



**Università  
degli Studi  
di Ferrara**

# LE SOCIETÀ PUBBLICHE

# 1. Evoluzione delle società pubbliche



- La nascita e successiva espansione delle **società pubbliche** è legata ad alcune cause principali:
  - ① l'affermarsi dello Stato imprenditore (sistema delle partecipazioni statali);
  - ② la esternalizzazione di attività prima svolte da apparati amministrativi (fenomeno delle società strumentali) per ragioni di efficienza;
  - ③ la privatizzazione di enti pubblici economici negli anni Novanta (cd. privatizzazione formale);
  - ④ Il ricorso al modello societario da parte del legislatore per la costituzione di nuovi enti pubblici

## 2. L'espansione eccessiva delle società pubbliche



- Negli ultimi 30 anni il fenomeno delle società a partecipazione pubblica è esploso, soprattutto a livello di enti locali (sono oggi circa 5.000):
- Ciò è dovuto essenzialmente a una distorsione del sistema (ragioni patologiche):
  - ① moltiplicazione di cariche da attribuire con criteri politici;
  - ② elusione delle norme pubblicistiche in tema di assunzioni di personale, di stipulazione dei contratti, di vincoli finanziari legati al patto di stabilità;
  - ③ estensione del campo di azione degli enti pubblici in settori economici esposti alla concorrenza, e che non presentano situazioni di fallimento del mercato

### 3. La fine del sistema delle partecipazioni



- Sistema delle partecipazioni viene progressivamente smantellato alla fine degli anni Ottanta
- Ministro delle partecipazioni statali, istituito nel 1957, fu soppresso nel 1993 a seguito di referendum
- Sistema ritenuto troppo oneroso per le finanze pubbliche
- Inoltre ritenuto in contrasto con il divieto di aiuti di Stato imposto dalle regole europee
- Molte imprese pubbliche vengono liquidate o privatizzate attraverso la cessione dei pacchetti azionari detenuti dallo Stato

## 4. Regime giuridico delle società



- La società pubblica è persona giuridica di diritto privato, regolata essenzialmente dalle norme del codice civile ma con diverse **DEROGHE**
- Alcune di esse sono stabilite dallo stesso codice civile (art. 2449 c.c.)
- Altre sono state introdotte nella prassi o dal legislatore,
- Altre ancora sono dovute all'intervento del giudice amministrativo, che guarda alla sostanza (pubblica o privata) dell'ente e, sulla base di questa, estende l'applicazione di tipici istituti di diritto amministrativo

## 5. Principali deroghe al regime civilistico



- 1) Golden share: quota di partecipazione pubblica la cui titolarità comporta in capo all'azionista pubblico la possibilità di esercitare *poteri speciali* (es. diritto di veto su nuove acquisizioni azionarie) a prescindere dall'entità della partecipazione (anche se non di maggioranza).
- Prevista a volte in caso di privatizzazione degli enti pubblici economici, è stata ritenuta incompatibile con il diritto comunitario, e per questo limitata (l.11 maggio 2012, n.56: il Governo può esercitare una serie di poteri speciali *solo* in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi della difesa e sicurezza nazionale)

## 6. Principali deroghe al regime civilistico



2) Controlli: nonostante la forma privatistica, molto spesso alle società pubbliche continuano ad applicarsi controlli pubblicistici:

- il Ministero mantiene una funzione di vigilanza analoga a quella svolta prima della privatizzazione
- Corte dei Conti controlla gestione finanziaria della società, finché la partecipazione pubblica resta prevalente o finché permane il controllo pubblico

3) Patti parasociali tra azionisti hanno una durata superiore ai 5 anni (deroga all'art. 2341 bis cc)

## 7. Le società secondo il GA



- Il giudice amministrativo ha esteso l'applicazione di regole tipiche del diritto amministrativo (controlli, procedimento, trasparenza, selezione del personale, responsabilità) a società a prevalente capitale pubblico
- In giurisprudenza sono emersi orientamenti via via sempre più restrittivi (anche se altalenanti) sul regime da applicare alle società pubbliche

## 8. Le società *in house*



- Sono società nelle quali la partecipazione degli enti pubblici è *totale* (o con una partecipazione privata tale da non poter esercitare alcuna influenza)
- Società che *in prevalenza* svolgono attività affidate dagli stessi enti pubblici partecipanti ;
- per questo motivo sono sottoposte dalle amministrazioni titolari ad un *controllo analogo* a quello svolto sui propri uffici

## 9. L' "affidamento in house"



- Consiste nell'affidamento *diretto* ad una società in house dello svolgimento di un servizio, senza gara (deroga alla concorrenza).
- Dopo numerosi cambi di rotta, attualmente (dopo il referendum del 2011) l'affidamento diretto è consentito nel rispetto delle regole UE
- tuttavia, gli enti locali devono pubblicare sul proprio sito internet una apposita relazione che dimostri la presenza dei requisiti previsti dal diritto UE perché la società possa considerarsi «in house»

## 10. Società in house nel diretto UE



- Nella sentenza Teckal (1999) la CGCE afferma che, affinché possa parlarsi di gestione *in house* (con deroga alle regole della concorrenza), sono necessari ed indefettibili due requisiti:
  - 1) l'ente pubblico deve svolgere sul soggetto affidatario un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi;
  - 2) il soggetto affidatario deve realizzare la **parte più importante della propria attività** con l'ente o con gli enti che la controllano.

# 11. Il controllo analogo nel diritto UE



- In relazione al primo requisito, la Corte di giustizia, in particolare con la sentenza *Stadt Halle* (2005), ha sottolineato che esso non sussiste quando la società sia partecipata da privati, atteso che «*qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati*», rifuggendo da «*considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico*» che devono caratterizzare «*il rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi*».
- Inoltre la Corte di Giustizia (*Parking Brixen*, 2005) ritiene che l'ente pubblico debba essere dotato di poteri di controllo sull'attività del consiglio di amministrazione più ampi e pregnanti di quelli che normalmente il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci.
- È stata esclusa la sussistenza del controllo analogo quando l'impresa abbia «*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*»

## 12. L'attività prevalente nel diritto UE



- Per ciò che concerne il secondo requisito la CGCE ha affermato (*Carbotermo*, 2006) che esso non impedisce che l'istituto dell'affidamento diretto sia configurabile anche in relazione al settore dei servizi pubblici. La circostanza, infatti, che tale settore si caratterizza per il fatto che le relative prestazioni sono rivolte, diversamente da quanto accade in presenza di un contratto di appalto, a favore dell'utenza, non costituisce un ostacolo alla riconduzione dell'attività all'autorità pubblica.
- Si deve, infatti, «*tener conto di tutte le attività realizzate*» dal gestore sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione, «*indipendentemente da chi remunera tale attività*», potendo trattarsi della medesima amministrazione o degli utenti delle prestazioni erogate

## 12. L'attività prevalente nel diritto UE



- L'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa "attiva sul mercato", con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione.
- Nella prospettiva comunitaria, una lettura non rigorosa della espressione «parte più importante della sua attività» inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto in house alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera "articolazione interna" dell'ente stesso.

## 13. Società in house nella giurisprudenza cost.



- A seguire la Corte cost. (sent. 439/2008) ha stabilito che il meccanismo dell'affidamento diretto a soggetti *in house* deve essere strutturato in modo da evitare che esso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi a tutela della concorrenza.
- La Consulta afferma che una consistente attività "esterna", da un lato, falserebbe il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto; dall'altro, consentirebbe l'elusione delle procedure competitive di scelta del contraente

# 14. Lo sfoltimento delle società pubbliche



- Ordinamento europeo ha un atteggiamento di neutralità rispetto alla proprietà delle imprese, purché nel rispetto principio di parità concorrenziale
- OCSE afferma che tali società devono essere integralmente sottoposte alle regole comuni del diritto societario
- Ordinamento italiano si orienta progressivamente al contenimento di queste società, limitando la capacità di diritto privato delle amministrazioni
- Oggi divieto di costituire società non strettamente necessarie per il perseguimento finalità istituzionali (v. oltre)

# 14. Lo sfoltimento delle società pubbliche



- Carlo Cottarelli, commissario straordinario per la cd. *spending review*, nel 2014 propose tra le altre cose (tagli per 800 milioni alle province, 2 mld alla sanità) un drastico sfoltimento delle società partecipate, individuandone ben 2.671 con più membri nei consigli di amministrazione che numero di dipendenti.
- Misure per ridurre le partecipate: una su tre, negli intendimenti del governo, dovrebbe chiudere o fondersi con altre

# 15. Attuale disciplina delle società pubbliche



- Un riordino e una razionalizzazione della disciplina in tema di società a partecipazione pubblica è stato avviato con la cd. riforma Madia della pubblica amministrazione (I. delega 124/2015) e realizzato con il Testo unico approvato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (e succ. mod.)
- L'obiettivo dichiarato di ridurre drasticamente il loro numero, sia su scala nazionale che territoriale
- Inoltre limitare le deroghe al codice civile

## 16. Contenuti principali del d.lgs. 175/2016



- Principi e modalità procedurali che le pubbliche amministrazioni, come definite dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 in materia di pubblico impiego (con l'aggiunta degli enti pubblici economici e delle autorità portuali) devono rispettare per acquisire, mantenere e alienare le partecipazioni societarie
- Regime giuridico differenziato dei diversi tipi di società pubbliche, ispirato al principio della *proporzionalità* delle deroghe al codice civile e alla tutela della concorrenza

# 17. La razionalizzazione



- Alle p.a. è imposto divieto generale di costituire società per la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento finalità istituzionali (art. 4, comma 1)
- Inoltre, in base all'art. 5, comma 1, del d.lgs. 175/2016, le amministrazioni pubbliche che intendano costituire, acquisire o mantenere una partecipazione societaria (di controllo, di minoranza, *in-house*, ecc.) devono adottare un atto deliberativo che *motivi analiticamente* la scelta, in base ad alcuni criteri predefiniti:
  1. necessità della partecipazione per il perseguimento dei propri fini istituzionali esplicitando «le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria».

# 17. La razionalizzazione



2. La motivazione deve anche considerare la «possibilità di *destinazione alternativa* delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato» e dar conto della compatibilità con «i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa» nonché con la disciplina degli aiuti di Stato.
- Controllo delle delibere da parte della Corte dei Conti e dell'Autorità garante della concorrenza, che può anche rivolgersi al giudice amministrativo (caso di giurisdizione oggettiva)

## 17. La razionalizzazione (segue)



- L'alienazione delle partecipazioni pubbliche deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione
- Solo in via eccezionale, e per ragioni esplicitate nella delibera, l'alienazione può avvenire mediante negoziazione diretta con uno specifico acquirente
- Nell'ambito del MEF è istituita una struttura interna con poteri ispettivi sulle società, dotata di poteri di direttiva, orientamento e indirizzo sull'applicazione delle nuove norme e indicazione best practices

# 18. Attività consentite



Elenco tassativo dei servizi e attività ammessi:

- Produzione di un servizio di interesse generale
- Progettazione e realizzazione di opere pubbliche
- Realizzazione e gestione di un'opera o un servizio in partenariato con un privato scelto con gara
- Autoproduzione di beni o servizi strumentali
- Servizi di committenza (acquisti)
- Altre attività espressamente consentite (gestione spazi fieristici, organizzazione fiere, produzione energie rinnovabili, gestione funivie, etc.)

# 19. Regime delle responsabilità



- Amministratori e dipendenti delle società partecipate sono soggetti alla responsabilità prevista dal codice civile
- Amministratori e dipendenti delle società in house, invece, sono soggetti alla responsabilità erariale (giurisdizione della Corte dei Conti)
- Responsabilità erariale (Corte conti) anche per i rappresentanti dei soggetti pubblici nominati nelle società, che abbiano esercitato i loro diritti con dolo o colpa grave pregiudicando il valore della partecipazione

## 20. Regime delle società nel d.lgs. 175/2016



- Le società a partecipazione pubblica sono sottoposte a vincoli pubblicistici via via più intensi in base alla seguente classificazione (ordine in crescendo):
  - ① le società quotate, alle quali il d.lgs. n. 175/2016 si applica solo nei casi nei quali esso le richiami espressamente;
  - ② le società meramente partecipate, nelle quali cioè le amministrazioni pubbliche detengono solo pacchetti azionari di minoranza, anch'esse sottoposte in massima parte al diritto comune;

## 21. Regime delle società nel d.lgs. 175/2016



- ③ le società in controllo pubblico, nelle quali le amministrazioni pubbliche detengono direttamente o indirettamente la maggioranza delle azioni, alle quali si applicano gran parte dei vincoli pubblicistici (trasparenza, codici condotta, uffici di controllo interno, responsabilità sociale d'impresa);
- ④ le società *in-house* per le quali sono previste il maggior numero di deroghe al codice civile e il cui regime è equiparato in gran parte a quello delle pubbliche amministrazioni (inclusa la responsabilità per danno erariale)

## 22. Altre tipologie di società



- Le società a partecipazione pubblica di diritto singolare, istituite per la gestione di servizi di interesse generale o per altre finalità pubblicistiche che sono disciplinate da disposizioni speciali, ad hoc, che vanno ad aggiungersi alla disciplina del cd. «testo unico sulle società»
- Queste società sono sottratte alla disciplina TUSP
- Ad es. RAI una società per azioni direttamente disciplinata dalla legge (TU 177/2005) e considerata di interesse nazionale (art. 2451 cc). Va quindi ritenuta società di diritto speciale, sotto molti profili, tra i quali la disciplina della partecipazione riservata allo Stato, quella della nomina degli organi e delle regole della vigilanza, con un rilievo significativo del Parlamento