perché quest'altra norma che intervenga e magari interviene per disciplinare proprio una società partecipata, e quindi quella è la ragione, la finalizzazione pubblicistica, debba essere interpretata come deroga – io è questo che non capisco –, e non come regola. Come regola che interviene, peraltro norma di legge, di pari grado successiva, a regolare una fattispecie che è diversa, possiamo dire speciale? Questo non significa che quella società è diventata speciale, significa solo che sono regole dettate da norme e che quindi si applicano come tutte le altre norme, e son pure quelle imperative, anzi, a dirla tutta, le regole del codice civile sono imperative quando sono dichiarate tali ma sono soggette anche a un'autonomia negoziale, le norme pubblicistiche in questa materia son sempre imperative, è chiaro, e anzi si dice che ci sia il fenomeno dell'iniziazione automatica di clausola proprio per questo motivo. Chi dubiterebbe che tutto sommato nell'ambito di diritto privato un imprenditore che intende costituire una società non possa decidere dello stipendio dell'amministratore della sua società. Giusto? E perché invece ciò non può essere fatto nell'ambito delle società partecipate: perché c'è una legge che prevede in modo imperativo che non può essere fatto ma che ci sono delle regole diverse da seguire. Allora qui il problema, perché facevo quell'inciso all'inizio, è stabilire quali sono le norme che consentono di ricostruire non già uno statuto tipo della società di capitale partecipata, bensì di ricostruire un sistema normativo che è integrato tra regole civilistiche e regole pubblicistiche. all'art. 11 e quindi vale anche per l'art. 15, della 241, c'è scritto che per quegli accordi si applicano i principi in materia di obbligazione e contratti del codice civile, oltre ovviamente le regole pubblicistiche, e quindi che vi sia in moltissimi campi dell'attività dell'amministrazione una compresenza necessaria che va resa fruibile tra norme di diritto privato, come le stiamo chiamando, e norme di diritto pubblico benché vi ho spiegato che io questa distinzione qualche volta non riesca a comprenderla fino in fondo, ma di norme comunque, questo diamolo per scontato, il problema è stabilire poi quando il corpo normativo non è completo, non è sistematico, questo è il problema, come si fa a regolare quegli aspetti che non sono regolati in modo espresso, di questo stiamo parlando. E allora che cos'è che non è regolato in modo espresso? Il fallimento di queste società, e qui chiaramente poi ci affanniamo a stabilire se queste società possono o meno fallire, a me è piaciuta poi molto la fase finale dove si dice in realtà non è che si può decidere astrattamente se una società a partecipazione pubblica, in particolare quelle totalmente pubbliche, possa essere oggetto di fallimento oppure no; occorre vedere il caso concreto, perché si possono modificare il tipo della società in house si diceva, e teoricamente può essere dichiarata in house ma si può comportare come una società di mercato, quindi se si

comporta come società di mercato chiaramente può fallire altrimenti no. È chiaro che questa compenetrazione deve consentirci di avere una posizione tanto matura, secondo me, da dover verificare caso per caso senza impaurirci della circostanza che un tribunale di merito fallimentare da una parte dichiara che quella società siccome è concessionaria al trasporto locale non può fallire, e di un'altra società un altro tribunale da un'altra parte d'Italia dice di sì; perché quelle due società ancorché entrambe facciano trasporto pubblico locale probabilmente agivano in modo diverso e quindi in concreto si è verificato in quel contesto, salvo errori, che l'una poteva essere oggetto di fallimento e l'altra no. Perché c'è mancanza di chiarezza sotto questo profilo. Spesso mi trovo a combattere con i notai: io tento di dire guardate se noi dobbiamo costituire una società in house, la società in house ha delle caratteristiche, è stato detto, non voglio ripeterlo le conoscete perfettamente – il controllo analogo ma soprattutto la necessità, per dir la verità tra un po' non l'avremo più la necessità perché sapete che le direttive 23,24 e 25 ci dicono che forse se c'è pure un soggetto privato, purché non conti troppo, queste son le regole sfumate che poi da noi son difficili da applicare, però ad oggi noi sappiamo divieto di circolazione del capitale quindi delle azioni; il notaio quando gli dico che dobbiamo mettere nello statuto che necessariamente non è possibile la cessione, non c'è nessuna possibilità di circolarità delle azioni, dice che è un'aberrazione, si rifiuta di farla; ma lo capisco perché chiaramente è quello lo schema: le azioni nascono per circolare perché dobbiamo poi evitare di farglielo fare. Quando poi però faccio capire che abbiamo delle norme che lo prevedano, non è teoria, è una norma perché c'è una sentenza della corte di giustizia su un caso austriaco che dice che la mera circostanza che nello statuto sia prevista la possibilità di circolazione delle azioni fa in modo che quel soggetto non possa essere considerato come soggetto in house, punto. Quella è una fonte del diritto, anche se a integrazione, per me vale come una norma di legge italiana, quindi non sto derogando sto applicando un regime che è quello proprio di quella tipologia di società. Non mi serve una deroga espressa. Tra l'altro, a dir la verità, anche l'art. 4 che abbiamo citato prima non è che dice che devono essere per forza deroghe espresse, dice per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse: cioè possiamo avere l'ipotesi della deroga espressa, il regime rimane quello civilistico salvo in questo caso, ma possiamo avere anche una norma che dice espressamente qual è il regime particolare di una certa azione, di un certo istituto per quella società, non è una deroga espressa è un regime, normale ordinario, alla stregua degli altri regimi, quelli civilistici, quindi la circostanza della primazia della norma civilistica rispetto alla norma cosiddetta pubblicistica io non la vedo. Ripeto vedo una compenetrazione; questo mi fa dire che secondo me possono esserci statuti nell'ambito dei quali, ne ho fatti tanti e vanno perfettamente se non hanno avuto nessun problema di nessun genere, dove abbiamo messo dentro: uno) questa società non esercita attività industriale commerciale e non ha finalità di lucro – quando dico non ha finalità di lucro i notai impazziscono, eppure ci sono; non può essere oggetto di cessione alla partecipazione perché necessariamente è di quell'ente pubblico e solo di quell'ente pubblico, così come una serie di deroghe sul problema del controllo analogo. Ho sentito, e mi rendo conto, nessuno vuole modificare, derogare, non c'è nessuna norma che deroga a regime previsto per l'amministrazione della società per azione, sono anche propenso a dire che meglio sarebbe nel nostro ordinamento preferire lo schema della responsabilità limitata, tuttavia assistiamo, è

vero, al fatto che invece ci sono società per azioni; bene, ma se una norma, cioè una sentenza della corte di giustizia dell'unione europea, mi dice che il controllo analogo è tale da non consentire alcuna scelta gestionale, queste sono le parole, da parte degli amministratori, dobbiamo scegliere il nostro ordinamento: o non dobbiamo avere società in house, perché contrasta col nostro codice civile, o diciamo che quella è una norma a integrazione del nostro ordinamento e pertanto quando le società sono totalmente pubbliche è possibile che quell'amministratore non abbia alcuna capacità di scelta. Quindi soggiace a quelle direttive. Con tutto ciò che ne discende. Non esiste un'altra possibilità. O noi non abbiamo i soggetti in house o ce l'abbiamo e vale la legislazione che abbiamo: nel nostro ordinamento abbiamo i soggetti in house perché sono disciplinati dal codice dei contratti; e quindi abbiamo le norme di legge che non è che derogano, sono norme di legge che disciplinano le società a partecipazione pubblica, che, pacificamente sono pronto a dire, hanno natura di diritto privato se proprio è necessario dirlo; per me non è necessario dirlo che hanno natura di diritto privato, sono società a partecipazione pubblica, né più né meno. Dopodiché che abbiamo natura di ente pubblico, stiamo parlando delle Poste, stiamo parlando dell'Anas, della Rai, ma ha poco senso perché tanto quelle affermazioni ancora una volta erano meramente funzionali alla finalità che dovevano avere, e quindi tirarla dentro o fuori un certo regime più o meno pubblicistico. Termino perché chiaramente il presidente sa che spesso ci troviamo a discutere del problema della giurisdizione, che non è un problema processuale quello della giurisdizione, vi pregherei di credermi, perché il presidente ha ragione quando dice: qui dobbiamo metterci d'accordo, ancora una volta; nell'incertezza normativa chi è che bada alla responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica. Allora proviamo a capovolgere il problema: ma quale forma di responsabilità si assume l'amministratore? Ma così come pure il dirigente, coloro che lavorano nelle società a partecipazione pubblica, chiaramente con diverse sfumature di responsabilità, perché se è totalmente pubblica sappiamo che è una cosa, se è partecipata in minoranza o in maggioranza... ci sono sfumature diverse; però consentitemi di fare un ragionamento in generale: che responsabilità si assume? Allora certamente quell'amministratore ha tutte le responsabilità proprie del codice civile, non c'è dubbio, e ne risponde; però assume anche quelle proprie di un particolare soggetto giuridico che è destinato, se lo è effettivamente, al perseguimento primario di un interesse pubblico. E c'è una formula organizzativa alternativa che comunque consente l'espressione di un potere, o comunque almeno di una finalità di tipo pubblicistico; quindi è certo anche che si assume responsabilità che vanno oltre quelle di un normale amministratore, di una personalità giuridica che opera puramente come privato sul mercato. Allora noi dovremmo porci innanzitutto questo problema: dovremo prima chiarire chi si assume questa responsabilità, chiarire bene chi si sta assumendo questa responsabilità ben più gravosa di un qualsiasi amministratore delegato di una qualsiasi azienda privata. È sufficiente questo? Non è sufficiente. Dobbiamo anche però dirgli, possibilmente, che il nostro ordinamento deve prevedere una modalità certa, unica, di accertamento delle sue responsabilità. Perché certo, per gli stessi fatti, non può essere oggetto di più accertamenti di responsabilità. Questo è quello che manca. Dal mio punto di vista, sottoscrivo quello che dice il presidente: cioè un fatto è certo: che in questo periodo storico, fino ad oggi, per società a partecipazione pubblica il controllo e il sistema di responsabilità e

sanzionatorio di tipo civilistico non ha funzionato; l'unico che funziona è quella della Corte dei conti. E infatti vogliono scappare dalla Corte dei Conti. Io sono molto pragmatico: non credo sia un problema di pervasività della Corte dei Conti o del diritto pubblico; è semplicemente una fuga, una difesa, punto. Dopodiché però è anche vero che dobbiamo prendere atto di un fatto. Se noi abbiamo una società a partecipazione pubblica che svolge un'attività puramente di mercato è evidente che nulla c'entra un controllo di tipo pubblicistico perché le scelte gestionali che rispondono a momenti, a volte anche molto veloci, di mercato, francamente è difficile che possano essere sindacate da un giudice che professionalmente guarda altre cose. Mentre, invece, la responsabilità di tipo civilistico davanti al giudice civile probabilmente si attaglia meglio. Se invece quella società a partecipazione pubblica non è semplicemente un'impresa pubblica ma è una società che persegue primariamente l'interesse pubblico, quindi sicuramente quelle in house, a volte anche semplicemente quelle totalmente pubbliche ma pure quelle miste laddove per esempio ci siano dei concessionari che per loro natura per altro sono soggetti a quella forma di responsabilità, non c'è dubbio che la soluzione migliore sarebbe quella di portarle tutte sotto la giurisdizione della Corte dei conti. Però qualcuno lo deve decidere, e io ho l'impressione che a breve la decisione l'avremo; ma l'avremo non perché il legislatore ci dirà sono sottoposte a questo o a quell'altro, ma perché nella necessità di efficientare il sistema stanno venendo alla luce, probabilmente a brevissimo, alcune piccole disposizioni che sono in realtà dal mio punto di vista rivoluzionarie e che ci risolverebbero i problemi in temi di fallimento a mio parere e anche di giurisdizione; perché vedete quando si dice che nella misura in cui una società a partecipazione pubblica ha una perdita, la corrispondente perdita dev'essere immediatamente iscritta nel bilancio dell'ente controllante, noi stiamo alla base dicendo che questa società non può mai fallire e stiamo dicendo che immediatamente quella perdita si traduce in pregiudizio di risorse pubbliche. È chiaro che la finalità ancora una volta non era questa per risolvere questi problemi, la finalità è un'altra, quella in qualche modo di comprimere, così come l'altra norma che hanno già scritto, e cioè quella per cui se noi abbiamo un numero di amministratori della società che è maggiore al numero dei dipendenti vanno chiuse e sono migliaia, ma questo la dice lunga sul fenomeno. Noi potremo stare ore a parlare, a volte addirittura si era detto che la società pubblica poteva agire esclusivamente nel territorio dell'amministrazione, vi rendete conto dell'assurdità? Qui davvero poi i nostri amici privatisti hanno ragione. Cioè creo una società pubblica e poi gli pongo i limiti territoriali? Non ha alcun senso. Però da questo non bisogna poi spingersi fino al punto di annullare completamente quella che è una realtà oggettiva, e cioè la finalizzazione dell'attività di questi soggetti, soprattutto quando parliamo di: attività di servizio pubblico, attività di funzione pubblica, o comunque attività non lucrativa destinata al perseguimento di finalità generali, non possiamo non dire che queste finalità finiscono per consentire l'applicazione non di deroghe ma di un ordinamento che si compenetra in quello civilistico e che quindi crea un problema di compatibilità che andrà indubbiamente risolto ma che consente anche una convivenza che astrattamente è possibile, perché in tema di concorrenza non ci dimentichiamo che se noi creiamo regole diverse rischiamo poi di influire negativamente sul mercato, ma noi stiamo dicendo, il nostro punto di vista almeno è questo, che se invece la società

a partecipazione pubblica è una società di mercato deve rispettare totalmente le regole di mercato.

Grazie.

Carlo Ibba

Professore ordinario di diritto commerciale - Università degli studi di Sassari

Devo dire che, pur partendo da una diversa formazione, ho condiviso tutta l'impostazione generale dell'intervento, e quindi, per esempio, il fatto di ritenere perfino stucchevole la ricerca della reale natura – “è un ente pubblico, è un ente privato” – per desumerne la soggezione a tutto il diritto pubblico o a tutto il diritto privato; sicuramente non è questo il modo corretto di ragionare.

Condivido anche il fatto che siamo in presenza di figure societarie rispetto alle quali, certamente, può parlarsi di una compenetrazione fra diritto pubblico e diritto privato, di un'integrazione fra l'uno e l'altro, e via dicendo. Su tutto questo in linea di principio concordo, però sicuramente ci sono dei casi in cui questa compenetrazione non è possibile, perché la regola privatistica dice “bianco” e la regola pubblicistica dice “nero”. In quei casi bisogna scegliere, non si può integrare: o l'una o l'altra. O una società può essere dichiarata fallita o non può essere dichiarata fallita.

Il discorso che ho fatto io, allora, era tutto rivolto a dare una prospettiva di soluzione per i casi in cui bisogna operare questa scelta; non significa che bisogna sempre operare una scelta così drastica e tagliare il nodo con la spada, ci sono casi in cui effettivamente le due discipline possono integrarsi vicendevolmente.

I motivi di dissenso, invece, sono relativi più che altro ad alcune opinioni espresse nella seconda parte dell'intervento, dove è emersa la diversità d'impostazione non tanto tra il continentale e il sardo ma tra l'amministrativista e il commercialista. Intanto la pensiamo diversamente su quell'art. 4 comma 13, sul quale io la penso come la Cassazione. Per me è davvero una norma di chiusura del sistema, che dà cioè un indirizzo all'interpretazione indicando, per così dire, la “direzione interpretativa” da seguire; invece il collega Terracciano la svaluta e la reputa addirittura superflua, e da questa svalutazione derivano poi svariate conseguenze.

Dissentito poi a proposito dell'affermazione secondo cui le società in house non falliscono: io non la penso così, per ragioni che ho provato a spiegare in altre sedi e su cui non posso ora tornare. Dissento anche a proposito dell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria sulle società in house, la quale si limita a stabilire in quali casi una pubblica amministrazione può legittimamente affidare un servizio senza procedere a una gara. E dice che può farlo se affida il servizio a un soggetto che sì, formalmente, è ad essa esterno ma con il quale ha dei legami così stretti, lo controlla in modo analogo ecc., che sostanzialmente diventa una sorta di sua longa manus.

Ma la Corte di Giustizia non dice agli Stati membri: dovete fare in modo, con la vostra legislazione, che l'affidamento in house sia possibile nei confronti di tutti gli enti e, in campo societario, di tutti i tipi societari. L'affidamento in house, a seconda della

disciplina vigente nei singoli Stati membri, potrà essere ben possibile magari rispetto a una fondazione e non rispetto a un consorzio, rispetto a una s.r.l. e non rispetto a una S.p.A., e via dicendo. E ci sono alcuni procedimenti in cui la Corte di Giustizia è stata interrogata su questo (mi riferisco al caso SeTco e al caso EcoNord). E' stato posto, cioè, il quesito su quali siano gli strumenti di diritto interno legittimamente utilizzabili; e le due sentenze, secondo alcuni, se ne sono lavate le mani; in realtà non se ne sono lavate le mani, hanno detto che era un problema di diritto interno.

Quindi, ripeto, non c'è alcuna cogenza, proveniente dal diritto comunitario, in ordine al fatto che per forza lo Stato italiano, o qualunque altro Stato, deve fare in modo che la società per azioni possa essere utilizzata come strumento di un affidamento in house. Il discorso che faccio io allora è questo: nel diritto azionario ci sono norme che non sono imperative sicché sono ammissibili clausole derogatorie (ad esempio, un divieto di circolazione delle azioni è sicuramente ammissibile perché non c'è una norma imperativa contraria). Altre norme però sono imperative e devono essere rispettate, perché niente autorizza a derogarvi.

Sulla giurisdizione contabile avrei tantissime cose da dire ma faccio solo due flash. Sì, è un argomento suggestivo quello di dire "si eccepisce il difetto di giurisdizione per sfuggire alla Corte dei Conti"; è vero, se siamo davanti alla Corte dei Conti è quasi scontato che il convenuto eccepisca il difetto di giurisdizione. Ma ci sono anche i casi inversi: quelli in cui si è trovati davanti al giudice civile e l'avvocato degli amministratori convenuti, ovviamente, ha eccepito pure lì il difetto di giurisdizione: "preferiva" la Corte dei Conti in quel caso, anche perché andare alla Corte dei Conti significa che la responsabilità non è solidale, che la Corte potrà esercitare il potere riduttivo della sanzione, e tante altre cose che non fanno dispiacere a chi è chiamato in giudizio. Insomma: l'avvocato deve difendere il suo cliente ed eccepire il difetto di giurisdizione, soprattutto se non si è messi troppo bene nel merito, conviene sempre, non solo in sede contabile.

Secondo flash, per sottolineare quello che è forse la più grave delle controindicazioni derivanti dalla soggezione alla responsabilità erariale, in caso di danno arrecato al patrimonio della società. Perché qui la Cassazione dal 2009 è ferma nel non ammettere la giurisdizione contabile? Perché se il danno è stato arrecato al patrimonio sociale il risarcimento deve avvenire a favore del patrimonio sociale, cosa che gioverà indirettamente a tutti i soci, pubblici o privati che siano, ed ai creditori sociali. Allora, ciò premesso, in un primo tempo la Corte dei Conti dava per scontato che il reintegro avvenisse a favore dell'Erario; adesso invece si è capito che questo porta a gravissime distorsioni per cui, se si vuole fondare la giurisdizione contabile, si seguono fondamentalmente due strade alternative.

Certe volte si "riqualifica" la società come ente pubblico; ora, queste operazioni di riqualificazione la Cassazione civile, secondo me giustamente, le stronca quasi tutte, eccetto che in presenza di enti di forma societaria ma sottoposti a regimi legislativi di diritto singolare, come accade per tre o quattro enti quali la Rai, l'Enac e pochi altri. Devo ammettere che, se si fa questo (pur sbagliato) discorso, il risultato non è poi così drammatico: se, infatti, si dice che quella società è un ente pubblico, il reintegro avviene a favore dell'ente pubblico-società, ovvero del patrimonio sociale. Ciò avviene al termine di un giudizio che segue regole sia processuali sia sostanziali

molto diverse da quelle del codice civile, e questo ovviamente è un problema; però almeno il destinatario è il patrimonio realmente danneggiato.

Altre volte, invece, soprattutto dopo che le Sezioni Unite nel 2009 la Cassazione hanno stabilito che quando viene leso il patrimonio sociale la giurisdizione è quella ordinaria del giudice civile, si ricorre talvolta a un artificio: con qualche espediente interpretativo, cioè, si qualifica come danno al patrimonio del socio quello che invece è un danno al patrimonio sociale. Nella giurisprudenza si rinvengono svariati esempi; uno riguardava, se ben ricordo, la società che gestiva il Casinò municipale di Campione.

Si lamentava che il direttore generale avesse largheggiato in esborsi ingiustificati, eccessivi o illegittimi; somme, quindi, che venivano distratte dal patrimonio sociale e destinate a chissà chi o a chissà che cosa. Si trattava chiaramente di un danno arrecato al patrimonio sociale, e invece si è ragionato dicendo: se queste somme uscivano dal patrimonio sociale in modo abusivo e illegittimo, vuol dire che poi a fine esercizio potevano distribuirsi meno utili, quindi i soci pubblici hanno subito un danno, ed è un danno che essi subiscono direttamente, con tutto quel che ne discende sul piano della giurisdizione. Il ragionamento è sicuramente errato, perché se il socio percepisce meno utile è perché, in questo caso, è la società che (a causa dell'operato illegittimo dei suoi amministratori o dirigenti) ha prodotto meno utili, quindi il danno del socio è mediato dal danno al patrimonio sociale, tanto è vero che lo subiscono proporzionalmente in eguale misura i soci pubblici e quelli privati. E qual è la conseguenza del ragionamento errato? Che la società ha subito un danno ma il danno viene risarcito nelle casse del socio pubblico; il che vuol dire che gli soci privati resteranno a mani vuote e i creditori sociali troveranno un patrimonio sociale decurtato dal danno.

La stessa cosa è accaduta – mi pare nel 2014 – a proposito di un contratto di sponsorizzazione dei campionati mondiali di atletica leggera juniores (per l'importo di 200.000 euro); si imputava all'amministratore della società partecipata che quello fosse un atto extrasociale o compiuto per finalità extrasociali. Ora, non è detto che fosse così, ma ammettiamo pure che destinare 200.000 euro per quella sponsorizzazione non fosse conforme ai doveri del buon amministratore. Anche qui si tratta di denaro che esce dalle casse sociali per andare dove non dovrebbe andare; e anche qui, se non ricordo male, il ragionamento fatto in sede contabile è che ciò si risolve in una mancata distribuzione degli utili, che causa un danno diretto ai soci pubblici, con le conseguenze già indicate.

Ripeto: in casi del genere non solo l'argomentazione è sbagliata ma la conclusione cui conduce è pericolosissima, perché in presenza di vicende che arrecano un danno al patrimonio sociale porta a "sviare" il reintegro a favore del socio pubblico, il quale percepisce somme che avrebbero dovuto reintegrare il patrimonio sociale e quindi andare a beneficio non solo del socio pubblico ma anche degli eventuali soci privati, e, soprattutto e prima di tutto, avrebbero dovuto concorrere a ripristinare la garanzia per i creditori sociali. Ecco perché la disciplina della responsabilità erariale non è compatibile con la disciplina della responsabilità codicistica e con gli interessi da essa tutelati.

So bene che spesso i soci pubblici (e qualche volta anche quelli privati) in presenza di un comportamento degli amministratori lesivo del patrimonio sociale non esercitano le azioni di responsabilità. Ma, come hanno osservato anche le Sezioni Unite, se il socio pubblico (parliamo ad esempio di una società in house in cui detiene il 100% del capitale, ma anche di una società mista a partecipazione pubblica minoritaria: esiste anche l'azione sociale di minoranza), che ha gli strumenti per esercitare le azioni che il codice civile mette a disposizione per reintegrare il danno, omette di farlo, è perseguibile davanti alla Corte dei Conti, perché non ha correttamente amministrato la partecipazione sociale. Riconosco che non è la stessa cosa, certo è un modo indiretto per giungere alla soluzione del problema, però è un modo che non pregiudica gli altri interessi coinvolti, quelli, ripeto, dei soci di minoranza, se ci sono, e dei creditori sociali, che ci sono sempre.

Gennaro Terracciano

Professore ordinario diritto amministrativo – Università degli studi di Roma “Foro Italico”

Si tratta di argomenti che sono molto belli da trattare dal punto di vista teorico, perché veramente aprono la mente, però poi devono pure richiedere un minimo di pragmaticità. Il problema qual è? La coerenza espressa dal professor Ibba è indubbia ma l'ho detto anch'io, attenzione: o noi abbiamo che in Italia le società per azioni non possono essere in house, ed è possibile, oppure accettiamo l'idea che esistono società per azioni, ce ne sono almeno quaranta, che sono state considerate in house, sia dalla Corte di giustizia sia dalla Commissione europea, pacificamente. Questo è il problema vero. Allora la coerenza dogmatica che noi dobbiamo sostenere a volte si scontra contro l'incoerenza della realtà. Punto. Non esiste soluzione a questo. Dopodiché, secondo aspetto. Io a volte mi sono domandato: ma perché la Corte dei Conti invece di iniziare un'istruttoria nei confronti degli amministratori della società, non la inizia direttamente e subito nei confronti diciamo dei soggetti che in qualche modo hanno la podestà di decidere sotto questo profilo, come di iniziare una attività economica. Guardate non è la stessa cosa. Perché? Perché il danno da cui si parte è un danno al patrimonio della società, e noi abbiamo detto finora che se non c'è danno diretto ma solo indiretto non posso attivare questa forma di responsabilità. Quando vado a verificare la responsabilità di coloro che avrebbero dovuto iniziare l'azione, quella responsabilità è completamente diversa e distaccata dal danno al patrimonio della società, dobbiamo andare a verificare quale potrebbe essere stato il danno al patrimonio dell'ente pubblico, e quanto di questo danno è come dire ricavabile dal mancato esercizio di un'azione di responsabilità che tra l'altro nessuno prevede come obbligatoria, attenzione! Quindi qual è la difficoltà? Uno: la dovevo esercitare o non la dovevo esercitare? Quali sono i parimenti? Due: se l'avessi esercitata quale sarebbe stato il vantaggio al patrimonio? Oppure, ho avuto uno svantaggio se... Capite che è complicatissimo. Ci hanno provato. Per esempio il caso Alitalia in realtà c'era questo; si diceva: guardate io non voglio colpire il danno alla società Alitalia, ma il danno conseguente alla necessità che lo Stato ha dovuto ricapitalizzare Alitalia per fare in modo che non fallisse. Cosa è accaduto là? Ma quindi non ha coperto le perdite, lo so sono sfumature però è importante, quindi può dirsi che la mera attività di decisione di ricapitalizzazione di una società è essa stessa un danno per il socio? No, perché il socio sta proteggendo il suo patrimonio in quel

momento e quindi non è un danno. Cosa ne andiamo a ricavare da tutto questo? Che anche in questo caso non riesco a trovare il danno del socio e difficilmente riesco a trovare come dire come il grimaldello per andare direttamente sul socio o chi ne esprime i poteri, per imputargli il mancato esercizio dell'azione di responsabilità che peraltro è successivo rispetto al danno, e pertanto non ripara il danno. È chiaro cosa voglio dire? Giustamente nell'azione della Corte dei Conti si tende non solo a prevenire ma anche poi a reintegrare quel danno non altra forma di responsabilità. In altri termini sono due forme di responsabilità completamente diverse: una non surroga l'altra, è un'altra cosa, non c'entra nulla. Quindi giustamente si pone il problema: che dobbiamo fare? A chi la diamo questa forma di tutela o controllo della legalità? Al giudice ordinario o al giudice amministrativo-contabile?

Ivan Demuro

Professore aggregato di diritto commerciale – Università Cattolica del Sacro Cuore

Due cose al volo. Una sulle società in house. In realtà la Francia ha una società di diritto speciale per gli affidamenti in house. Quindi è la conferma che è un problema di ordinamento interno e la Francia l'ha sentito talmente tanto che ha previsto una disciplina specifica. Quindi la conferma che laddove non c'è forse non c'è questa ingerenza. Poi mi permetto di dire che in realtà non è che, almeno secondo me, la disciplina civilistica ha fallito perché l'azione di responsabilità non è che è uno strumento previsto da questa disciplina. Il problema è che questo strumento non è utilizzato. Questo mancato utilizzo determina una potenziale responsabilità in capo al socio. In questo momento storico si cominciano ad esercitare le azioni di responsabilità perché le fa questo soggetto estraneo, il curatore fallimentare che, scusate, deve "battere cassa" per pagare i creditori. Ma questo riguarda sia le società privatistiche sia le società a partecipazione pubblica. Nelle società a partecipazione pubblica, secondo me, c'è un obbligo di natura pubblicistica del socio pubblico di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. Ma qui non è un problema di strumenti, è un problema di persone; perché molte volte il sindaco o l'assessore di turno non può metterci più il parente ma ci ha messo diciamo l'ex sindaco o il politico non eletto e così via.

Filippo Barbagallo

Dirigente Area Società Controllate ed enti Pubblici presso Assessorato Politiche del Bilancio, Patrimonio e Demanio della Regione Lazio

Buonasera. Mi tocca il compito più difficile, in quanto dopo la giurisprudenza, dopo la dottrina privatistica, dopo la dottrina pubblicistica arriva il tecnico che purtroppo si trova a dover applicare le norme, che utilizzando le parole del prof. Ibba, sono norme pensate male, scritte peggio e mal coordinate. proverò ad esporre il punto di vista del tecnico, che è quello di colui che deve applicare le norme, che si inseriscono nel tessuto privatistico e a cui noi tecnici attingiamo a piene mani; la norma speciale che

si inserisce nel codice civile, cito fra tutte l'art. 6, comma 19, del D.L. n. 78/2010: su tale norma la Corte dei Conti ha chiarito sostanzialmente che mentre il socio privato ricapitalizza in quanto azionista una pubblica amministrazione, la quale amministra le risorse della collettività, prima di ricapitalizzare o meno una società partecipata, scelta discrezionale, deve adottare tutte le cautele del caso, dovute dal fatto, appunto, che gestisce denaro pubblico. Quindi, non è vero che vi è la primazia del codice civile, non è vero che vi è la primazia del diritto pubblicistico, purtroppo le norme, per come si stanno intersecando nel contesto legislativo, che ormai è avviato dal 2010, pongono il tecnico di fronte a una scelta che non è sempre facile né agevole proprio a causa del fatto che l'art. 6, comma 19, è un articolo che ha demarcato la differenza tra ricapitalizzare una società pubblica piuttosto che ricapitalizzare una società privata. La norma dispone che "al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società di cui al primo periodo a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei Conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma".

La suddetta norma vieta sostanzialmente qualsiasi trasferimento, qualsiasi ricapitalizzazione di società che siano per tre esercizi consecutivi in perdita. Ora letta così sembra che basti vedere quali siano quelle con esercizi in perdita, anzi no, vediamo prima quali sono gli esercizi: sono gli ultimi tre? O sono tre durante il corso della vita... e già la Corte ci aiuta dicendoci che sono gli ultimi tre, perché si deve avere il dato più aderente. Poi però sottolinea la Corte: attenzione, anche se hai all'interno dei tre esercizi un esercizio in utile, non basta per evitare l'applicazione della norma; occorre comprendere se vi sia una perdita strutturale; dopo devi capire quali sono state le cause che hanno generato la perdita; ma non basta ancora: devi capire se ricapitalizzando la società essa potrà tornare ad agire con efficienza, efficacia ed economicità. Quindi le valutazioni del tecnico, del dirigente o del funzionario che si occupa delle società pubbliche non sono agevoli. Vorrei segnalare un'altra questione: le società partecipate a maggioranza, diretta e indiretta, dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, a decorrere dall'esercizio 2014, concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza (articolo 1, comma 553, della legge n. 147/2013 - cd. Legge di stabilità 2014).

E questo è un aspetto di estrema rilevanza: la legge di stabilità 2014 non dice che le società devono conseguire elevati utili. Chiaramente la prima cosa che mi viene in mente sono le teorie del prof. Paolo Emilio Cassandro che, nel noto testo del 1966 (“Le gestioni erogatrici pubbliche”) erogatrici pubbliche già si era accorto di un’inversione (io sono un’aziendalista) del ciclo produttivo delle società pubbliche. Cosa voglio dire: le società private sostengono i costi per poi conseguire i ricavi e quindi avere la remunerazione del capitale investito; le società pubbliche hanno un ciclo produttivo inverso: perché prima hanno i ricavi, i trasferimenti da parte dell’ente sovraordinato, per poi conseguire le finalità istituzionali. E come conseguono queste finalità? Sostenendo i costi amministrativi, sostenendo i costi della struttura, sostenendo i costi per servizi, ammortizzando i beni a fecondità ripetuta, quindi attraverso l’inversione del ciclo produttivo. Al riguardo, viene in mente la delibera della Corte dei Conti – sezione di controllo sugli enti, n. 83/2010 (Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione della SOCIETÀ GENERALE D'INFORMATICA (SOGEI) S.p.A. relativa gli esercizi 2008 e 2009) su SOGEI S.p.A. – che è una Società in house del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Nella suddetta delibera, la magistratura contabile ha evidenziato che “per una società come SOGEI, interamente partecipata dallo Stato ed i cui ricavi derivano per oltre il 95% da attività svolte in favore dell’Amministrazione finanziaria, obiettivo della gestione non può essere la massimizzazione dell’utile, quale criterio prevalente per una valutazione positiva della conduzione societaria”, segnalando come, invece, sia necessario mirare ad un risultato equilibrato, tale da assicurare risorse sufficienti per realizzare gli investimenti necessari, senza ricorrere ad onerosi indebitamenti, ma che, al contempo, consenta di retrocedere al cliente-azionista i vantaggi derivanti da una gestione che deve perseguire il continuo miglioramento dell’efficienza.

La medesima questione è valevole, in un altro contesto e cioè con riferimento a un’altra società che aveva massimizzato il profitto da una alienazione di una quota di partecipazione. La Corte dei Conti ha evidenziato che lo scopo di una società pubblica non è quello di massimizzare il profitto, ma semmai quello di massimizzare il rispetto della legge, la quale impone di eseguire una procedura di evidenza pubblica nelle alienazioni di quote societarie. Questi pochi esempi per farvi capire che non è semplice il punto di vista del tecnico nella gestione o nel controllo o nella salvaguardia del valore della quota di una società pubblica. Perché gli aspetti da considerare sono veramente tanti e sono veramente a volte anche mal coordinati.

Io sto rappresentando i problemi che noi abbiamo nel gestire le società. Chiaramente noi come Regione Lazio tendiamo, seguendo chiaramente le politiche del Governatore, a mantenere società soltanto dove siamo soci totalitari, questo è lo scopo che attuiamo anche nel processo di razionalizzazione delle società quotate e delle società partecipate.

Il bilancio consolidato, altro elemento su cui vorrei far riflettere. Le società private, per consolidare una società basta che facciano riferimento al solo articolo 2359 del codice civile. Se la società privata ha il 50% più uno dei voti in assemblea in un’altra società allora la consolida, se una società ha un’influenza dominante la consolida... il bilancio consolidato che adesso è un obbligo ai sensi del decreto legislativo n. 118/2011, prevede che il socio pubblico non deve solamente consolidare i soggetti

che rispondono a un controllo privatistico, ma deve anche consolidare i soggetti che rispondono a un controllo pubblicistico. Quindi occorre vedere, ad esempio, se la pubblica amministrazione: ha il potere assegnato da legge, statuto o convenzione, di nominare o rimuovere la maggioranza dei componenti degli organi decisionali, competenti a definire le scelte strategiche e le politiche di settore, nonché a decidere in ordine all'indirizzo, alla pianificazione ed alla programmazione dell'attività di un ente o di un'azienda, oppure se ha l'obbligo di ripianare i disavanzi nei casi consentiti dalla legge, per percentuali superiori alla quota di partecipazione.

Quindi il mio obiettivo oggi sarà quello di rappresentarvi tutte le norme che veramente impongono grosse valutazioni all'operatore pubblico, al tecnico. Le società private consolidano le società che hanno un'attività omogenea. Ebbene il perimetro di consolidamento di un soggetto pubblico è estremamente eterogeneo, perché dice il principio contabile non rileva la forma giuridica, quindi si consolida una società, una fondazione, un consorzio... e noi abbiamo casi del genere: abbiamo consolidato un ente pubblico economico, una società e anche un ente pubblico. Quindi come Regione Lazio, essendo già Regione in sperimentazione, siamo l'unica insieme alla Lombardia ad aver redatto il bilancio consolidato.

Ebbene, dopo queste sufficienti nozioni che possono far capire qual è veramente la jungla normativa in cui ci muoviamo, vi voglio segnalare un altro articolo, già segnalato dal prof. Terracciano, comma 551, secondo cui "nel caso in cui i soggetti di cui al comma 550 presentino un risultato di esercizio o saldo finanziario negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Per le società che redigono il bilancio consolidato, il risultato di esercizio è quello relativo a tale bilancio. Limitatamente alle società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, compresa la gestione dei rifiuti, per risultato si intende la differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell'articolo 2425 del codice civile. L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione".

. Io però da aziendalista voglio aggiungere un altro elemento. Quella norma è una norma punitiva perché è sic e simpliciter, prendi la perdita ed apposti il capitolo in bilancio, ma nella realtà privatistica non è così; nella realtà privatistica se tu hai conseguito degli utili che ti puoi compensare con la perdita non hai nessuna ragione di accantonare una posta in bilancio. Quindi diciamo che la norma è pensata male, scritta peggio e mal coordinata. Per altro verso ci dicono che è una norma che è volta al consolidamento, che Mira a favorire una strategia di gruppo, ma in realtà è una norma punitiva nei confronti delle società pubbliche perché non tiene conto delle realtà aziendalistiche che sono diverse. La capogruppo non è obbligata ad accantonare una quota, non sarebbe obbligata, se quella società ha conseguito degli utili che si può portare a nuovo. La norma questo non lo dice; e non vi sono relazioni accompagnatrici né delibere della Corte dei conti che specificano questo. Io mi

auguro di trovare una delibera della Corte che dica: no, riflettiamo se la società ha degli utili portati a nuovo che si possono compensare.

La norma sulla ricapitalizzazione ve l'ho citata e la norma sul consolidamento vi dico già da subito che è talmente innovativa che ancora il legislatore ne ha postergato l'applicazione prevedendo appunto che con delibera si può postergare l'applicazione della contabilità economico-patrimoniale. Un ultimo aspetto che vi volevo segnalare è la famosa questione attinente la salvaguardia del valore della partecipazione che spetta al socio. Ora vi fornirò un elemento di riflessione. Giustamente il professore diceva che sono gli amministratori i responsabili della gestione; l'articolo 2380-bis del codice civile è molto chiaro: tanto è vero che le autorizzazioni che rilascia l'assemblea comunque solamente un limite e comunque fermo restando la responsabilità degli amministratori. Però la Corte dei Conti dall'altro lato ci ricorda sempre la responsabilità del socio pubblico nella salvaguardia o meno del valore della partecipazione. Da questo discende che alcune clausole statutarie come diceva il prof. Terracciano, possono sembrare aberranti agli occhi dei notai che devono redigere un atto, mi riferisco in particolare all'eventuale clausola statutaria che prevede l'approvazione in assemblea di un budget previsionale. Aziendalisticamente, è una aberrazione, però se vista nell'ottica del controllo e del valore della partecipazione si inserisce perfettamente nel famoso controllo, che la dottrina ci dice dover essere preventivo concomitante e successivo. Preventivo: Approvando i piani industriali, approvando i budget, approvando i bilanci di previsione. Concomitante: monitorando le relazioni trimestrali degli organi amministrativi e degli organi di controllo al fine di analizzarne le cause di scostamento. Successivo: approvando il bilancio d'esercizio.

Un'altra norma voglio citarvi è l'articolo 1, comma 734, della legge n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) il quale dispone che "non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi".

Tale norma è stata interpretata, in via autentica, dall'articolo 3, comma 32-bis, della L. 24 dicembre 2007, n. 244, "nel senso che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali.

Chiaramente anche questa è una norma punitiva nei confronti di chi amministra società, la norma non tiene conto che in molti casi le scelte degli amministratori sono mediate da altre situazioni. Proprio questa riflessione ha fatto sì che dopo un anno intervenisse la citata norma interpretativa: "...peggiora i conti da scelte non necessitate". E qui è il caso del direttore generale della Provincia di Palermo che aveva raccolto fondi pubblici e li aveva investiti alle Cayman e quella società dopo un mese era fallita. Quindi vi invito soltanto a fare una riflessione, proprio perché da tecnico so che i problemi sono tanti e difficili da affrontare uno a uno proprio per l'insieme di norme che si sovrappongono e si mal coordinano. Quindi la sfida è senz'altro quella di creare una governance adeguata. Tempo fa ricordo vi era la

tendenza a costituire le holding di partecipazione: ecco chiaramente, oggi come oggi, la holding di partecipazione è una holding assolutamente illegittima.

Basti vedere l'articolo 1, comma 611, della legge n. 190/2014 (legge di stabilità 2015) che prevede per le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto di taluni criteri, quali ad esempio, la soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti. Molte volte le holding non hanno personale e quindi già non potrebbero esistere solo per quello. Inoltre la holding allenta, di fatto, il controllo pubblico perché è un controllo mediato da un altro organismo esterno e soprattutto non consente il vero controllo dei vincoli di finanza pubblica; perché, poi, se è anche vero che le società non partecipano a conseguire obiettivi di quel patto di stabilità, è anche vero che obbliga a consolidare i costi del personale con i costi dell'ente socio ai fini del patto di stabilità. La sfida quindi è creare sistemi di governance che siano adeguati e che siano veramente efficaci ed efficienti.

Vi ringrazio.

Daniela Morgante

Procura della Corte dei Conti regione Molise, già Assessore al bilancio dir Roma Capitale

Io vorrei soprattutto fornire qualche spunto di riflessione.

A tal proposito, mi sembra che le società pubbliche le abbiamo affrontate moltissimo dal lato soggettivo, cioè dal lato della società, dell'ente socio, dei rapporti tra società ed ente socio. A me piacerebbe che nella cultura italiana le si approcciasse un po' di più dal lato oggettivo, cioè dal lato dell'output, dal lato del servizio reso alla collettività. Perché dico questo? Perché indubbiamente abbiamo tante analisi e tanti scritti da un punto di vista di dottrina, di giurisprudenza, Corte dei conti e quanto altro sulle problematiche gestionali e finanziarie che riguardano il soggetto societario.

Tuttavia non vi è dubbio che l'aspetto che più impatta sulla vita del cittadino, quale destinatario del servizio, nonché sul funzionamento del sistema economico è quello oggettivo, dell'output, del servizio reso, in termini di rapporto qualità/prezzo, di efficacia ed efficienza. Infatti, le società pubbliche, e in particolare quelle che svolgono servizi pubblici di rilevanza economica, sono parti dell'economia e peraltro sono una parte altamente incidente sull'economia sia in termini quantitativi e sia in termini qualitativi ma, oserei dire di più, sono un fondamentale elemento di promozione e di sviluppo del sistema economico. Io ritengo che questo è un punto su cui si deve riflettere, un punto fondamentale: il costo standard del servizio e la qualità standard del servizio e la loro comparazione con i dati effettivi delle varie realtà italiane.

Dal lato soggettivo le società presentano tanti problemi finanziari e gestionali che sono stati ampiamente affrontati. Io voglio qui porvi nell'ottica oggettiva che ho detto, cioè quella dell'output, del livello del servizio reso. In proposito, occorre riflettere sul fatto che nel momento in cui stabiliamo che è un soggetto pubblico a dover rendere un servizio pubblico stiamo stabilendo, normativamente o amministrativamente che sia, una privata per il mercato, cioè stiamo sottraendo un'attività di rilevanza economica al suo habitat naturale che è l'economia, il sistema concorrenziale, il libero mercato.

Tale scelta può ben essere giustificata da prevalenti interessi pubblici o addirittura può essere un correttivo ai cosiddetti "fallimenti del mercato". Ad ogni modo, qualunque sia la ragione alla base di questa privata, essa andrebbe controbilanciata in qualche modo.

Un modello di contro bilanciamento utilizzabile è, ad esempio, quello di istituire delle autorità terze che possano vagliare, in modo tecnicamente competente e politicamente indipendente, l'output del servizio reso. In assenza di un tale presidio terzo e neutrale si giunge al paradosso, che è quello che praticamente ad oggi abbiamo, che è il soggetto pubblico a rendere il servizio e a giudicare su sé stesso, cioè sulla qualità dell'output che esso stesso rende alla collettività. Il che è obiettivamente fallace da un punto di vista di regolazione.

Il soggetto che giudica sul funzionamento del mercato e sulla efficienza, efficacia, qualità del servizio nonché sull'adeguatezza del costo che ne sopporta la collettività non può non essere un soggetto terzo. Del resto, è così che avviene in altri mercati quale quello dell'energia, al cui corretto funzionamento è preposta una autorità terza che valuta anche, per alcuni profili, la congruità dei prezzi e condizioni di servizio praticate all'utenza.

Ora, per le società pubbliche vi sono state certamente problematiche anche "patologiche" che in una qualche maniera hanno talora distorto l'uso concreto dello strumento. Però, al di là e in parte anche alla base delle distorsioni patologiche di fatto, c'è un punto fondamentale, di vero e proprio conflitto di interessi che può essere insito nel fatto che la presenza di un operatore economico pubblico si risolve di fatto in una privata di mercato senza che in contropartita ci sia una istituzione terza che possa giudicare, in modo indipendente e tecnicamente qualificato, se il Comune di Roma, piuttosto che il comune di Milano ecc., stia o meno gestendo un servizio pubblico di rilevanza economica in linea con le legittime aspettative di costo, di qualità e di soddisfacimento dell'utenza. In assenza di istituzioni preposte, l'unica forma di controllo esistente è quello di tipo politico, di tipo diffuso, di tipo democratico. Tuttavia, a fronte di servizi di rilevanza economica, quanto meno su quelli strategici (es. utilities, trasporti, rifiuti, igiene, etc.) che integrano una parte consistente e strategica dell'economia, il solo controllo diffuso rischia di essere un presidio inadeguato e poco efficace, che andrebbe certamente dotato di un rafforzamento di tipo tecnico-istituzionale.

Vi è poi un ulteriore profilo legato al fatto che la società a partecipazione pubblica, oltre a beneficiare di private di mercato e dunque di vantaggi giuridici, beneficiano anche, di fatto, del vantaggio economico-finanziario di poter operare sul mercato avendo alle spalle dei soggetti pubblici. In ciò può essere implicito, quanto meno in assenza di adeguati correttivi, un disincentivo all'efficienza, che dovrebbe essere corretto quantomeno stabilendo dei limiti temporali o quantitativi al c.d. soccorso

finanziario del socio pubblico. In altri termini, non sembra potersi più accettare la logica del salvataggio a oltranza a fronte della inefficienza strutturale cronica.

Un'altra area critica è rappresentata dai meccanismi remunerativi che vigono per le società pubbliche. A tale proposito il legislatore come ha ragionato? In un'ottica in parte finanziaria e in parte intrisa anche da un po' di populismo. Dal lato finanziario, poiché ovviamente, bisogna tagliare la spesa e le società pubbliche costano tanto, è chiaro che si tratta di un'area in cui occorre intervenire e in cui più volte si è intervenuti. Dall'altro lato però, tendenzialmente si è intervenuti talora anche con eccessi populistici, facendo di tuttata l'erba un fascio, dimenticando che le società pubbliche non sono tutte uguali perché le realtà sono anche molto diversificate geograficamente. In Italia abbiamo anche società pubbliche di eccellenza, penso, ad esempio, all'ATM di Milano che rende un servizio certamente in linea con le altre capitali europee e che ha addirittura vinto una gara di appalto per rendere il servizio pubblico di trasporto in un paese del nord Europa, dunque gareggiando e vincendo il confronto con importanti competitors pubblici e privati. Ci sono società pubbliche gestite bene e ci sono quelle gestite male.

Purtroppo in Italia l'approccio al tema è cambiato nel tempo, non di rado passandosi da un eccesso all'altro. Negli anni '90 si è inseguito il modello aziendalistico invocando l'efficienza, ma non di rado anche, senza troppi giri di parole, per beneficiare di un sistema di regole molto più libero di quello del soggetto pubblico. Da qualche tempo invece abbiamo iniziato, giustamente, a riconoscere che quando un soggetto formalmente privato opera nella sostanza con soldi pubblici in una situazione di privativa di mercato e si sostituisce all'amministrazione pubblica in senso stretto nel prestare una determinata funzione, questo soggetto deve avere tutta una serie di limitazioni, quindi analoghe a quelle del soggetto pubblico. In proposito l'ordinamento adotta più criteri a seconda della branca interessata: organismo di diritto pubblico/impresa pubblica nel mondo del diritto amministrativo, società in house/società a statuto speciale pubblicistico/società soggetta allo statuto ordinario civilistico nel mondo della responsabilità amministrativa e contabile; nel mondo della fallibilità o meno delle società c'è un criterio ancora diverso perché lì si fa riferimento alla natura, quindi market o non market, dell'attività, sostanzialmente un criterio che il criterio comunitario adottato dal SEC 1995 ora 2010 e mutuato dal Patto di Stabilità e Crescita europeo.

Tale più recente approccio sostanzialista è certamente corretto. Forse, però, si potrebbe anche andare oltre. In particolare, i vari attori chiave delle società pubbliche – socio pubblico, amministratori, dirigenti, dipendenti - dovrebbero essere coinvolti maggiormente nelle dinamiche di profitto/ perdita, di economicità/diseconomicità aziendali.

Lo traduco in termini più pratici e diretti: a me francamente lascia molto perplessa l'idea che la società che è in perdita strutturale conclamata da sempre e la società che riesce a competere anche in mercati esteri, la quale ha una gestione produttiva e ottimale, siano giuridicamente trattate nello stesso modo.

In tal senso, ad esempio, anche il legislatore, con la legge n. 147 del 2013 – legge di stabilità per il 2014 ha concepito il patto di stabilità delle società pubbliche non più

come patto finanziario ma come patto qualitativo e di efficienza. E' certamente un passo nella giusta direzione di responsabilizzare maggiormente la governance del socio pubblico riverberando direttamente sul suo bilancio, e dunque sulla sua capacità di spesa, le perdite della società, dal momento che l'ente pubblico socio di società in perdita è obbligato a stanziare sul proprio bilancio un fondo non spendibile in quanto destinato all'assorbimento delle perdite societarie.

E' un buon inizio, rispetto al quale però occorrerebbe andare oltre, in particolare, prevedendo dei meccanismi incentivanti/penalizzanti anche per il management e per il personale delle società pubbliche, che possano indurre la società a autocorreggersi, che possano rendere conveniente per i suoi principali players gestirla bene.

Su questo argomento è fondamentale guardare con franchezza la realtà: l'amministratore che prende in mano una azienda che si trova in una situazione aziendale estremamente difficile e che magari ha alle spalle un socio che è in una qualche maniera orientato da logiche non proprio aziendalistiche non riceve nemmeno delle indicazioni di governance chiare dal socio, mentre dall'altro lato è solo con i suoi problemi, in termini di possibili responsabilità personali, in termini di confronto non sempre costruttivo con i sindacati che magari minacciano di bloccare la città a fronte della introduzione di correttivi volti all'efficientamento aziendale. Il che può indurre gli amministratori anche ad atteggiamenti autodifensivi, di conservazione dello status quo. E del resto, non si può nemmeno immaginare che una persona sola, amministratore o commissario che sia, possa risolvere da solo problemi consolidati. Ognuno deve fare certamente la sua parte e tutti i principali player andrebbero seriamente incentivati e supportati a gestire bene.

In tal senso è fondamentale immaginare un sistema di remunerazione dei dipendenti della società, dei suoi dirigenti ed amministratori nonché degli amministratori dell'ente socio che a monte esercita, o quanto meno dovrebbe esercitare, la governance, maggiormente incentrato su i risultati delle società. Purtroppo, la realtà è che nella società in perdita non di rado accade che il salario accessorio dei dipendenti può essere addirittura superiore rispetto a quello dei dipendenti delle società in utile. La remunerazione degli amministratori poi non la vado nemmeno a prendere in considerazione perché ad oggi sono praticamente tutte uguali, perché sono state talmente abbassate che ovviamente tutti si tarano sul tetto massimo stabilito, il che è contrario a ogni logica aziendale, laddove la remunerazione del management dovrebbe essere in linea con la complessità della situazione aziendale nonché con la sua redditività o quanto meno con la sua capacità di attestarsi su un percorso di virtuosità e risanamento. Detto questo, a me francamente farebbe più piacere un amministratore che guadagni forse qualche centinaia di migliaia di euro ma che riesce a risanare un'azienda e a trasformarla in una realtà produttiva e soddisfacente per la collettività servita piuttosto che un contesto in cui, con la normativa in essere, ripeto, si fa di tutta tutta l'erba un fascio, tutti gli amministratori sono praticamente trattati nello stesso modo, a prescindere dai concreti risultati aziendali. Lo stesso vale per i dirigenti ma mi permetto di dire anche per i dipendenti. Mentre dovremmo forse cominciare a immaginare che per una società pubblica il dipendente, il dirigente, l'amministratore nonché i preposti, sia politici che amministrativi, alla relativa governance nell'ente partecipante possano e debbano avere una remunerazione

legata agli utili dell'azienda e, se ci sono perdite imputabili alle loro responsabilità gestionali, delle penalizzazioni economiche individuali. Come del resto è in Germania e nelle aree più avanzate economicamente, socialmente e politicamente nelle quali il coinvolgimento economico personale dei diversi player aziendali nelle sorti economiche dell'azienda rende molto più conveniente il fare le cose giuste per il bene collettivo, sono con strumenti più efficaci di qualsiasi limite finanziario.

Un altro aspetto sul quale le norme teoricamente ci sono ma, a mio avviso, bisognerebbe accelerare ulteriormente sull'applicazione, è quello della implementazione degli ambiti territoriali ottimali. Al riguardo, la città metropolitana è il soggetto pubblico che probabilmente meglio può operare in sinergia con la dimensione dell'ambito territoriale ottimale. Certo è che tale direzione già indicata dal legislatore andrebbe realmente perseguita quanto prima in particolare per i servizi core, in primis trasporti e rifiuti, per poter realizzare quella economia di scala, che sono la condizione irrinunciabile per poter operare in modo efficiente e per poter recuperare quell'equilibrio finanziario prospettico solido nel lungo termine che ad oggi difetta in molte realtà. Le norme anche in questo ambito già ci sono però ancora sono lettera morta, quanto meno in alcune parti del territorio nazionale, quelle peraltro che quanto mai e quanto prima avrebbero bisogno di efficientamento gestionale e risanamento finanziario: purtroppo l'obiettivo della gestione efficiente e ottimale si scontra non di rado con realtà che sono un po' meno ottimali.

Domanda:

Lei quindi guarda con timore alla presenza di società pubblica nella libera economia in questo momento?

Morgante

In realtà no, almeno non in linea di principio. Credo piuttosto che un efficace presidio da parte di autorità terze sull'efficace ed efficiente svolgimento dei servizi pubblici locali potrebbe essere un giusto contrappeso al potere pressoché unico e insindacabile che in questo momento è sostanzialmente concentrato nelle sole mani dell'ente locale che deve rendere il servizio. Infatti, noi abbiamo in questo momento l'ente locale partecipante che norma il contratto di servizio con la società da esso controllata e che stabilisce la tariffa che deve gravare sui cittadini: ciò a prescindere da un controllo terzo e indipendente sull'efficienza della società pubblica e sulla corrispondenza della qualità del servizio reso al costo che viene fatto gravare sui cittadini. Pensiamo all'esempio dei rifiuti: poiché è previsto un principio tendenziale in base al quale la tariffa deve andare a pareggio del costo del servizio e poiché, salve alcune voci, fondamentalmente questa tariffa deve gravare sugli utenti, io gradirei avere un'autorità terza rispetto al comune o comunque all'ente che controlla la società che gestisce quel servizio, che mi dicesse che la tari pagata dai cittadini corrisponde realmente al costo standard che sarebbe sopportato da una azienda efficiente per la gestione del servizio. A mio avviso non è infatti accettabile che sul cittadino venga scaricato non il costo obiettivo servizio quanto piuttosto l'inefficienza dell'amministrazione.

Ora tutti questi sono dei passaggi che allo stato mancano nel quadro normativo, dal momento che, ad oggi, di fatto il comune o comunque l'ente pubblico socio è libero di scaricare il costo di un determinato servizio, sulla cittadinanza checché il servizio sia svolto in modo inefficiente e non corrispondente al costo sopportato dai cittadini.

Si potrebbe obiettare che vi è comunque il controllo di tipo politico, il controllo diffuso, a presidiare l'operato delle amministrazioni locali e i servizi da esse resi. L'evidenza obiettiva però dice che probabilmente questo controllo non è sufficiente o quanto meno non lo è in tutte le parti del territorio nazionale. Eclatante è a mio avviso l'esempio del dell'autobus: a Roma il costo è lo stesso che a Milano ma è evidente che a Milano il servizio reso è ampiamente superiore a quello romano. Ora, a me piacerebbe avere un'autorità terza che mi dica se € 1,50 pagato a Milano ha lo stesso valore di €1,50 pagato a Roma e se dunque il comune di Roma può legittimamente pretendere dai suoi cittadini lo stesso importo pagato dai milanesi.

Questo è un pezzo di ordinamento che, a mio avviso, manca completamente e che in una qualche maniera lascia Milano interamente sovrana su Milano, e fino a qui mi pare che i risultati siano anche apprezzabili, però forse in altre parti del territorio nazionale questa sovranità assoluta dell'ente territoriale sul proprio territorio nella determinazione incontrollata di quelli che sono sia gli oneri gravanti e sia il tipo di output che viene dato ai cittadini, a me francamente pare un fallimento della regolazione, dal momento che, a fronte di inefficienze oggettive e non più accettabili di alcune realtà locali, lascia di fatto i cittadini del tutto prigionieri e succubi delle tariffe determinate dagli enti, in ampia parte piegate alla copertura e al finanziamento a oltranza della inefficienza amministrativa.

Carlo Ibba

Professore ordinario di diritto commerciale - Università degli studi di Sassari

L'assetto del controllo analogo che si desume dalla giurisprudenza comunitaria non è così stringente come solitamente si dice; sicuramente è molto meno stringente di come lo ha concepito la Cassazione nella sentenza del novembre 2013.

A livello comunitario si richiede semplicemente che l'ente pubblico di riferimento abbia un'influenza determinante sulle decisioni strategiche, questa è la formula che riecheggia un po' in tutte le pronunce della Corte di Giustizia. Addirittura poi si ammette largissimamente il controllo analogo congiunto, quindi frammentato fra più soci pubblici, controllo analogo congiunto che in qualche caso è chiaramente una finzione, perché come si può pensare che eserciti una qualche forma di controllo analogo il socio pubblico che ha l'1% del capitale? In Sardegna c'è Abbanoa, la società che gestisce il servizio idrico, alla quale partecipano centinaia di Comuni con partecipazioni spesso infinitesimali eppure – si dice – ognuno di essi è soggetto attivo del controllo analogo; ma è un atto di fede credere che chi ha lo 0,1% abbia il controllo analogo! A parte questo, comunque, a livello comunitario le direttive appalti e concessioni, come è stato ricordato, ammettono anche la partecipazione privata, sia

pure a condizione che il socio privato non abbia poteri di condizionamento; a livello comunitario è pacifico che l'ente in house sia una persona giuridica distinta dall'ente che lo controlla; tutte cose di cui invece la Cassazione si è un po' dimenticata, configurando un'ipotesi di controllo analogo che è rigorosissima: solo controllo pubblico totalitario e subordinazione gerarchica degli amministratori all'ente pubblico socio, da cui la deduzione che non c'è una persona giuridica autonoma perché non ha interessi propri e gli amministratori sono solo esecutori di quel che dice l'ente pubblico (ma, se è così, perché dovrebbero essere responsabili gli amministratori esecutori e non con chi dà gli ordini che loro, subordinati gerarchicamente, devono eseguire? Non si capisce). Insomma: la configurazione del controllo analogo comunitaria non è così stringente, e quindi è un po' un portato di certi orientamenti nostri quello di dire che il controllo analogo derivante da un contratto o da un patto parasociale non va bene.

Se si condivide l'opinione che ho espresso prima, la violazione del patto parasociale espone a conseguenze risarcitorie, la violazione di una clausola statutaria nulla non espone ad alcuna conseguenza. Vale più il patto parasociale valido della clausola statutaria nulla. Mi pare certo che, se si ritiene ammissibile solo un controllo analogo statutario, bisogna andare sul modello della s.r.l., il cui utilizzo a quanto mi risulta, abbastanza incomprensibilmente, è viceversa abbastanza marginale.

Daniela Morgante

Procura della Corte dei Conti regione Molise, già Assessore al bilancio dir Roma Capitale

Nella società mista fondamentalemente coesistono dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti e soggetti che non lo sono. Al riguardo teniamo presente una cosa: a monte c'è un problema di giurisdizione, nel senso che quando io ho una società che non rientra o nella casistica delle in house o nella casistica della società non solo a partecipazione pubblica ma anche statuto speciale pubblicistico (vedasi Rai, Anas ecc.), non sussiste proprio la giurisdizione sugli amministratori e dipendenti della società, che è configurabile soltanto sul socio, cioè sul cattivo esercizio dei poteri del socio. Quindi cosa ne deriva? Ne deriva, per l'appunto, che all'interno della stessa società abbiamo il socio pubblico che è soggetto alla giurisdizione della Corte e il socio privato che non lo è.

Detto questo, in realtà la giurisprudenza della Cassazione ha sempre affermato che altro è la giurisdizione della Corte dei Conti e l'azione di responsabilità, e altro è l'azione di responsabilità secondo gli strumenti societari, quale actio ex mandato inquadrabile tra gli strumenti civilistici generali previsti nei rapporti del soggetto con l'amministratore.

Si tratta di due canali del tuttoperparalleli di tutela, l'uno dei quali non influenza l'altro e viceversa, fermo restando che questi due canali possono trovare un unico punto di incontro sotto il profilo del danno; è evidente che la nostra è una giurisdizione di tipo risarcitorio, che quindi mira a ottenere il risarcimento rispetto a un danno erariale. Ciò implica che se il danno è 100 e per esempio 50 mi è stato già risarcito in un'altra

sede, perché magari la società è stata già risarcita perché ha esperito l'azione sociale di responsabilità nei riguardi dell'amministratore, nei confronti dei soggetti danneggiati quel 50 già risarcito nella sede civilistica non potrà essere nuovamente richiesto nella sede erariale.

In disparte dunque il detto profilo dell'interesse ad agire, che è rappresentato e delimitato dall'entità del danno, non duplicabile, non vi è alcun rapporto di prevenzione o di dipendenza o di pregiudizialità fra le due azioni, cioè sono due azioni assolutamente diverse, e il fatto di aspettare la conclusione del giudizio di responsabilità amministrativa per poi esercitare eventualmente l'azione sociale di responsabilità nei riguardi degli amministratori risponde a una scelta puramente discrezionale della società, non c'è nessuna norma che lo imponga. Anzi, semmai, al contrario, è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che se il socio ha degli strumenti da far valere a tutela del danno subito, cioè quelli riconosciutigli dal diritto societario (art. 2392-2395 codice civile) nella detta ottica della responsabilità amministrativa del socio in relazione all'esercizio (o al mancato, tardivo o inadeguato esercizio) delle prerogative riconosciutegli a tutela dei suoi interessi, la tempestività e l'efficacia di attivazione da parte del socio degli strumenti di tutela riconosciutigli dal diritto societario possono essere valutati dalla Corte dei conti in termini di responsabilità del socio.

Domanda

Quali sono i presupposti dell'azione di responsabilità amministrativa rispetto all'azione risarcitoria civilistica?

Morgante

La Corte dei conti deve ravvisare anzitutto un rapporto di servizio, quindi chiaramente occorre che ci siano i presupposti di questo rapporto. Gli strumenti posti a disposizione del socio dal codice civile art. 2393-2395, ovvero posti a disposizione sempre dal codice civile nella regolazione del rapporto di mandato tra società e amministratore (art. 1703 e segg.) sono ulteriori, sono diversi rispetto all'azione di responsabilità amministrativa intestata alla Corte dei conti. Peraltro è diverso anche il parametro soggettivo, perché nel mondo civilistico è sufficiente la colpa anche semplice, mentre nel mondo della Corte dei conti è necessaria la colpa grave. Ne discende che il perimetro di esercizio dell'azione del socio è più ampio rispetto a quello di esercizio della azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti.

Si tratta quindi, sotto più profili, di due azioni non sovrapponibili.

Domanda

In questo caso non si rischia di rispondere per lo stesso fatto in due sedi diverse?

Morgante

È così. Ma Si potrà dire che c'è un problema di regolazione, ma la questione è stata più volte sottoposta alla Corte costituzionale la quale non ha mai ritenuto incostituzionale la coesistenza delle due azioni. Mi sovviene, ad esempio, anche su

questo tema, la sentenza della Corte costituzionale n. 355 del 2010, sul danno all'immagine in relazione alle restrizioni all'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa introdotte dall'art. 17 comma 30 ter del d.l. n. 78/2009. In tale giudizio, in cui la Corte dei conti aveva sollevato il problema di costituzionalità sulla norma che restringeva la perseguibilità del danno d'immagine in sede amministrativa, la Corte costituzionale, pur lasciando sottintendere una vera e propria valenza sostanziale e non meramente processuale delle limitazioni normative introdotte alla perseguibilità del danno all'immagine della PA, non ha perso l'occasione di riaffermare che, come anche avviene nel caso più specifico delle società pubbliche, l'azione civilistica e l'azione contabile sono due azioni autonome e parallele, salvo che per la non duplicabilità del risarcimento, e che l'azione di responsabilità della Corte dei conti può ben essere delimitata dal legislatore secondo le sue scelte non irragionevoli, il che comunque non preclude all'amministrazione in sede civilistica di poter esperire gli ulteriori strumenti di tutela risarcitoria dei quali dispone.

Ivan De Musso

Presidente della Sezione Giurisdizionale per il Lazio della Corte dei Conti

Io ringrazio tutti gli oratori. Naturalmente l'argomento della società pubblica è un argomento così variato così vasto che non ha al momento soluzioni. Se non ci mette mano, e bene, il legislatore credo che rimarremo così per tanto tempo ancora.