

SINTESI

La tesi ha ad oggetto le società pubbliche *in house* ed a capitale misto pubblico – privato. In particolare il lavoro si propone di analizzare la disciplina vigente e di indicare una prospettiva di riordino alla luce delle criticità rilevate.

Il primo capitolo inquadra in generale il fenomeno delle società pubbliche (fonti di disciplina, competenze legislative, principi costituzionali in materia, ecc.) ed effettua una sintesi delle principali questioni tuttora controverse, che saranno esaminate in modo analitico nel prosieguo del lavoro. In termini di principio tali questioni riguardano tendenzialmente in uguale misura le società partecipate dallo Stato così come quelle controllate dagli enti locali. Si pensi per esempio alla riconducibilità o meno del contratto costitutivo di società all'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche. Comuni sono anche i profili relativi ai caratteri della società *in house* e mista e, con riferimento a quest'ultima, la questione di quali devono essere le caratteristiche necessarie che la gara deve avere per la scelta legittima del socio privato.

Il secondo capitolo studia il fenomeno delle partecipazioni pubbliche, quale “terra di mezzo” tra la disciplina privatistica propria delle società per azioni e la disciplina pubblicistica a cui tali società sono, in una qualche misura, comunque soggette. Il capitolo propone una razionalizzazione della disciplina più recente. In particolare sono individuate tre direttrici che il legislatore ha seguito per disciplinare il fenomeno: (i) la tutela della concorrenza, per evitare che il peculiare connotato di tali società possa risolversi in un vantaggio anticoncorrenziale a svantaggio delle imprese private; (ii) la moralizzazione del fenomeno, intesa a ridurre i costi e gli sprechi delle gestioni inefficienti; (iii) l'estensione dei vincoli pubblicistici propri delle pubbliche amministrazioni tradizionali alle società pubbliche.

Il terzo capitolo analizza la prima direttrice individuata nel quarto capitolo (la finalità pro concorrenziale). In particolare si esaminano quei limiti giuridici che, animati dalla suddetta finalità, comprimono fortemente sia la costituzione, sia l'attività delle società a partecipazione pubblica. In questo capitolo si collocano l'analisi dell'art. 13 del decreto Bersani (d.l. n. 223/2006) relativo alle società pubbliche strumentali, dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 in materia di servizi pubblici locali e delle recenti novità legislative che in vario modo limitano e condizionano la costituzione delle società pubbliche (v. finanziaria per il 2008 e d.l. n. 78/2010). In questa sede si può già anticipare l'importanza delle conclusioni raggiunte, visto che le più recenti elaborazioni di dottrina hanno letto nella ventata legislativa degli ultimi anni diretta a limitare l'utilizzo dello strumento societario un importante riflesso sistematico: si sostiene, infatti, che la legislazione restrittiva più recente stia provocando un sovvertimento del principio della generale capacità degli enti pubblici di

ricorrere al modello societario per il perseguimento delle proprie finalità. Si sarebbe passati, in definitiva, da un capacità generale ad una speciale, nel senso che l'utilizzo dello strumento societario è consentito solo laddove sia espressamente permesso dal legislatore.

Nel quarto capitolo si analizzano gli elementi caratterizzanti la società *in house*: il “controllo analogo” e l'esercizio dell'“attività prevalente” a favore dell'ente pubblico di appartenenza. In una visione propriamente giuscommercialistica si valuta peraltro se e in che modo è possibile ritenere compatibili le prescrizioni pubblicistiche afferenti i caratteri della società *in house*, rispetto alla disciplina privatistica delle società di capitali, in particolare la società per azioni e la società a responsabilità limitata.

Il quinto capitolo è dedicato allo studio delle società *in house* e miste sorte propriamente in una “dimensione locale”. In altri termini è stato approfondito il fenomeno nell'ambito dei servizi pubblici locali alla luce delle recenti riforme del 2009 (art. 15 d.l. n. 135/2009 cd. decreto Ronchi che ha modificato il d.l. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008) e del 2010 (regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*), che hanno reso ancor più evidenti i tratti particolari della società *in house* e mista in questo ambito. Si pensi all'assoluta eccezionalità del ricorso all'*in house* o, con riferimento alle società miste, al limite quantitativo minimo necessario di partecipazione privata individuato al 40% del capitale. Anche in questo caso, come già avvenuto con il decreto Bersani e con altre disposizioni speciali relative all'ordinamento delle società pubbliche, il legislatore italiano rende più gravoso il ricorso al modello societario per le pubbliche amministrazioni, anche rispetto a ciò che è richiesto a livello comunitario.

Nel sesto capitolo si analizzano i profili ordinamentali delle società *in house* e miste. Più precisamente, in una prima parte si analizzano i profili di specialità di queste società. Secondo tale ottica vengono in rilievo tutte le disposizioni degli ultimi anni che sono espressione delle altre due direttrici individuate nel capitolo II (la moralizzazione del fenomeno e l'estensione dei vincoli pubblicistici alle società pubbliche). Tra i profili ordinamentali più significativi si segnalano i limiti ai compensi e al numero dei componenti degli organi delle società pubbliche e l'estensione delle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle società. Queste nuove disposizioni si aggiungono ai limiti già esistenti e più tradizionali, come per esempio la soggezione alla normativa sull'accesso ai documenti amministrativi. Nella seconda parte del capitolo si affrontano quei profili che sembrano ricondurre le società pubbliche al diritto comune. In riferimento a ciò, sono quindi oggetto di analisi le condanne comunitarie sulla *golden share* che hanno costretto il legislatore italiano a modificare la normativa interna nel senso della despecializzazione ed alcune recenti pronunce della Cassazione penale che ha esteso alle società pubbliche le disposizioni sulla responsabilità amministrativa degli enti derivante da illecito penale di cui al d.lgs n. 231/2001. In

questa sede trova inoltre spazio anche l'analisi di una questione particolarmente dibattuta negli ultimi tempi. La responsabilità erariale degli amministratori della società pubblica e i rapporti tra l'azione erariale della Corte dei Conti e l'azione di responsabilità prevista dal codice civile in materia societaria.

Il settimo capitolo è dedicato allo studio delle società *in house* e miste alla luce delle figure soggettive previste dal Codice dei contratti pubblici (organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, ecc.). Si verifica in particolare se e a che titolo le suddette società sono tenute all'applicazione del Codice dei contratti pubblici nella scelta dei contraenti privati. Nel capitolo è compresa una rassegna delle principali pronunce giurisprudenziali degli ultimi anni sui casi più significativi.

L'ottavo capitolo contiene le conclusioni del lavoro. In particolare sono riepilogati i profili di criticità emersi durante il lavoro di analisi e, conseguentemente, sono individuati i punti fermi dai quali partire per un riordino della disciplina in materia. Una particolare attenzione sarà data ai servizi pubblici locali, tradizionalmente ambito eletto per lo studio delle società *in house* e a capitale misto.