

# Società *in house* e responsabilità

di Giancarlo Montedoro<sup>1</sup>

1. Introduzione. 2. Il tentativo della politica di giocare a due mani e la impostazione sostanzialistica della giurisprudenza. 3. Profili critici legati all'adozione del metodo sostanzialistico. 4. La giurisprudenza sostanzialistica della Corte Costituzionale sui controlli contabili e le società pubbliche. 5. La giurisprudenza sostanzialistica della Corte di Cassazione sulla responsabilità amministrativa applicabile alle società pubbliche. 6. La giurisprudenza sostanzialistica della Corte di Giustizia CE sull'*in house*. 7. Conclusioni sulla responsabilità degli amministratori delle società *in house*

## Introduzione

1. Il diritto pubblico dell'economia, nella attuale fase, fa i conti con il tramonto della forma dell'ente pubblico, la conseguente diffusione del modulo organizzativo societario, la prevalenza della funzione amministrativa di regolazione su quella di amministrazione attiva, con il corollario della esternalizzazione dello svolgimento delle attività economiche, ed il correlato trionfo del diritto privato sul diritto pubblico.

L'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sono tuttavia incentrate prevalentemente sulle modalità dell'affidamento dei c.d. diritti speciali ed esclusivi di cui all'art. 86 del Trattato CE e non affrontano, se non marginalmente, il tema, molto importante, del regime delle responsabilità, civili, penali contabili connesse ai nuovi moduli organizzativi.

E' stato notato che il regime della responsabilità nelle società pubbliche palesa evidenti incertezze soprattutto con riferimento alla questione della *liability* degli amministratori, in ordine alla quale si registrano le differenti tesi della applicabilità della responsabilità civile o, al contrario della responsabilità amministrativa, o, ancora, della cumulabilità delle due.

Le incertezze sono state spiegate in termini di complessità della fattispecie nella quale sono misti i profili di carattere pubblico e quelli carattere privato.

In effetti le società pubbliche sono un fenomeno giuridico ibrido e, come tale, destinato a produrre perplessità nel giurista, tipiche dei casi in cui i criteri di classificazione qualificazione divengono incerti o plurimi.

Giampaolo Rossi ha recentemente ricordato che, secondo Massimo Severo Giannini, la legislazione sulle imprese pubbliche si presentava disordinata anche nel corso degli anni sessanta.

Eppure allora il motore immobile del sistema era l'ente pubblico e l'ente pubblico economico in particolare, una figura ormai recessiva, rispetto alla quale la giurisprudenza era concorde

---

<sup>1</sup> Consigliere di Stato

nell'affermare che il controllo fosse incentrato sulle funzioni di indirizzo dell'autorità politica e che vi fosse un controllo della Corte dei Conti ai sensi della legge del 1958.

Sulle società partecipate dagli enti pubblici economici, invece, v'era concordia nel senso che fossero soggetti privati, assoggettati ai comuni controlli delle società.

La giurisprudenza della Cassazione, a partire dall'ordinanza Cass. Sez. Un. n. 1282 del 1982, aveva escluso la responsabilità amministrativa sia per gli amministratori delle società che per quelli degli enti operanti come imprese.

Negli ultimi anni la formula della società per azioni di proprietà pubblica è stata diffusamente utilizzata dal legislatore nazionale e regionale e dagli enti locali, per conferire una struttura organizzativa più snella a precedenti organismi pubblici o per crearne di nuovi meno soggetti a vincoli istituzionali.

Nel contempo queste società si sono connotate come società speciali, ed il loro regime disciplinare si è quindi andato caratterizzando per una sorta di ibridizzazione del diritto privato e del diritto pubblico, che ha determinato una difficile convivenza delle regole del diritto privato e di quelle del diritto pubblico.

### **Il tentativo di giocare a due mani**

2. Il processo di privatizzazione si è accompagnato al tentativo della politica di giocare a due mani, cumulando i vantaggi della struttura privata e del radicamento pubblicistico.

In tal senso il modello ideale (per massimizzare la libertà d'azione della politica ) è quello che consente: 1) l'affidamento diretto del servizio da parte dell'ente pubblico; 2) l'esclusività nella gestione di determinate attività; 3) esoneri fiscali o destinazione speciali di entrate parafiscali in funzione degli scopi pubblicistici perseguiti; 4) ampia immunità dal diritto comunitario che impone regole di gara; 6) immunità da controlli di tipo pubblicistico e da responsabilità contabile; 7) immunità dal regime della responsabilità penale degli amministratori pubblici.

Naturalmente i diversi nodi interpretativi sottesi a ciascuna delle questioni prima menzionate sono nodi che possono sciogliersi in dipendenza della qualificazione pubblica o privata che si assegni alla società pubblica.

L'analisi empirica evidenzia, nella realtà fenomenica, varianti molto numerose dei modelli principali costruiti come ideal tipi dai giuristi (società *in house*, società miste, società operanti in base ad esclusive): e tale approccio empirico è il metodo migliore per cogliere il mix di pubblico e

privato esistente in ogni fattispecie. Non rinunceremo tuttavia a tentare di fissare delle coordinate di carattere generale.

Tesi intermedie, senza negare la natura privata delle società in mano pubblica, ne rimarcano i connotati di specialità e le conseguenti deroghe al diritto comune dei contratti e delle società.

L'approccio dominante ha iniziato ad interrogarsi sulla natura pubblicistica delle società sulla scorta della dottrina che ritiene che l'indagine sulla natura dell'ente non debba fermarsi solo alla constatazione della sua avvenuta trasformazione in società per azioni ma debba proseguire cogliendone i tratti di insieme, quali ad es. la istituzione *ex lege*, l'essere titolare di attività riservate, il perseguire interessi indisponibili ecc..

La Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 466 del 1993 ha ritenuto che nel conflitto di attribuzione fra il Governo e la Corte dei Conti, avesse ragione quest'ultima a ritenere la permanenza dei suoi poteri di controllo, tramite la presenza di un magistrato alle riunioni del consiglio di amministrazione delle società nazionali derivanti dalla privatizzazione degli enti pubblici economici a struttura istituzionale (art. 12 della legge n. 259 del 1958).

Anche la Corte di Giustizia delle Comunità europee nell'indagare sulla natura degli enti ai fini dell'applicazione del diritto comunitario avente finalità concorrenziali, prescinde dalle qualificazioni formali conferite dai diversi ordinamenti e cerca di attingere la sostanza economica delle fattispecie, al fine di garantire l'effettività delle regole del mercato (c.d. *workable competition*).

Il giudice amministrativo è stato sulla linea del giudice comunitario ma occupandosi della nota questione delle società *in house* e della loro esenzione (a monte) dalle regole di gara nonché della loro soggezione (a valle) all'evidenza pubblica comunitaria; la Corte di Cassazione, per suo conto, sulla stessa linea metodologica, con le sue recenti decisioni a Sez. Un. n. 19667 del 2003, n. 3899 del 2004 e 10973 del 2005, è approdata alla tesi della sussistenza della responsabilità amministrativa, ancorandola alla sussistenza di un rapporto di servizio con l'amministrazione del dipendente o dell'amministratore della società.

Complessivamente la giurisprudenza si è mossa nel senso di riequilibrare il tentativo di giocare a due mani, costruendo un modello organizzativo delle attività d'impresa pubblica che cumulasse i vantaggi del diritto pubblico senza bilanciarli con le correlate responsabilità.

### **Profili critici legati all'adozione del metodo sostanzialistico**

3. L'orientamento della Cassazione si muove quindi nel senso di estendere l'area della responsabilità amministrativa alle società in mano pubblica.

Si sostiene da parte della dottrina più attenta che la tesi della Cassazione sia gravida di criticità e possa rischiare di tradire la logica stessa dell'istituto della responsabilità.

In tal senso l'ibridazione del pubblico con il privato, nell'ordinamento italiano, si risolverebbe sempre con una vittoria del pubblico, un ritorno al pubblico che non gioverebbe alla linearità degli istituti.

Occorre ricordare che la responsabilità civile, affinata a partire dal diritto romano, persegue una duplice finalità di deterrenza e di imputazione.

Con le regole sulla responsabilità civile, nell'ottica di Guido Calabresi, ci si muove nel campo delle scelte tragiche, l'ideale sarebbe avere regole di prevenzione dei danni (ad es. un cavalcavia evita più incidenti di un passaggio a livello ma è evidente che la società civile non può pensare di eliminare tutti i passaggi a livello esistenti nell'ambito della rete ferroviaria); in mancanza di ciò ci si limita a spostare il danno ingiusto dal danneggiato al danneggiante, così disincentivando i comportamenti dannosi.

I criteri di imputazione classici di tipo soggettivo, basati sulla colpa, stanno lasciando il posto a criteri di imputazione sempre più oggettivi, volti ad assicurare che il danno sia sopportato dal soggetto che appare meglio in grado di sostenerlo.

La responsabilità civile appare una responsabilità patrimoniale, basata su colpa lieve, incentrata sul requisito dell'ingiustizia del danno, priva di elementi sanzionatori.

La responsabilità amministrativa secondo una tesi avrebbe natura risarcitoria, secondo altra tesi natura sanzionatoria.

L'elemento essenziale della responsabilità amministrativa, il suo fondamento teorico, deve rintracciarsi nel *rapporto di servizio*, od obbligo di servizio, fra un soggetto ed un'amministrazione pubblica, sicché possono dirsi nell'ambito o nell'area di operatività della responsabilità amministrativa tutte le condotte intercorrenti fra tale soggetto - sottoposto ad obblighi di servizio - e l'amministrazione che abbiano causato a quest'ultima un danno.

Il dolo e la colpa grave sono i criteri di imputazione. L'addebito è quindi commisurato alla gravità della colpa e non alla gravità del danno e tanto fa propendere per la natura sanzionatoria dell'istituto.

La finalità della responsabilità amministrativa è fondamentalmente diversa dalla finalità della responsabilità civile, in quanto è volta in modo specifico a tutelare l'amministrazione, è un istituto che si muove nell'ambito dell'ordinamento speciale dell'amministrazione e che trova la sua base in via normale, nella relazione che intercorre fra l'amministrazione ed un suo dipendente.

Non v'è dubbio che le società in mano pubblica siano soggette – come ogni altro soggetto dell'ordinamento – alla responsabilità civile ex art. 2043 cod. civ..

Per assoggettarle anche alla responsabilità amministrativa occorre enucleare un rapporto di tipo pubblicistico qualificabile come rapporto di servizio fra amministratori e società o forse fra amministratori e socio pubblico o fra società ed ente ed occorre inoltre dimostrare che tale rapporto sia rilevante nonostante il codice civile già preveda specifiche responsabilità degli amministratori nei confronti della società, dei soci e dei creditori.

La Corte di Cassazione e la Corte dei Conti iniziano a dare rilevanza alla natura erariale del patrimonio societario, in connessione con la natura pubblica delle attività svolte (in tal senso si favorisce una lettura giuspubblicistica del processo di privatizzazione).

Ciò completa la ricostruzione che la Corte costituzionale, a partire dalla già citata sentenza n. 466 del 1993, aveva effettuato del processo di privatizzazione, dandone una lettura in senso sostanzialistico.

### **La giurisprudenza sostanzialistica della Corte Costituzionale**

4. Nella c.d. sentenza Cheli (Corte Cost. n. 466 del 1993) si trova il primo tentativo di ricondurre il processo di privatizzazione delle partecipazioni statali, avviato con il d.l. n. 333 del 1992, nell'ambito di un regime giuridico "speciale" la cui specialità coincide con regole di diritto pubblico.

La decisione della Corte interviene in un conflitto di attribuzione sollevato dalla Corte nei confronti del Governo, per la mancata attivazione del controllo della Corte dei Conti sulle società succedute all'IRI, all'ENI, all'INA ed all'ENEL per effetto del decreto legge sopra ricordato.

Si tratta di una questione non attinente alla responsabilità degli amministratori della società o dell'ente controllante ma al controllo previsto dall'art. 112 della legge n. 259 del 1958, relativo alla gestione finanziaria degli enti ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria.

Per affermare la positiva permanenza di tale controllo la Corte Costituzionale ha usato degli argomenti che vengono tuttora richiamati in altri ambiti e che è bene ricordare :

- 1) il capitale azionario delle società pubbliche è – in tutto od in parte – imputabile a patrimonio pubblico e permane nella disponibilità della pubblica amministrazione ;
- 2) esistono norme speciali di diritto pubblico che regolano il passaggio del patrimonio dalla sfera pubblica alla sfera privata (regole di evidenza pubblica o norme speciali che consentono l'istituzione di società, essendo ora chiaro più di quanto fosse alle origini del fenomeno che, quando invece la società è costituita in virtù del mero uso della capacità di diritto privato, essa si appalesa come organismo *in house* e diviene forma di partenariato pubblico privato solo quando si sceglie il socio con gara );
- 3) la gestione delle società può incidere sui bilanci pubblici;

- 4) la dizione “enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria” di cui all’art. 100 della Carta fondamentale non distingue fra enti pubblici ed enti privati;
- 5) la gestione delle società per azioni assume quindi una rilevanza contabile, anche quando avviene nelle forme del diritto privato.

La natura della società per azioni è quindi, per la Corte Costituzionale, solo una veste formale, che non esclude affatto la rilevanza giuscontabile del fenomeno dell’uso della *pecunia publica* da parte del soggetto privato e, quindi, non esclude il controllo del giudice contabile legato alla posizione dello Stato di azionista unico o di maggioranza, controllo che cessa quando le partecipazioni vengono dismesse.

La forma della società pubblica è privata, la sostanza è pubblica. Il modello societario viene utilizzato per svolgere compiti e funzioni pubbliche. La società per azioni non rileva più come *contratto associativo*, avente lo scopo del profitto, ma come *mero modulo organizzativo*, neutro quanto a finalità perseguite.

Le finalità retroagiscono sul modulo organizzativo e lo qualificano, portando i giuristi a stabilire una serie complessa di deroghe al diritto comune, che qualifico queste società come enti pubblici o società di diritto privato speciale.

Lo Stato, la Pubblica amministrazione, è un azionista diverso dagli altri, e tanto comporta una serie di deviazioni dal diritto privato che ormai vengono considerate ragione sufficiente per ascrivere il fenomeno ad oggetto di studio dei giuspubblicisti.

### **La giurisprudenza sostanzialistica della Corte di Cassazione**

5. La giurisprudenza della Corte di Cassazione si è evoluta – come ha notato di recente Luisa Torchia – mutando orientamento sui due elementi tradizionalmente utilizzati per escludere la responsabilità amministrativa degli amministratori delle società in partecipazione pubblica.

I due elementi sono: 1) la natura delle attività svolte e 2) la sussistenza degli obblighi di servizio.

Il criterio della natura dell’attività svolta è servito a lungo per discriminare la responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici a seconda che si riferisse ad eventi dannosi connessi allo svolgimento di attività pubbliche o connessi all’esercizio dell’attività di impresa.

Nel primo caso si riteneva sussistente la giurisdizione del giudice contabile, nel secondo caso si riteneva sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Tale criterio si è abbandonato nella giurisprudenza più recente, per cui l’elemento decisivo per identificare l’ambito della responsabilità amministrativa sarebbe il patrimonio del danneggiato; se c’è danno all’erario allora c’è giurisdizione contabile.

La giurisdizione contabile scaturisce, dunque, in questa ottica, dal verificarsi di un evento dannoso in capo ad un'amministrazione pubblica, mentre non rileva più il quadro giuridico di riferimento (diritto pubblico o diritto privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso (Cass. Sez. Unite 22 dicembre 2003 n. 19667).

Occorre allora identificare la "pubblica amministrazione" danneggiata, e, a tal fine, le Sezioni Unite utilizzano un criterio ampio, secondo il quale l'amministrazione svolge un'attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato.

Viene, in questo modo, completamente neutralizzata la rilevanza del diritto privato, poiché ciò che conta è la finalità pubblicistica per cui agisce la pubblica amministrazione.

Il diritto privato è disciplina volta a regolare le attività materiali delle società pubbliche, ma non qualifica la loro attività a tutti i fini previsti dall'ordinamento, tanto che la responsabilità per tale attività viene disciplinata dal diritto pubblico, ed, anzi, da quel particolare istituto del diritto pubblico che è la responsabilità amministrativa (chè anche nel diritto pubblico la responsabilità civile della pubblica amministrazione, anche per violazione degli interessi legittimi, è disciplinata dall'art. 2043 cod. civ.).

Si è notato che su questa strada si può arrivare molto lontano (Torchia): per esempio, si può affermare che la giurisdizione della Corte dei Conti sussiste anche nei confronti di un'impresa - sicuramente ed interamente privata - che abbia ottenuto un finanziamento pubblico, con un mutuo di scopo, e ne abbia poi fatto cattivo uso.

A rilevare, infatti, non sarebbe la qualità del soggetto ma la natura erariale del danno e la pubblicità degli scopi perseguiti, di modo che, ove il privato, con le sue scelte, incida negativamente sul modo di essere del programma imposto dall'amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e l'incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno per l'ente pubblico, anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico, con il concorso dello stesso imprenditore, di cui deve rispondere davanti al giudice contabile (così Cass. Sez. Unite ordinanza 1 marzo 2006 n. 4511).

Anche il criterio degli obblighi di servizio ha subito una decisiva evoluzione: è sufficiente essere membro di una commissione nominata dal Presidente di una Regione e composta di professionisti non legati da un rapporto di impiego con la stessa regione, e partecipare, in tale veste, ad un procedimento di esecuzione di lavori pubblici, perché si possa configurare un rapporto di servizio

con la regione con conseguente sottoposizione a responsabilità contabile (Cass. Sez. Unite n. 18858 del 2004).

Ancora: se si tratta di una società pubblica, con partecipazione pubblica maggioritaria, e se è postulabile un rapporto di *relazione non organica ma funzionale* con un Comune, allora si può ravvisare il *rapporto di servizio*, e, quindi la giurisdizione della Corte dei Conti, per responsabilità da danno erariale (anche se è stato osservato che rimane poco chiaro come il rapporto fra i due soggetti l'ente e la società si riverberi sugli *amministratori della spa che non abbiano un autonomo rapporto di dipendenza con l'ente locale* cfr. Cass. Sez. Un. 26 febbraio 2004 n. 3899 caso Sogemi spa - Comune di Milano).

### **La giurisprudenza sostanzialistica della Corte di Giustizia CE**

6. Anche sul versante comunitario la sostanza prevale sulla forma.

L'esempio paradigmatico è dato dalla parabola concettuale dell'organismo di diritto pubblico e della c.d. teorica delle società *in house*.

L'espressione *in house* è usata per la prima volta nel Libro Bianco sugli appalti del 1998 nel quale la commissione europea, specifica il concetto di appalti *in house* come quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio fra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata.

L'ipotesi dell'amministrazione che affidi ad un ente dalla stessa controllata il compito di effettuare prestazioni di servizi, forniture o lavori viene definito *in house providing*, un modello di amministrazione per il quale si provvede ai bisogni della pubblica amministrazione mediante lo svolgimento di un'attività interna.

Il modello è, quindi, contrapposto a quello dell'*outsourcing*, o *contracting out*, in cui la sfera pubblica si rivolge al privato delegandogli la funzione amministrativa o, più semplicemente, il compito di produrre e /o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.

Il diritto comunitario non sancisce, come è noto, alcun particolare obbligo di *outsourcing* posto a carico delle pubbliche amministrazioni, i principi comunitari non impongono di rivolgersi sempre e comunque al mercato per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture.

*Non può nemmeno dirsi tuttavia che la scelta fra Stato e mercato sia indifferente* agli organi comunitari che possono sempre valutare di ogni assetto normativo interno che affidi alla sfera pubblica o alla sfera privata una determinata attività, la proporzionalità e razionalità economica e la rispondenza a canoni che non restringano indebitamente la concorrenza (e si pensi alla complessa vicenda relativa ai dubbi di legittimità comunitaria sulla sussistenza di una riserva di attività

pubblica nel settore delle scommesse). Si tratta dell'operatività del principio di sussidiarietà orizzontale costituzionalizzato nell'art. 118 comma 4 della Carta fondamentale.

L'*in house providing* è il tentativo operato dai giudici comunitari di armonizzare il principio di tutela della concorrenza con lo spazio di autoorganizzazione che deve riconoscersi alla pubblica amministrazione.

Come è noto il primo embrione della teoria dell'*in house* risale alla causa Corte di Giustizia CE Sez. V, 9 settembre 1999 c-108/98 *RI.SAN srlc. Comune di Ischia, Italia Lavoro spa e Ischia Ambiente spa*.

Per Corte giustizia Comunità europee, 09-09-1999, n. 108/98 l'art. 55 (ora 45) trattato Ce non si applica nel caso in cui un comune italiano, senza esperire previamente una gara d'appalto, scelga una società finanziaria come socio in una società a prevalente capitale pubblico locale avente a oggetto la gestione del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani; in questa situazione, infatti, tutti gli elementi sono confinati all'interno di un solo stato membro e non presentano alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi.

Successivamente la Corte di Giustizia ha affermato con la nota sentenza Sez. V, 18 novembre 1999 causa 107/98 *Teckal srl c. Comune di Viano e Azienda gas – Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* che la disciplina degli appalti pubblici non si applica quando ricorre lo schema della società in house, ossia ai rapporti fra amministrazioni aggiudicatrici fra loro o comunque a rapporti contrattuali che non intercorrono fra soggettività distinte (con correlativo scivolamento a valle dell'obbligo di esperire le gare).

La sussistenza di due soggettività formalmente distinte non rende applicabile la normativa comunitaria degli appalti pubblici occorrendo che i soggetti (l'amministrazione aggiudicatrice ed il contraente) siano anche, fra loro, sostanzialmente indipendenti.

In particolare l'indipendenza sostanziale manca quando:

- 1) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario del contratto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi;
- 2) il soggetto aggiudicatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che lo controllano.

L'*in house providing*, quindi, è una figura giuridica che generalizza la previsione di cui all'art. 6 della direttiva 92/50 CEE che non trovava riscontro nella direttiva in materia di appalti di forniture.

Il concetto di controllo analogo è stato poi oggetto di una profonda evoluzione.

Per controllo analogo si intende per la Corte di Giustizia, qualcosa di simile ad un rapporto di subordinazione gerarchica.

In particolare il controllo analogo si realizza quando sussiste uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sull'ente societario.

In detta evenienza l'affidamento in house è consentito senza fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica, poiché si è in presenza di un fenomeno di delegazione interorganica fra enti pubblici e non di fronte ad un contratto che esige l'applicazione delle regole a tutela della concorrenza.

E' necessario che sia verificata in modo puntuale l'assenza di autonomia del soggetto societario rispetto all'ente pubblico affidante.

La dottrina ha posto in evidenza la necessità di distinguere fra controllo strutturale e controllo sull'attività.

Il controllo strutturale si concretizza nel potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione o di vigilanza dell'aggiudicatario, il controllo di attività che consiste nella valutazione della conformità dell'attività svolta ad un parametro legale.

Il controllo strutturale è condizione necessaria ed imprescindibile perché si abbia una società in house, mentre il controllo sull'attività può esserci o non esserci, senza che ciò determini in modo decisivo la sussistenza del modello.

Appare importante distinguere il controllo analogo dall'influenza dominante che invece caratterizza in via generale i c.d. organismi di diritto pubblico (ossia gli enti privati o pubblici assoggettati alla disciplina degli appalti in forza della sussistenza dei c.d. tre requisiti: personalità giuridica, svolgimento di una missione di carattere generale di carattere non industriale o commerciale, influenza dominante della p.a.).

Perché ci sia influenza dominante basta il potere di scioglimento della società e di nomina dei liquidatori.

Il *controllo analogo si presume* in caso di *partecipazione totalitaria del 100%* in capo all'ente pubblico, che *deve accompagnarsi* ad altri requisiti come la nomina della maggioranza degli amministratori della società o dell'amministratore delegato; il controllo analogo, in sostanza, deve garantire la possibilità di decidere in modo determinante gli indirizzi strategici e le decisioni più importanti dell'ente in house.

Un oggetto sociale troppo ampio, vago ed eterogeneo esclude che ci si trovi di fronte ad un ente in house (sentenza Corte di Giustizia CE 22 luglio 2005 C- 231 /03 *Coname c. Comune di Cingia de' Botti*), così l'apertura a capitali esterni, l'espansione territoriale dell'attività in Italia ed all'estero, i poteri di ampia delega conferiti al consiglio di amministrazione.

Ma la società per azioni, dai tempi di Bearle e Means è connotata dalla scissione fra proprietà e controllo della ricchezza ed il diritto societario riformato, ha aumentato l'autonomia statutaria ma anche i poteri degli amministratori, prevedendo in capo a loro l'esclusività della gestione

dell'impresa (art. 2364 cod. civ. nuovo testo recante i poteri dell'assemblea; 2380 bis che recita la "gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale).

La nozione di oggetto sociale (e di oggetto sociale dedicato come è configurato dall'art. 13 della recente legge Bersani) è sempre più centrale per la configurazione di una società in house che sia nei limiti immaginati dalla Corte di Giustizia CE.

Occorrerà fare attenzione anche all'esistenza di eventuali patti parasociali, che possano escludere o configurare il controllo analogo, potendo il patto parasociale riguardare momenti nevralgici della vita della società e vincolare il diritto di voto (ad es. l'amministrazione potrebbe mantenere un socio occulto con un patto parasociale, stipulato contemporaneamente all'acquisto di tutte le partecipazioni sociali, così facendo venir meno l'*in house providing*).

In sostanza il controllo strutturale deve esistere e deve essere assai più intenso di quello che connota l'organismo di diritto pubblico.

Si è anche riassuntivamente richiesta una dipendenza triplice fra amministrazione e società: dipendenza formale (poteri formali che denotino un collegamento strutturale con primazia dell'ente controllante), dipendenza economica (poteri di condizionamento economico in capo all'ente controllante per cui esso riceve vita dall'ente controllante), amministrativa ( controllo significativo sull'attività svolta).

Il secondo requisito richiesto dalla giurisprudenza comunitaria è che, sul piano funzionale, la società in house realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico o con gli enti pubblici che la controllano.

Tanto può accadere sia nel caso in cui la società in house svolga per conto dell'ente pubblico un'attività di svolgimento di un servizio pubblico locale nei confronti dell'utenza, tanto nel caso in cui la società in house sia titolare di contratti nei confronti dell'ente pubblico controllante volti a procurare a quest'ultimo servizi, lavori o forniture.

La dipendenza strutturale non basta occorre anche che la società in house sia una società effettivamente dedicata allo svolgimento di attività per conto o nei confronti dell'ente controllante.

La verifica del requisito in questo caso non avviene sul piano dell'oggetto sociale ma dell'effettiva situazione esistente al momento della stipula dei contratti.

Un accertamento sul piano dell'oggetto sociale porterebbe ad escludere dall'*in house* le società che programmano nell'oggetto sociale di avere una pluralità di destinatari della loro attività.

Orbene, di recente, il legislatore interno italiano è intervenuto in materia, con l'art. 13 della legge Bersani, stabilendo una complessa disciplina che, in linea con i più recenti orientamenti comunitari volti a limitare l'*in house providing*, ma anche in relativa autonomia da essi, al fine di evitare il

fenomeno della c.d. *cross subsidization* delle società pubbliche per cui esse si muovono al di fuori degli ambiti territoriali di appartenenza, acquisendo commesse da enti pubblici diversi da quelli controllanti od affidanti i contratti *in house*, avvalendosi dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con l'amministrazione controllante.

Ai fini di tale disciplina il legislatore italiano ha equiparato società *in house* e partenariato pubblico-privato.

Tale fenomeno è ora proibito richiedendosi per le attività svolte nei confronti dell'ente controllante (non quelle svolte per conto) che esse siano esclusive.

In ultimo va considerato che la Corte di Giustizia ha ridimensionato l'istituto, del quale si tendeva ad abusare attraverso il fenomeno delle c.d. catene societarie e dei controlli indiretti, nonché attraverso le attività svolte nei confronti di terzi.

La Corte ha ritenuto che qualsiasi investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell'amministrazione pubblica.

Pertanto, secondo la Corte di Giustizia nella nota sentenza Corte di Giustizia CE 11 gennaio 2005, n. 2603 in causa C- 26/03 , *Stadt Halle* l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista senza attivare procedimento selettivi concorsuali violerebbe il diritto della concorrenza, offrendo ai soci privati dei vantaggi indebiti rispetto ai concorrenti .

In sostanza ora la società *in house* è un vero organo della p.a. dal punto di vista sostanziale (così Caringella) non contaminata da alcun interesse privato.

La presenza di un socio privato impedisce la realizzazione del controllo analogo a quello che l'amministrazione esercita sui propri servizi.

Dalla fattispecie concreta sottoposta all'esame della Corte risulta che la società mista per cui era sorto il giudizio, era esistente già da tempo e da ciò si sono tratti numerosi corollari :

- 1) sarebbe sempre possibile costituire società miste;
- 2) il socio privato dovrebbe essere scelto con gara, in tal caso sarebbe possibile l'affido diretto dell'appalto per cui è finalizzata la società (società mista come una sorta *societas unius negotii*);
- 3) gli ulteriori affidamenti alla società mista, successivi al primo diretto, che cristallizza l'oggetto sociale devono seguire con le regole dell'evidenza pubblica.

La società *in house* appare sempre più come un'impresa dimezzata (Cavallo Perin e Casalini).

## **Conclusioni**

7. La problematica della società in house è sorta al fine di decidere se le società in questione fossero o meno assoggettabile al diritto dell'evidenza pubblica comunitaria, ma il modo in cui si sono specificati i requisiti dei c.d. organismi in house non è privo di rilievo per la costruzione di un regime di responsabilità degli organi sociali e degli organi degli enti pubblici controllanti.

Può senz'altro affermarsi che sussista *un rapporto di servizio* fra società *in house* ed ente controllante, un rapporto di servizio che se non trasmoda in una compenetrazione organica tuttavia comporta l'inserimento stabile della società in house nell'attività inerente lo svolgimento delle funzioni dell'ente, *con controllo analogo* a quello che l'ente esercita sui propri servizi e con *attività prevalentemente se non esclusivamente dedicata* all'ente controllante.

In tal senso è applicabile l'insegnamento prima ricordato della Cass. nel caso Sogemi - Comune di Milano, e potrebbero essere considerati assoggettabili a responsabilità amministrativo contabile tutti gli amministratori di una società in house indipendentemente dal fatto di avere o non avere personalmente in atto un rapporto di servizio con l'ente controllante.

Dubbi consistenti invece sussistono con riguardo alla possibilità di configurare tale responsabilità anche per le società miste, anche se il caso SOGEMI riguardava proprio una di esse.

Naturalmente esistendo anche la responsabilità civilistica degli amministratori risulta che gli stessi sono assoggettati ad un regime doppio di responsabilità che non è immune da difetti di coordinamento.

Carlo Ibba ha ricordato la convivenza fra i modelli di responsabilità è cosa difficile, perché l'adozione della forma societaria comporta necessariamente e sicuramente, in primo luogo, l'applicazione del diritto societario.

Gli amministratori sono soggetti a responsabilità verso la società (art. 2392 cod. civ.), a responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394 cod. civ.) e verso i singoli soci ed i terzi (art. 2395 cod. civ.).

L'impostazione pan-pubblicistica che si è esaminata ed è da considerarsi prevalente nella giurisprudenza, finisce per privilegiare il socio pubblico nei confronti degli altri soci, e, quando il socio pubblico è unico socio, nei confronti dei creditori sociali.

Ne conseguono alcune domande che la dottrina più avvertita è solita rivolgere a se stessa.

Quale rapporto si deve costruire fra responsabilità amministrativo contabile e responsabilità civile?

L'interesse sociale può ancora sussistere a fronte di un così pervasivo interesse del socio pubblico?

Un'applicazione equilibrata della *regula iuris* impone di compatibilizzare ciò che in prima battuta può apparire incompatibile, interesse sociale ed interesse pubblico, interesse del socio ed interesse dell'amministrazione, poiché da una radicalizzazione delle differenze fra diritto privato e diritto pubblico deriverebbe solo la conclusione necessaria dell'impossibilità per l'amministrazione di usare del diritto privato, di concludere contratti, di avvalersi del diritto societario.

Una possibile compatibilizzazione sarebbe nell'individuare la natura residuale della responsabilità contabile, destinata a scattare quando le altre forme di responsabilità non abbiano funzionato o a seguito di illeciti penali.

Il punto di equilibrio è tuttavia ancora lontano dall'essere raggiunto, *l'in house* si muove fra successo del modello e diffidenza verso di esso, la giurisprudenza, con moto oscillatorio, apre al diritto privato ma poi prevede l'eterno ritorno del diritto pubblico, il legislatore tenta vie nuove ma che ancora attendono di essere validate dagli organi comunitari, gli stessi organi comunitari non sono approdati ad una definizione compiuta delle regole di partenariato pubblico- privato nemmeno sul piano dei rapporti con le regole dell'evidenza pubblica europea.

L'attività di impresa pubblica nelle sue nuove forme non ne esce incoraggiata ma, come è stato detto (Torchia) mortificata, da un ricorso ideologico alle forme del diritto pubblico.

Può essere vero, ma prima di ascrivere tutta intera la giurisprudenza del giudice ordinario, contabile, amministrativo e comunitario, ad un tentativo di indebita "supplenza", mi chiederei se la sfera pubblica quando usa del diritto privato ne fa sempre uso corretto, se siano possibili risparmi di risorse, se siano sempre adeguate le scelte gestionali, se si tratti di vere imprese o di un *terium genus* di attività in cui prevale inevitabilmente la riserva di attività, la posizione di monopolio o di rendita.

Se infatti si dovesse concludere in quest'ultimo senso, sulla base di una considerazione concreta ed empirica delle fattispecie, allora potremmo convenire che il sostanzialismo della giurisprudenza ha una sua ragion d'essere "ontologica", nell'impossibilità di definire il fenomeno come una volta per tutte appartenente al diritto privato o al diritto pubblico.