

OSSERVAZIONI IN TEMA DI SOCIETA' PUBBLICHE

della Dott.ssa Roberta Perrella

1. Premessa.

Le società pubbliche, da sempre, sono al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale e, proprio di recente, con il d. leg.vo n. 95 del 2012, convertito dalla legge n. 135 del 2012, il legislatore è tornato a occuparsi delle società a partecipazione pubblica.

Storicamente, il fenomeno delle società pubbliche è correlato a tre cause principali: l'affermarsi dello stato imprenditoriale a partire dagli anni '30 del secolo scorso, la privatizzazione formale degli enti pubblici negli anni '90 e, infine, l'esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi.

Queste società sono soggette alla disciplina prevista dal codice civile per le società per azioni e, dunque, al regime societario ordinario. Peraltro, a tali norme si aggiungono le disposizioni speciali che sono contenute nel codice civile e al di fuori di esso.

In particolare, la disciplina speciale che si è avvicinata negli anni ha operato lungo tre principali linee guida. La prima consiste nel porre limiti all'oggetto e all'autonomia di tali società.

La seconda linea direttrice si è sviluppata, invece, nel senso della moralizzazione del fenomeno delle partecipazioni pubbliche, per evitare che lo stesso desse luogo a “sprechi societari”.

Infine, l’ultima linea direttrice ha operato un’estensione alle società a partecipazione pubblica dei vincoli tipicamente pubblicistici.

Sia in dottrina sia in giurisprudenza ci si è posto il problema se le società pubbliche possano costituire società in virtù della generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione o se sia necessaria una mano autorizzata che consenta il ricorso al modello societario.

Sul questa questione si sono fronteggiate due tesi. ¹Alcuni hanno sostenuto l’eccezionalità del ricorso al modello societario.

A²ll’opposto la tesi prevalente in giurisprudenza ritiene che sussista una generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, che le consentirebbe di ricorrere al modello societario ogni qual volta sia funzionale per il perseguimento degli interessi pubblici.

¹ Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione, *Amministrazione in cammino*, rivista elettronica di diritto pubblico.

² Cons.St., sez V, 23 ottobre 2007, n. 5587, ord. In Foro it, 2008, III,68

2. L'evoluzione della normativa

Analizzando l'evoluzione normativa degli ultimi anni si evince chiaramente da una serie di indici, come la stessa sia proceduta nel senso di una capacità giuridica societaria speciale. Infatti, ciò si può desumere dalle norme sulle privatizzazioni, in particolare dalla legge n. 142 del 1990 che consente ai Comuni di costituire società per azioni. Inoltre, l'art. 3, comma 27, della legge n. 224 del 2007 pone una limitazione che riguarda tutte le pubbliche amministrazioni. Difatti, si prevede che quest'ultime possano costituire società solo qualora si tratti di società strumentali, di committenza e interesse generale. Proprio pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della legge in questione è stato affermato che si tratta di un limite legittimo alla capacità giuridica, in quanto si ravvisa l'esigenza di tutelare la concorrenza.³

Ulteriormente, l'ld. n. 78 del 2010 pone delle limitazioni alla capacità giuridica societaria dei piccoli Comuni. Il legislatore ha distinto tra Comuni con abitanti sotto i 30.000 e Comuni con un

³ Corte Cost. sent. 1 agosto 2009 n.326, in www.cortecostituzionale.it

numero di abitanti compreso tra 30.000 e 50.000. La limitazione consiste nel fatto che solo i secondi possono avere una società.

Di recente, il decreto legge n. 95 del 2012 (c.d. “*spending review*”) introduce norme che vincolano la capacità giuridica societaria. In particolare, l’art. 9 al primo comma stabilisce che, al fine di assicurare il coordinamento ed il conseguimento della spesa ed il migliorare svolgimento delle funzioni amministrative, le Regioni, le Province e i Comuni sopprimono o accorpano enti, agenzie ed organismi, comunque denominati, che alla data di entrata in vigore del decreto esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all’articolo 117 della Costituzione, oppure funzioni amministrative spettanti a Comuni, Province e Città Metropolitane.

Dunque, dall’analisi dell’evoluzione normativa si evince, *ictu oculi*, come oramai il diritto positivo sempre più confermi la tesi della capacità giuridica societaria speciale delle pubbliche amministrazioni.

3.La nuova disciplina sulla golden share

Sempre nel 2012, oltre al decreto legge sulla “*spending review*”, è stato emanato il decreto legge n. 21 del 2012, convertito dalla legge n. 56 del 2012. Il decreto, rubricato “Norme in materia di poteri speciali

sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni", .

Con questo decreto, l'Italia ha emanato una disciplina innovativa in materia di poteri di intervento dello stato in caso di operazione straordinarie riguardanti imprese strategiche attive, a seconda dei casi, nei settori strategici della difesa e della sicurezza nazionale, nonché delle comunicazioni, energia e trasporti. Tale normativa è stata adottata con l'intento sia di razionalizzare e circoscrivere gli ambiti di esercizio dei poteri statali sia di risolvere il contenzioso comunitario derivato dal precedente regime. Con la nuova regolamentazione si abbandona il principio della "golden share" e si passa al sistema del conferimento allo stato di alcuni "golden powers".

In origine, la normativa italiana in materia di "golden share" si era diffusa soprattutto a seguito del processo di privatizzazione di imprese pubbliche e prevedeva l'attribuzione allo Stato di alcune partecipazioni azionarie munite di poteri speciali. Tali poteri si articolavano in varie modalità: dall'opposizione all'acquisizione di partecipazioni rilevanti, al veto su alcune delibere societarie, al diritto di nomina di membri degli organi amministrativi.

Alcune norme successive avevano poi ampliato il concetto della “*golden share*”, prevedendo che tali prerogative speciali potessero essere inserite direttamente negli statuti delle società operanti in alcuni settori, specialmente in quelli della difesa, dell’energia e dei servizi pubblici, precludendosi dal possesso azionario da parte dello Stato. Sin dalla loro introduzione, queste norme erano state considerate, dalla Corte di Giustizia europea⁴, incompatibili sia con la libertà di circolazione dei capitali sia con la libertà di stabilimento.

L’Italia, dunque, era stata sanzionata dalla Corte di Giustizia, con richiesta di introdurre regole più certe che consentissero una valutazione *ex ante* delle possibili limitazioni all’attività e alle operazioni riguardanti le imprese operanti nei settori interessati.

Accogliendo il monito della Corte, il legislatore interviene adottando il citato decreto legge n. 21/2012, ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di modificare la disciplina in materia di poteri speciali attribuiti allo Stato nell’ambito delle società privatizzate, in quanto, come detto, lesiva della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, entrambe garantite al Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (art. 1 del decreto).

⁴ Corte Giustizia dell’Unione europea, sent. 26 marzo 2009, C-326/07

Nel dettaglio, il legislatore distingue tra poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e poteri speciali inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Con riguardo ai primi, l'art. 1 prevede che possano essere esercitati poteri particolarmente penetranti. Essi consistono nell'imposizione di specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alporre il veto all'adozione di delibere dell'assemblea aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, al trasferimento dell'azienda. Invece, con riguardo alle misure tese alla sicurezza degli approvvigionamenti sono previsti poteri meno penetranti e il giudice amministrativo ha una giurisdizione esclusiva e di merito, con rito abbreviato. In particolare, si prevede che una volta individuali gli attivi strategici qualsiasi deliberazione, da parte di un'impresa che ne detiene uno o più, deve essere notificata al Governo, qualora abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi.

A seguito di tale notifica, potrà essere espresso il veto a quelle operazioni che diano luogo ad una situazione eccezionale di minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza ed al funzionamento degli impianti e delle reti. Tale potere

di veto potrà anche essere esercitato tramite l'imposizione di specifiche condizioni.

4.L'individuazione della giurisdizione

Il fenomeno delle società pubbliche pone anche due altre questioni problematiche. La prima è quella riguardante l'individuazione del giudice competente sulle controversie in materia di azione di responsabilità proposta contro gli amministratori delle società.

La seconda questione, invece, riguarda l'identificazione della giurisdizione cui spettano le controversie aventi ad oggetto vizi del contratto di società derivanti da violazioni di legge poste in essere nel corso del procedimento amministrativo presupposto. Con riguardo alla prima delle due questioni, la disciplina dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori la si rinviene negli articoli 2393 e 2394 c.c.. In particolare, l'art. 2393 prevede che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori è promossa in seguito a una deliberazione dell'assemblea e può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione in carica dell'amministratore. Invece, l'articolo 2394 c.c. prevede che gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza alla conservazione del patrimonio

sociale. L'azione rivolta a far volere la responsabilità nei confronti degli amministratori può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta sufficiente al soddisfacimento dei loro crediti.

In giurisprudenza, si è sostenuto, nel 2009, che responsabilità contestabile ai dipendenti ed agli amministratori delle società pubbliche non è di tipo erariale, ma una responsabilità comune sottoposta alle norme del codice civile. Le controversie che si riferiscono, dunque, alla responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società pubbliche sono di competenza del giudice ordinario e non del giudice contabile.

Più di recente, le Sezioni Unite della Cassazione hanno dato continuità a tale orientamento giurisprudenziale. In dettaglio, si ritiene che la responsabilità contestabile all'amministratore o al dipendente di una società, anche a totale partecipazione pubblica, non sia di tipo erariale, ma si tratta di una comune responsabilità regolata dal diritto civile di cui conosce il giudice ordinario.

A tale regola fa eccezione l'ipotesi in cui l'azione di responsabilità sia rivolta a censurare il comportamento di chi, nella veste di rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di

decidere, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i suoi diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione.

Altra eccezione si ha nel caso in cui i comportamenti censurati siano tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche e implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio.

Infine, resta da analizzare la questione dell'individuazione del giudice competente a conoscere delle controversie aventi a oggetto vizi del contratto di società derivanti da violazioni di legge poste in essere nel corso del procedimento amministrativo presupposto. Si tratta di vizi che derivano da violazioni realizzate nel corso del procedimento presupposto e dunque di un'ipotesi di invalidità derivate.

In questa ipotesi sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti presupposti, ma il giudice amministrativo non può incidere sul contratto sociale che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, il contratto sociale non è un contratto di appalto e, dunque, non si può applicare ad esso la disciplina dei contratti pubblici e non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.