

Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici

Sommario: 1. Nozioni generali e classificazioni dei servizi pubblici in prospettiva europea. 2. Ambito della ricerca e il rapporto dell'organizzazione del servizio con l'amministrazione di riferimento. 3. Guida ragionata delle principali novità del decreto legislativo e l'individuazione delle norme di sistema. 4. Cenni sui principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinari nella faticosa ricerca dell'«ente pubblico in forma societaria». 5. La costituzione della società e l'assunzione del servizio pubblico: la funzione dell'atto deliberativo circa la necessità di costituire il servizio secondo un modello predeterminato. 6. La fase negoziale dell'organizzazione del servizio e la causa del contratto di società. 7. Motivo nella causa societaria e interesse pubblico alla costituzione del servizio. 8. Conclusioni.

1. Nell'analisi dei servizi pubblici, i manuali universitari (1) più accreditati individuano tre momenti logico-giuridici: l'assunzione, la regolazione e la gestione.

L'assunzione del servizio è rappresentata dalla decisione politica, laddove, constatata l'insufficienza del mercato, si pongono in essere una serie di interventi per garantire i livelli minimi delle prestazioni, immettendo anche risorse e facendo, così, riemergere la nozione soggettiva del servizio pubblico, in quanto l'atto (amministrativo) di assunzione costituisce una responsabilità esclusiva dello Stato o degli enti locali.

La regolazione si ha quando, a seguito dell'assunzione da parte dei pubblici poteri, sorge il problema di fornire una disciplina al fine di raggiungere una serie di interventi e attuare in concreto i principi giuridici in materia di servizi, ricavabili soprattutto dalla legge 14 novembre 1995, n. 481.

La gestione comprende essenzialmente sia il momento organizzativo sia l'attività di produzione del servizio, prevedendo l'ingresso sulla scena di imprese pubbliche e private, ordinate in forma societaria.

Le forme di gestione vengono classificate in base al criterio del loro rapporto con l'organizzazione della pubblica amministrazione.

È bene ricordare che il modello originario di organizzazione dei servizi pubblici era costituito dall'istituzione per legge di un regime di <<riserva originaria>> dell'attività a favore dello Stato; il che escludeva lo svolgimento di tali servizi da parte dei privati in regime di concorrenza. Inoltre la gestione del servizio avveniva in forma diretta, mediante aziende speciali interne allo Stato, e in forma indiretta, per mezzo di enti pubblici economici. Tuttavia, già agli inizi del secolo scorso, era consentito un timido affidamento dei servizi a soggetti privati mediante concessione amministrativa.

Nel tempo presente il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore e i processi di liberalizzazione e di privatizzazione promossi dal diritto europeo hanno fatto sì che la materia dei servizi sociali abbia acquistato una dimensione autonoma, sconfessando la visione tradizionale che collocava il fenomeno nell'ambito dell'organizzazione dei pubblici poteri.

Sempre dal diritto europeo emerge la più importante classificazione generale, tra i servizi aventi rilevanza economica (trasporti, energia elettrica, telecomunicazioni) ed i servizi non economici (scuola, sanità, assistenza sociale). La distinzione è particolarmente importante in quanto i primi sono suscettibili di essere esercitati in forma imprenditoriale e si prestano ad essere gestiti da soggetti privati in regime di concorrenza (S.I.E.G.), mentre i secondi (S.I.G.) vengono direttamente gestiti dalle pubbliche amministrazioni con oneri a carico della fiscalità generale; in ogni caso il coinvolgimento dei privati è possibile solo se ai gestori vengono erogati finanziamenti pubblici.

È utile anche ricordare che i servizi pubblici, nella prospettiva europea (art. 106 T.F.U.E.), si muovono secondo due linee fondamentali: garantire la coesione sociale e territoriale, salvaguardare la competitività dell'economia europea, applicandosi anche in tale settore le regole della concorrenza; il che genera l'immanente ricerca di un equilibrio mobile, a prescindere da norme derogatorie.

Sempre dal diritto europeo derivano le nozioni di concorrenza “nel mercato” e di concorrenza “per il mercato”: la prima significa che la fornitura del servizio medesimo può essere svolta da una pluralità di operatori in concorrenza fra di loro, sulla base di un semplice provvedimento di autorizzazione generale, teso a verificare il possesso dei requisiti tecnici ed economici per intraprendere il servizio; la seconda significa che il servizio pubblico si presta ad essere svolto in modo efficiente da un unico gestore e l’attribuzione del servizio avviene sulla base di una procedura competitiva dell’affidamento della concessione alla quale possono partecipare su un piano di parità tutti i potenziali interessati (c.d. mercato virtuale).

Nella visione europea non vi è alcuna preferenza tra proprietà pubblica o privata delle imprese e gli Stati membri sono comunque liberi di scegliere il modello della gestione diretta o quello dell'affidamento del servizio a soggetti terzi, tramite procedura ad evidenza pubblica. Per L’Italia la norma base si trova nell’articolo 43 della Costituzione.

Il nuovo diritto amministrativo conosce, accanto alle indicate figure tradizionali, una terza forma di gestione, ancora sostanzialmente interna all’organizzazione della pubblica amministrazione, la cosiddetta società *in house*, che ha avuto un ampio sviluppo nell’organizzazione dei servizi pubblici locali.

Vi è poi una quarta forma, pure largamente usata nel campo dei servizi locali, ed è la cosiddetta società mista che, secondo i principi del diritto europeo, è caratterizzata dall’avvio di una procedura competitiva a doppio oggetto, relativa alla scelta del socio dell’affidamento della gestione alla società tramite il rilascio di una concessione. Essa è una forma di partenariato pubblico-privato istituzionale, che realizza una collaborazione stabile di lunga durata attraverso l’istituzione di un’organizzazione comune.

Tale figura può assumere la forma di tipo istituzionale o di tipo contrattuale.

In quest'ultima rientra la quinta forma di gestione dei servizi pubblici, ossia la concessione del servizio a imprenditori terzi, selezionati sulla base di procedure competitive nei casi in cui per ragioni tecniche ed economiche il servizio si presta ad essere erogato da un solo gestore.

Qui emerge l'indicato concetto di concorrenza "nel mercato".

Sul piano organizzativo non vi è un coinvolgimento diretto del soggetto pubblico nella gestione del servizio e il rapporto non è regolato dal contratto di società, ma dal contratto di servizio.

Da ultimo, con l'abrogazione dell'articolo 13 della legge 4 agosto 2006, n. 248 da parte dell'art. 29 del decreto legislativo, viene riportata nell'ambito della disciplina generale anche la cosiddetta società strumentale; il che non esclude che continui a costituire un modello di gestione a sé nel sistema, in ragione dell'esclusività dell'oggetto, caratterizzato dal fatto di svolgere attività soltanto a favore dell'ente e che rappresenta, nella visione della Corte Costituzionale (2), un caso classico <<di attività amministrativa di diritto privato>>.

Non a caso, nella classificazione dei modelli proposta dal parere del Consiglio di Stato (3), che ha preceduto l'emanazione del decreto legislativo, esso viene disegnato come categoria autonoma, da affiancarsi alla società a partecipazione pubblica, alla società quotata, alla società a controllo pubblico ed alla società *in house*.

2. Pur non avendo voluto rinunciare alla doverosa rassegna delle principali forme di gestione dei servizi pubblici, così come si intravedono nel prisma del diritto comunitario, il presente contributo si propone di indagare la sottile linea

che lega la struttura amministrativa pubblica ai tipi societari privati utilizzati e gli effetti giuridici che tale <<ibridazione>> comporta.

La delicatezza del “contatto” è determinata sia dal fatto che le strutture organizzative utilizzate dal potere pubblico obbediscono a logiche ed a regimi giuridici differenti da quelle del soggetto che le utilizza, sia dal fatto che il servizio pubblico è per definizione il settore dell’esercizio non autoritativo dell’attività amministrativa, che è anche attività d’impresa. Quindi, in quanto oggettivamente diretta alla produzione di beni e servizi, rimane indifferente alla dicotomia pubblico- privato del soggetto che la pone in essere.

Venendo al punto da cui si intende riguardare il fenomeno e per rimanere ancorati alla realtà normativa, la ricerca tenta di fornire una risposta all’interrogativo se il decreto legislativo (n. 175 del 19 agosto 2016, pubblicato nella G.U. n. 210 dell’8 settembre 2016) abbia fornito un nuovo modello di società pubblica, da affiancare a quelli disciplinati dal codice civile; e, in particolare, se ha dato una risposta al problema, che si agitava nel regime previgente, ossia se la scelta dell’amministrazione di organizzare e gestire il servizio pubblico, avvalendosi della società commerciale con la presenza di soci privati, determini o meno il sacrificio dello scopo lucrativo al fine di garantire l’interesse pubblico.

3. Il decreto legislativo indicato ha risolto molti dei problemi che animavano la materia delle società a partecipazione pubblica.

Infatti, ha disciplinato la responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, sottoponendoli alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, senza escludere il danno erariale; ha contemplato la fallibilità delle società pubbliche e la loro sottoposizione al concordato preventivo, prevedendo piani di risanamento

nonché la progressiva dismissione, fusione e soppressione delle società in perdita; ha dato una disciplina organica alle società *in house* ed a quelle a partecipazione mista pubblico- privata, stabilendo, in particolare, la necessità per queste ultime della gara a doppio oggetto; ha riportato nell'alveo della disciplina codicistica la gestione del personale, sancendo la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative alle procedure di reclutamento.

Tuttavia, come già preannunciato, nessuno degli indicati istituti entra direttamente nel fuoco della presente ricerca, che invece ha come oggetto il rapporto, disegnato dal nuovo decreto, delle società a partecipazione pubblica con i modelli e le categorie utilizzate dal codice civile, ossia il contratto di società, la causa, i tipi, lo scopo, il controllo ed altro ancora.

Il tutto naturalmente va inserito nella positiva disciplina dell'organizzazione e gestione del servizio pubblico, per non tradire il titolo della ricerca.

E' bene isolare le norme, per così dire, di sistema, contenute nel decreto legislativo, unitamente a quelle contenute nel decreto sui servizi pubblici.

Le prime norme che vengono in rilievo sono contenute nell'articolo 1 che, nel delimitare l'oggetto della disciplina alla costituzione, all'acquisto, al mantenimento ed alla gestione di partecipazioni in società da parte delle amministrazioni, stabilisce che si intende perseguire l'efficiente gestione delle partecipazioni, tutelare e promuovere la concorrenza nel mercato, razionalizzare e ridurre la spesa pubblica.

Vengono conservate le società a partecipazione pubblica di diritto singolare e si prevede la possibilità di escludere l'applicazione delle disposizioni del decreto a singole società, anche al fine di agevolare la quotazione, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Parimenti vengono escluse dalla normativa

tutte le forme di partecipazione pubblica in associazioni e fondazioni, in considerazione dello scopo normalmente non lucrativo da esse perseguito.

La vera norma di sistema sembra essere, tuttavia, quella in cui si stabilisce che, per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del decreto in esame, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e nelle leggi civili generali.

E' utile ricordare, infatti, come la dottrina civilistica (4) aveva individuato nell'articolo 4, comma 13, secondo periodo, del decreto legge n. 95 del 2011 una delle norme di sistema che dovevano orientare l'interprete nell'ipotesi in cui il legislatore derogasse al sistema codicistico, laddove appunto stabiliva: *“Le disposizioni 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, ove non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”*. Non a caso tale norma è stata espressamente abrogata dal decreto legislativo in esame.

Orbene, la disposizione sta a dimostrare che il decreto non ha creato un nuovo modello o tipo di società a partecipazione pubblica da affiancare alle società commerciali disciplinate dal codice civile, bensì ha consolidato il sistema previgente fondato, come già riferito, sulla maggiore o minore vicinanza con la struttura amministrativa pubblica e sulla valorizzazione delle figure già elaborate dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dai frammentati interventi del legislatore.

Ciò è confermato anche da quanto stabilito nell'articolo 3, laddove si afferma che le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società per azioni e a responsabilità limitata, prevedendo per quest'ultima, che nell'atto costitutivo e nello statuto bisogna contemplare la nomina dell'organo di controllo o di un revisore e che la revisione legale non può essere affidata al

collegio sindacale. Rispetto allo schema originario, il decreto legislativo ha esteso la partecipazione pubblica anche alle società per azione consortili e alle società a responsabilità limitata, che assumano la veste di società cooperative.

Viene, quindi, fatto salvo il principio per cui l'amministrazione possa continuare a fare uso di alcune delle società disciplinate nel codice civile; il che lascia aperto il problema di fondo che ha agitato il tema dell'azionariato pubblico sin dal suo primo apparire, ossia se l'uso pubblico di società commerciali possa stravolgerne la causa tipica e la finalità di lucro, affermando, così, il principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive (5).

Viene in rilievo, altresì, l'articolo 4, laddove stabilisce che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Viene da chiedersi se tale norma sia sufficiente a far ritenere possibile il sacrificio, a favore dell'interesse pubblico, della remuneratività del servizio che si intende creare. A meno che non si voglia assegnare alla disposizione la funzione di limitare semplicemente il ricorso all'azionariato da parte delle amministrazioni, vietando ciò che forse era pacifico anche prima, ossia che non si può partecipare o creare società al solo scopo di perseguire utili, come un qualunque operatore del mercato.

Fondamentale ai fini della ricostruzione del sistema è la disposizione contenuta nell'art. 5, laddove stabilisce che l'atto deliberativo della costituzione di una società a partecipazione pubblica deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento di finalità istituzionali e deve indicare le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, sia in ordine alla

convenienza economica sia alla sostenibilità finanziaria, in considerazione della possibilità di destinazioni alternative delle risorse pubbliche impegnate, nonché della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

In tale fase del procedimento è preponderante il ruolo affidato alla Corte dei conti che, sulla scorta dell'articolo 20 del decreto, può formulare rilievi a tutto campo e spingere il controllo fino al sindacato della compatibilità della scelta con il piano di razionalizzazione dell'assetto complessivo delle società a partecipazione pubblica.

Del decreto legislativo sui servizi pubblici locali, è particolarmente significativa non solo l'indicata disposizione che giustifica il servizio pubblico solo laddove c'è l'insufficienza del settore privato a garantirne la produzione, ma soprattutto quella possibile lettura della medesima norma che sembra posporre l'istituzione alla impossibilità di imporre, da parte dell'amministrazione, obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel settore del mercato di riferimento.

Naturalmente, diventa centrale la disposizione (art. 7) che disciplina le modalità di gestione del servizio, laddove utilizza i collaudati modelli dell'affidamento indiretto a società mista o mediante concessione, previo esperimento della procedura ad evidenza pubblica; nonché quelli dell'affidamento diretto *in house*, della gestione in economia o mediante azienda speciale, vietando l'uso di questi ultimi due modelli per la gestione dei servizi a rete, al chiaro fine di immettere nel mercato la gestione della rete anche quando l'amministrazione ne conserva la proprietà. Particolarmente significative sono le disposizioni che impongono all'amministrazione la motivazione sulla scelta dell'affidamento *in house* o della gestione mediante aziende speciali, che deve dare conto delle

ragioni del mancato ricorso al mercato; ed in particolare del fatto che la scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi *standard*, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché l'ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Gli articoli da 6 a 10 del decreto riguardano i principi fondamentali sull'organizzazione e gestione delle società a controllo pubblico. Nell'ambito della ricca disciplina, ai nostri fini, vanno ricordate le norme che impongono la contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali; la predisposizione di programmi di valutazione di rischio aziendale; la possibilità di emanare regolamenti interni e codici comportamentali degli imprenditori nei confronti dei consumatori; i programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione Europea; la competenza in materia degli organi principalmente rappresentativi dello Stato e degli enti locali; l'uso di procedure competitive per l'individuazione del socio privato; l'inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione in assenza o in caso di invalidità dell'atto deliberativo; la classificazione delle società partecipate sulla base di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi e molte altre.

La figura dell'organismo di diritto pubblico non viene nemmeno ricordata e rimane disciplinata nel codice dei contratti pubblici, a ulteriore riprova che essa assume ragione e limite nel settore dell'evidenza pubblica, in funzione di salvaguardia dei principi di diritto comunitario, anche rispetto a figure soggettive che abbiano una qualche colorazione pubblica.

Come si vede, anche questa normativa si muove in perfetta assonanza con quella dettata per le società a partecipazione pubblica.

La breve rassegna, oltre ad avere il chiaro scopo di dare concretezza alla ricerca, serve come base per dimostrare che - nonostante la presenza nell'ordinamento di una normativa generale, pur non sottacendosi l'importanza di talune norme di dettaglio - la gestione viene affidata ad una pluralità di modelli, peraltro già utilizzati, nonostante la passata frammentazione delle norme di riferimento.

4. La nuova normativa non sembra aver creato un modello generale, definibile <<ente pubblico in forma societaria>>. Tuttavia, essa consente, una volta per tutte, di concentrare in una pluralità di modelli ben definiti forma privata e sostanza pubblica.

La materia presenta forti analogie con il contratto ad oggetto pubblico, dove pure i vari tipi che compongono la categoria sono costruiti sul grado di compenetrazione tra provvedimento e negozio. Forse è il caso che la dottrina sperimenti l'inclusione in esso del contratto di società posto a base dei vari modelli societari in cui si articola l'organizzazione dei servizi pubblici (6).

È utile fornire il quadro generale in cui essa si inserisce.

In linea di principio non si dubita più della perfetta compatibilità ad utilizzare l'azionariato pubblico per raggiungere finalità di carattere generale, né del fatto che il legislatore può fare uso disinvolto dei vari tipi di società di capitali per raggiungere fini e scopi non lucrativi.

L'affermarsi del principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive si è avuto a seguito della cosiddetta <<detipizzazione>> dell'ente pubblico, unitamente ai fenomeni delle privatizzazioni e delle esternalizzazioni dei servizi

pubblici. Questo ha indotto il legislatore ad intervenire su singole società a partecipazione pubblica in maniera caotica e disordinata, determinando non solo la nascita di società di diritto speciale, ma addirittura facendo emergere delle vere e proprie società di diritto singolare, come è stato notato (7).

In altri termini, la dottrina aveva sempre dovuto escludere l'esistenza di una categoria unitaria delle società a partecipazioni pubbliche e prendere atto che l'unico elemento certo era la presenza di capitale pubblico in società disciplinate dal codice civile, che, in quanto tali, aspiravano ad imporre il loro regime giuridico rispetto a quello che governava la soggettività pubblica. L'assenza di un diritto comune aveva generato il campo dei diritti speciali e dei diritti singolari, come pure è stato osservato (8).

Il campo era dominato da due filoni fondamentali: il primo, in base al quale l'esigenza di garantire interessi pubblici aveva comportato la necessità di superare lo scopo lucrativo delle società commerciali, diventate quindi uno strumento neutro utilizzabile per finalità diverse, con la conclusione che la presenza dell'interesse pubblico portava alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile; il secondo, in base al quale la scelta dell'amministrazione di avvalersi della società commerciale comportava anche quella di sottoporsi al regime societario privatistico e quindi la necessità di perseguire il fine di lucro, indispensabile per tutelare i soci privati, che non possono vedersi sacrificata la remuneratività del loro investimento.

Nel primo filone si inserisce la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel secondo quella della Corte di cassazione.

Non è il caso di ripetere qui le argomentazioni svolte a favore dell'una o dell'altra tesi.

Ai fini della ricerca, dei tanti robusti argomenti contrapposti, interessano, da un lato (9), quello in base al quale la finalità pubblica sarebbe compatibile con lo scopo lucrativo, dovendosi ritenere, soprattutto dopo la riforma del diritto societario del 2003, che l'interesse sociale non abbia una connotazione omogenea unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci, ma anche interessi diversi, riferibili a soggetti terzi; dall'altro (10), quello in base al quale la società di capitali del codice civile non può essere considerata neutra nemmeno rispetto ai fini perseguiti da coloro che la costituiscono, essendo rigidamente caratterizzata dal fatto che il fine deve essere lucrativo, ossia naturalmente predisposta all'acquisizione e alla ripartizione dell'utile tra i partecipanti.

Sicché viene in rilievo la democrazia degli azionisti e, dunque, il potere di decisione della maggioranza, proporzionato al rischio, ivi compreso il potere di controllo e di autotutela della minoranza, che non può mai essere privata del rispetto dell'interesse lucrativo comune.

È il caso di segnalare una recente sentenza del Consiglio di Stato (11), che, a proposito dell'applicabilità alle università libere della normativa sulla trasparenza, ha ritenuto che l'individuazione dell'ente pubblico va fatta sulla base di criteri non statici e formali, ma dinamici e funzionali, in quanto uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e può, invece, averne un'altra ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. Questo, per i giudici di Palazzo Spada, non contrasta con l'indicata legge n. 70 del 1975, <<in quanto alla base della qualificazione funzionale di ente pubblico ci deve essere sempre un fondamento normativo da cui derivano, per quell'ente, obblighi e doveri, oppure prerogative e poteri, di natura pubblicistica>>.

A riprova della natura <<cangiante>> dell'ente pubblico, il supremo giudice amministrativo esibisce l'esempio dell'organismo di diritto pubblico; del gestore del servizio pubblico rispetto alla disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi; delle società strumentali o titolari di funzioni amministrative esternalizzate, sottoposte alle norme del procedimento amministrativo; delle società a controllo pubblico rispetto all'obbligo di reclutare personale nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Nell'importante sentenza viene espressamente citato lo schema del decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica.

In conclusione, l'impressione è che il decreto legislativo, pur senza aver creato un modello unitario di società a partecipazione pubblica, renda possibile la conciliazione delle due posizioni contrapposte.

5. Anzitutto, la semplice presenza di una normativa generale in materia neutralizza l'argomento - utilizzato dalla Cassazione (12) per rinvenire nel codice civile la normativa e i modelli societari di riferimento - in base al quale non si può costituire un ente pubblico, comunque denominato, se non in base alla legge, così come statuisce l'articolo 4 della legge 20 marzo 1970 n. 75.

Ora, infatti, la legge esiste ed è essa il riferimento normativo principale; e solo quando la disciplina ivi dettata è insufficiente bisogna attingere dal libro quinto del codice civile e, in particolare, dalla normativa dettata dall'articolo 2249 del codice civile sulle partecipazioni pubbliche.

Tuttavia, bisogna vedere che tipo di assetto societario ne viene fuori.

In secondo luogo, il mancato inserimento da parte del legislatore di un modello unitario consente ancora di ritenere che l'interesse pubblico non ha la forza di alterare il tipo societario. Sembra, pertanto, possibile la configurazione,

attraverso lo strumento statutario, di una società diversa da quelle contemplate dal codice civile, salvo il limite invalicabile della economicità (cosa diversa dalla lucreatività), che diventa una regola necessaria a governare, trasversalmente, sia l'attività amministrativa di diritto privato sia l'attività negoziale dei privati.

A proposito dell'organizzazione del servizio pubblico bisogna distinguere il momento della costituzione della società, o dell'acquisto di partecipazioni in società già costituite, dal momento dell'assunzione e gestione del servizio pubblico. Essi sono collegati, nel senso che normalmente si costituisce la società per affidargli la gestione del servizio, il che porta a ritenere che la società nasca già con un 'vincolo di scopo'.

Inoltre, il primo corno della vicenda si poggia su due istituti: l'atto deliberativo di costituzione della società e la costituzione della società medesima, sicché il momento dell'assunzione del servizio e quello della gestione finiscono con l'essere intimamente collegati.

L'atto deliberativo si inserisce in un procedimento amministrativo molto articolato, laddove si prevede una istruttoria, una decisione ed un controllo da parte della Corte dei conti. Tuttavia la funzione più importante è quella, apparentemente nascosta, di legittimare la struttura amministrativa a procedere alla fase più propriamente negoziale, che comprende la costituzione della società e l'affidamento ad essa del servizio. Essa è una vera e propria autorizzazione, in cui vengono fissati vincoli, modalità operative e poteri, al pari di quanto accade nell'attività imprenditoriale privata svolta in forma associativa.

Tale istituto presenta forti analogie con l'autorizzazione diretta al responsabile del procedimento che intenda procedere alla costituzione di un accordo procedimentale, ai sensi dell'art. 11, comma 4 bis, della legge generale sul procedimento amministrativo. Ritorna, dunque, l'indicato richiamo del contratto

ad oggetto pubblico anche a proposito del contratto di società a partecipazione pubblica (13).

Ai nostri fini, l'attenzione va concentrata sull'esercizio della discrezionalità riguardante la scelta del modello societario cui affidare il servizio, in quanto, proprio a tal proposito, si intrecciano i limiti interni ed esterni della discrezionalità amministrativa, che si deve muovere nell'ambito dell'atto deliberativo, e quelli derivanti dalla rigidità del sistema societario disegnato dal codice civile.

Sono stati già indicati i punti su cui si deve articolare l'atto deliberativo, che deve riguardare non solamente la scelta della costituzione, ma anche del tipo di società cui affidare il servizio.

Il modello verrà scelto in base al rapporto di "vicinanza" che si intende istituire tra la società privata e la struttura amministrativa e, quindi, in base al maggiore o minore coinvolgimento degli operatori privati del settore, dopo averne verificato l'impossibilità di affidare il servizio direttamente ad essi.

Il punto è molto importante, in quanto nel nuovo sistema la scelta di organizzare il servizio pubblico da parte dell'amministrazione deve scaturire da una necessità del mercato, laddove, appunto, nessun operatore privato è disponibile a farlo, e, quindi, solo quando sorge la necessità di investire fondi pubblici - attinti dalla fiscalità generale - per far fronte alle esigenze specifiche degli utenti della collettività organizzata. Tuttavia, non si può organizzare il servizio ad ogni costo, ma solo ove vi siano concrete possibilità di coprire i costi con i ricavi; ed è questa la fondamentale differenza con il sistema precedente (14).

Sicché, il limite vero in cui il responsabile del procedimento si trova ad operare ed il cui superamento esalta massimamente le sue doti manageriali, riguarda il fatto che deve organizzare il servizio nel segno della economicità, con il rischio di fallimento, laddove gli operatori privati hanno giudicato non conveniente

assumerlo in proprio (c.d. fallimento del mercato), con l'ulteriore onere di coinvolgerli comunque, lasciando loro intravedere possibilità di guadagno. Inoltre, la possibilità di guadagno deve fondarsi sul meccanismo per cui essa aumenta con l'aumentare dell'efficienza del servizio.

Forse anche in questo caso vale quanto si è avuto modo di sostenere in un'altra circostanza (16) circa il ruolo del responsabile del procedimento nella formazione degli accordi sostitutivi, ossia che la fase della costituzione della società destinata a diventare affidataria di un servizio pubblico diventa il centro delle relazioni giuridiche amministrative consensuali, atteso che essa comprende in sé anche il contratto, in questo caso di società, qualora vengano regolamentati profili generatori di obbligazioni senso tecnico: in proposito è utile il richiamo all'art. 29 della legge generale sul procedimento amministrativo.

A tal proposito si inserisce la scelta del tipo di società privata che si intende costituire o in cui si vuole entrare in qualità di socio pubblico.

6. È venuto il momento di occuparsi della fase negoziale dell'organizzazione del servizio pubblico.

Viene scelto il punto di osservazione più alto, ma le considerazioni valgono per tutti i modelli, visto che anche *l'in house* presuppone la costituzione di una società secondo il modello del codice civile ed ora si prevede anche la possibilità avvalersi di un limitato contributo di capitale privato.

In altri termini, in tutti i modelli è presente il contratto di società e lo statuto come veicolo per riportare all'interno dello schema le ragioni di pubblico interesse, ricavabili dal provvedimento deliberativo.

Viene, dunque, in rilievo l'ipotesi in cui l'amministrazione non voglia procedere all'autoproduzione del servizio, mediante la costituzione di una società

in house o di un'azienda speciale, e quindi il caso di una società a partecipazione mista pubblico-privata per la produzione di un servizio economico generale, visto che in tale ipotesi, con la presenza di capitale privato, si registra il maggior scontro tra <<il diritto amministrativo e il diritto privato>>.

La stipulazione di un contratto di società tra un soggetto pubblico e un soggetto privato mette in discussione la stessa nozione di contratto con comunione di scopo in cui esso rientra, atteso che lo scopo del primo di perseguire l'interesse pubblico ad assicurare il servizio alla collettività ad ogni costo si scontra con quello del secondo di conseguire l'utile economico ad ogni costo, quale ineliminabile condizione della sua partecipazione.

Tuttavia, il nuovo sistema, laddove si prevede l'inevitabile presenza del requisito dell'economicità del servizio, ossia la necessità di coprire comunque i costi con i ricavi derivanti dalla gestione, assicura la tenuta del sistema, atteso che, soprattutto in periodi di crisi economica, l'operatore privato si accontenta di operare in una posizione di marginalità nel mercato, rinunciando temporaneamente al conseguimento dell'utile.

E' bene non sottacere che il peso dell'indicato equilibrio ricade, almeno per i servizi a fruizione individuale, sull'utenza, aggravando ancor di più la crisi dello Stato sociale.

La rivisitazione o il semplice richiamo delle categorie giuridiche elaborate dagli studiosi del diritto commerciale consente di ricomporre il sistema.

È noto come la dottrina meno recente (15) era solita distinguere all'interno del fenomeno associativo tra un elemento contrattuale e un elemento organizzativo, considerato irriducibile allo schema del contratto, mentre quella più recente (16) ammette la persistente presenza, oltre il momento genetico della

società, di un vincolo contrattuale fra soci in cui contratto e persona giuridica coesistono per tutto il corso dell'esecuzione del rapporto.

Inoltre, gli articoli 2247, 2511 e 2602 del codice civile consentono di individuare un elemento comune ad ogni specie di società - che attiene alla natura dell'attività esercitata in comune dai soci, costituita dall'attività "economica" - e un elemento specifico per ciascuna figura, costituito dalla natura dello scopo, quello lucrativo per le società, quello mutualistico per le cooperative e, per i consorzi, quello della disciplina o dello svolgimento di talune fasi delle rispettive imprese.

Le società, nonostante la norma unitaria di cui all'articolo 2247 posta ad apertura del titolo V del libro V del codice civile, formano un sistema composto da una pluralità di tipi contrattuali, ciascuno dei quali è destinato ad assolvere una distinta funzione nell'ambito del sistema economico. Ciò ha indotto la dottrina migliore (17) a ritenere che la disposizione indicata non definisce un tipo contrattuale, bensì detta le condizioni generali per il ricorso ad una pluralità di tipi.

Pertanto, l'articolo 2247 del codice civile non è sufficiente a definire la causa societaria, che va ricavata dall'esame congiunto della nozione generale da esso dettata e dalle caratteristiche dei diversi tipi di società.

Inoltre, l'articolo 2249 del codice civile stabilisce che le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi ivi disciplinati. Sicché, il sistema delle società si presenta chiuso e le parti possono scegliere solo tra detti tipi e non possono crearne di diversi da quelli disciplinati.

Ciò, tuttavia, non esclude che il legislatore possa derogare al sistema del codice civile e ammettere che si possano creare nuovi tipi di società che non rivestono i caratteri richiesti dall'articolo 2247, come, ad esempio, ha fatto per le

società sportive, ai sensi dell'articolo 10, comma 2, della legge 24 marzo 1981, n. 91.

Ma, come si è più volte notato, il legislatore in questo caso non ha operato in tal senso, limitandosi semplicemente a stabilire che il servizio pubblico può essere affidato soltanto a due tipi di società, quella per azioni e quella a responsabilità limitata.

Questo impone all'interprete di indagare le ragioni della scelta fatta e le sue conseguenze, attingendo proprio dalla sistematica dei contratti di società e dalla concreta disciplina dettata per i due tipi indicati.

Dalla dottrina migliore (18) apprendiamo che la funzione del contratto raggiunge il grado maggiore di complessità nella società per azioni, laddove la definizione della causa societaria si lega alla determinazione del concetto di interesse societario, figurante all'articolo 2441 del codice civile.

Rispetto ad essa si profilano tre ordini di interessi, tutti destinati ad essere realizzati mediante il contratto di società, il cui scopo rimane quello di trasformare la ricchezza conferita dai soci in una efficiente organizzazione imprenditoriale.

Il primo interesse consiste nell'utilizzazione del patrimonio sociale nell'esercizio dell'attività economica specifica che forma oggetto della società; il secondo che l'attività economica sia diretta alla realizzazione degli utili; il terzo che i profitti realizzati vengano più frequentemente e nella misura più alta possibile distribuiti ai soci.

Tali interessi si presentano come momenti causali tra loro coordinati e consequenziali, nel senso che per dividere gli utili tra i soci bisogna prima realizzarli e non si possono realizzare se non si assicura efficienza all'impresa. Questo schema non viene sconfessato, anzi viene rafforzato dal decreto legislativo.

Sotto questo aspetto vi è una profonda differenza tra società di persone e società di capitali.

Nelle prime ciascun socio ha diritto alla divisione annuale e integrale degli utili; nelle seconde la divisione degli utili viene deliberata a maggioranza e quindi sull'interesse dei singoli soci alla divisione prevale il diverso interesse all'autofinanziamento, della cui realizzazione è arbitra la maggioranza dei soci.

Nelle società per azioni, l'interesse alla massimizzazione del profitto è proprio delle minoranze dei soci, che normalmente sono in conflitto con l'interesse della classe imprenditoriale (anche pubblica), la quale, invece, punta all'efficienza dell'impresa sociale e al suo potenziamento.

Sicché, la finalità lucrativa - sulla quale tanto hanno insistito i civilisti (19) per negare cittadinanza all'impresa pubblica esercitata in forme e modi autonomi rispetto alla sistemazione codicistica - si riduce a ciò, che essa non può essere esclusa a priori, attraverso clausole statutarie che espressamente la vietino o attraverso clausole che impongano l'adozione di criteri di gestione non lucrativi.

In altri termini, lo scopo della divisione degli utili non è necessariamente lo scopo primario della società. Esso può essere collocato in posizione secondaria o meramente collaterale, mentre possono acquistare preminente importanza altre dimensioni dell'interesse sociale, ivi compreso quello di fornire un servizio efficiente alla collettività, ossia dare spazio e tutela a soggetti terzi, estranei alla struttura della società.

7. Anche l'istituto del motivo nella causa societaria merita una rilettura, che non si vuole certo fare ora, vuoi per lo spazio a disposizione, vuoi perché va oltre le forze di chi scrive.

Solo qualche considerazione.

La dottrina civilistica più attenta (20) contrastava l'orientamento giurisprudenziale amministrativo sostenendo che una cosa è l'oggetto sociale (l'attività), altra la causa (indefettibilmente lucrativa, ai sensi dell'articolo 2247 del codice civile); e che il primo non può obliterare la seconda, in assenza di una specifica norma che espressamente lo stabilisca. Inoltre l'interesse pubblico andava qualificato come un semplice motivo, quindi irrilevante secondo i collaudati schemi civilisti.

In proposito si osserva come la presenza di una normativa generale in materia di società pubbliche, che impone all'amministrazione di costituire società solo per il perseguimento dei suoi fini istituzionali, ossia il perseguimento di un "interesse pubblico" specifico, impone anche ai civilisti di misurare la sufficienza del proprio strumentario concettuale con quello proprio del diritto amministrativo.

Dal confronto ne deriva che l'interesse pubblico alla costituzione di una società civilistica avente come scopo l'affidamento della gestione di un servizio pubblico è tutt'altro che semplice motivo, in quanto si trasfonde in modo permanente nell'oggetto e, perciò, nell'attività.

Non a caso, la migliore dottrina amministrativa (21), a proposito degli elementi costitutivi del provvedimento amministrativo, ritiene che il motivo di pubblico interesse *"non è un elemento esterno al provvedimento, ma un modo di essere relazionale dell'oggetto"*.

8. Finalmente le conclusioni.

Chiedo scusa se, nel formularle, mi permetto di attingere ad un concetto che viene dalla grande letteratura italiana. Giuseppe Tomasi di Lampedusa, nel Gattopardo, quando ha dovuto chiarire la conversione dell'aristocrazia ai valori

della sorgente borghesia isolana, ha scritto che tutto cambiava perché niente cambiasse. Nel nostro caso, la disciplina di una materia che postulava la compenetrazione, su un piano paritario di importanza, tra regole economiche e regole giuridiche, consente di ritenere che niente è cambiato ma tutto è cambiato.

Prof. Gianpiero Paolo Cirillo

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Coordinatore dell'Ufficio studi della G. A.

Pubblicato il 24 settembre 2016

- (1) Per tutti, si veda M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il mulino, 2015, 337-340.
- (2) Corte Costituzionale, sent. n. 236 del 2008.
- (3) Lo si veda sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it. Molto interessante è anche il documento, dal titolo *Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica*, pubblicato nella rivista on-line *Amministrazione in cammino*. Sui possibili effetti della riforma Madia, si veda: M. Passalacqua, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Il disordine dei servizi pubblici locali*, a cura della stessa Passalacqua, 2016, spec. 75-81.
- (4) F. Goisis, *Il problema della natura e l'operatività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale europeo*, in *Riv. Econom.*, 23 ss. .
- (5) G. P. Cirillo, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2016 e in *Riv. Notar.*, 2015, 871 ss.; per i temi più generali, S. Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Giappichelli 2014, in particolare 39 ss. ;
- (6) Spunti di riflessione si possono trovare in G.P. Cirillo, *I contratti della pubblica amministrazione*, *Diritto Civile* (trattato diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini), 176 ss..
- (7) Fondamentale rimane lo studio di C. Ibba, *Le società legali*, Torino, 1992. Si veda anche l'ottimo studio di S. Valaguzzi, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Sara Valaguzzi, Milano, 2012, soprattutto 116 e ss., dove, una volta ripercorsa l'intera storia del rapporto tra il soggetto pubblico e il diritto privato, documentata da un ricco e ragionato apparato di note, perviene alla condivisibile conclusione che l'ente pubblico, e in particolare il Comune, abbiamo una capacità di diritto privato piena e di

autonomia negoziale, con l'unica differenza rispetto all'ente privato che questa è eterodiretta per la presenza dei limiti esterni incidono non sulla la capacità di diritto privato ma sulla formazione di volontà dell'amministrazione, che dipende dai meccanismi propri dell'esercizio del potere discrezionale e deve mantenersi nell'ambito delle competenze attribuite dalla legge alla persona giuridica pubblica. Sicché diritto pubblico e diritto privato si condizionano reciprocamente senza che prevalga l'uno sull'altro, in quanto essi si inseriscono in momenti diversi nella vicenda che porta alla definizione dell'episodio con cui l'amministrazione esterni il proprio potere negoziale.

- (8) Cammelli-Dugato, Le società degli enti territoriali alla luce dell'articolo 13 del decreto-legge n. 223/ 2006, in Studi in tema di società a partecipazione pubblica, a cura di Cammelli e Dugato, Torino, 2008,347. Si veda anche l'ottimo studio di A. Lucarelli , La trasformabilità di una società per azioni in house in Azienda speciale, Torino, 2014 nonché R. Ursi, Società ad evidenza pubblica: la governante delle imprese partecipate da regioni ed enti locali, Napoli, 2013.
- (9) Il filone è stato inaugurato da Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2002, n. 1574.
- (10) Tra le tante, va ricordata Cass., ord. 29 maggio 2008, n. 14201, anche per le tante altre suggestioni che evoca.
- (11) Cons. St. VI, 17 luglio 2016, n. 3043.
- (12) Tra le tante: Cass., S.U. 5 novembre 2013, n. 26283; id 10 marzo 2014 n. 5491; id 26 marzo 2014, n. 7177; id. 9 luglio 2014 n. 15594; id. 24 ottobre 2014, n. 22609; id 24 marzo 2014, n. 5848; e anche Cons. St., Ad. Pl., 3 marzo 2008, n. 1.
- (13) Si rinvia ancora a G.P. Cirillo, I contratti ecc., 187 ss. .
- (14) Per una lucida disamina dei profili economici applicati al diritto, si veda F. Trimarchi Banfi, Lezioni di diritto pubblico dell'economia, 126 ss. .
- (15) A. Graziani, Diritto delle società, Napoli, 1962,86 ss.; Gambino, Il principio di correttezza nell'ordinamento della società per azioni, Milano, 1987,109 ss. . In realtà queste dottrine limitavano la funzione del contratto al solo momento genetico, che quindi finiva con il perderla con la nascita della società.
- (16) Dalmartello, I rapporti giuridici interni nelle società commerciali, Milano 1937,105 ss.; Chiomenti, La revoca delle deliberazioni assembleari, Milano, 1969,95 ss; Buoncristiano, Profili della tutela civile contro i poteri privati, Padova, 1986, 133.
- (17) F. Galgano, Il negozio giuridico, in Trattato di diritto civile e commerciale di Cicu. e Messineo, 192 ss. .
- (18) Ancora Galgano, ivi, 194 ss. .
- (19) N. Irti, Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico- giuridico), in Riv. Soc., 1993,1, 445, ora in L'ordine giuridico del mercato, Roma- Bari, 208,166; G, Oppo, Diritto privato e interessi pubblici, in Riv. Dir. Civ., 1994, 36 ss.; Goisis, Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche, Milano, 2004.
- (20) Goisis, Il problema della natura e lucretività delle società in mano pubblica ecc., cit, 53 ss. .

(21) M. S. Giannini, diritto amministrativo, 1993, 251.