

Articoli e saggi

Ancora sullo scopo di lucro nelle società a partecipazione pubblica: spunti alla luce della disciplina sulle società benefit*

Elisabetta Codazzi, Francesco Goisis

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione della lucratività delle società a partecipazione pubblica nella prospettiva del cd. «operatore di mercato» di cui alla legge delega (n. 124/2015). – 3. (*Segue*): la disciplina di cui al testo unico. – 4. (*Segue*): la teoria dell'affievolimento dello scopo di lucro. – 5. Scopo di lucro e «finalità di beneficio comune» nelle società benefit. – 6. Le società benefit a partecipazione pubblica: considerazioni alla luce della legge, n. 208/2015. – 7. (*Segue*): considerazioni alla luce delle disposizioni del d.lgs., n. 175/2016. – 8. Alcune osservazioni ulteriori su società a partecipazione pubblica e modello benefit.

1. Premessa

Uno dei nodi sistematici più significativi, nonché controversi, che emergono dalla discussione sulle società a partecipazione pubblica, è, come ampiamente noto, quello relativo al loro scopo; tema sul quale la dottrina tradizionale si è spesa in un lungo e articolato dibattito, sia prima che dopo l'introduzione del testo unico di cui al d.lgs., n. 175/2016 (d'ora in poi «t.u.»)¹.

* Pur essendo il lavoro frutto di una comune riflessione, i paragrafi 1, 4, 5, 6, sono attribuiti a Elisabetta Codazzi e i paragrafi 2, 3, 7, 8 sono attribuiti a Francesco Goisis.

¹ Il dibattito tradizionale, antecedente al d.lgs., n. 175/2016, vede sostanzialmente la contrapposizione tra due orientamenti, l'uno volto a sostenere che l'interesse pubblico è da intendere come interesse extrasociale di alcuni soci, destinato a soccombere di fronte all'interesse sociale (tra gli altri, A. Asquini, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 618 ss., ivi, 621 s.; G. Sena, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 43 ss., spec. 57 s.; T. Ascarelli, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 ss., ivi, 1012 ss.; C. Grassetti, *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1958, spec. 1 s.; A. Mignoli, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725; G. De Ferra, *In margine alla riforma della società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. soc.*, 1967, 795 ss.; G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 93 ss.; A. Rossi, *Profili giuridici della società a partecipazione*

Lo scopo di lucro, la cui essenzialità sarebbe scontata se si condividesse l'idea che le società partecipate, al di là di alcuni profili di specialità, sono, a tutti gli effetti, delle società di diritto privato (salvo la previsione di specifiche deroghe legislative)², è, invece, requisito ridimensionato da quanti, sulla base di argomenti di diversa natura (tutti, invero, non insuperabili), giungono a ritenere che tale requisito (specie per quanto riguarda il profilo del lucro cd. "soggettivo") non costituisca elemento indefettibile della fattispecie, potendo essere derogato in ragione della ritenuta prevalenza dell'interesse pubblico³.

statale, Milano, 1977, 62 ss.) e l'altro, in base al quale il pubblico fine diverrebbe lo scopo della società, cosicché l'interesse al profitto degli azionisti privati di minoranza sarebbe destinato ad essere sacrificato di fronte all'interesse sociale (vedi, in particolare, S. D'Albergo, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960, 212; G. Ferri, *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale*, in *Riv. soc.*, 1958, 1184 spec. 1197; G. Cottino, *Partecipazione pubblica all'impresa e privata e gli interessi sociali*, in *Arch. giur.*, 1965, 45 ss.; A. Pavone La Rosa, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in Aa.Vv., *Gruppi di società*, a cura di A. Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 185 ss.; S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 192 ss.). Per una ricostruzione delle diverse tesi sul rapporto tra interesse pubblico e scopo sociale nelle società a partecipazione pubblica, si veda, tra i molti, M.T. Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino, 1992, Vol. VIII, spec. 93 ss. e 189 ss.

² Su tale problematica, propendendo per una qualificazione cd. privatistica della società a partecipazione pubblica e quindi per la sua piena lucratività, F. Goisis, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in questa *Rivista*, 2019, 23 ss.; Id., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, ivi, 2013, 41 ss. e più diffusamente Id., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, spec. 113 ss.

³ In particolare, R. Guarino, *La causa pubblica nel contratto di società*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 151 («La tipicità dell'art. 2247 c.c. è parziale perché riguarda le sole società lucrative. In altri termini, l'art. 2247 c.c., va letto nel senso che col contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, salvo quanto previsto per le società cooperative, consortili e pubbliche») e 153 s. (che con riferimento all'art. 2449 c.c., precisa: «La norma sancisce la possibilità che un soggetto di natura pubblica (Stato o enti pubblici) possa detenere una partecipazione al capitale di una società ed afferma indirettamente che tali società possono perseguire interessi pubblici e non lucrativi»); le medesime considerazioni sono riproposte dall'Autore a seguito dell'introduzione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, *La "causa pubblica" alla luce del testo unico 175 del 2016*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Cattricalà, Roma, 2016, vol. I, 285 ss., e 304 ss., spec. 311 ss., ove precisa che l'art. 4, t.u. (prevedendo, da un lato, il divieto per le pubbliche amministrazioni di partecipare al capitale della società «oltre quanto strettamente necessario per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente» e, dall'altro, consentendo agli enti pubblici di perseguire finalità lucrative «al solo scopo di ottimizzare e valorizzare i propri beni immobili»), avrebbe positivizzato la «causa pubblica», che, perciò, si porrebbe in alternativa a quella lucrativa, mutualistica o consortile. Si veda anche F. Cintioli, *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in Aa.Vv., *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di M. Vietti, Torino, 2014, spec. 588 s. e 597, ove precisa che nella società pubblica l'interesse pubblico sembrerebbe avere la prevalenza sugli interessi strettamente privati che emergono nell'esercizio dell'attività della società e, in tale prospettiva, anche le istanze degli *stakeholders* sarebbero interamente assorbite ed unificate nella figura della p.a. socio. Tra gli altri, si vedano M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997, *passim*; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 172; V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1992, 115 ss., che, pur riconoscendo un carattere in linea di principio lucrativo alle società a partecipazione pubblica, ammette la possibilità di far prevalere lo scopo pubblico in presenza di una previsione legislativa in tal senso.

A meno di non voler affrontare tale questione in modo aprioristico (sostenendo cioè che l'interesse pubblico confluisca nell'interesse sociale e, pertanto, possa comunque legittimare il sacrificio dell'interesse al profitto dei soci privati⁴), pare che gli spunti offerti dal vigente quadro normativo e sistematico, sia nel settore più specifico delle partecipazioni pubbliche, sia nell'ambito del più generale diritto societario, portino, invece, a confermare l'opinione (già espressa da chi scrive in altre sedi), secondo cui le società a partecipazione pubblica (comprese quelle *in house*) hanno una natura privatistica e la loro causa lucrativa può essere limitata o esclusa solo in presenza di una previsione di legge che espressamente disponga in tal senso⁵.

In questo quadro, che necessita di essere integrato con le considerazioni che verranno sviluppate nei paragrafi seguenti, pare interessante domandarsi se la pubblica amministrazione, al fine di comporre il tendenziale conflitto tra interesse pubblico e interesse privato (il quale, come noto, rileva soprattutto nell'ambito delle società miste, ma anche di quelle *in house* con una limitata partecipazione privata *ex art.* 16, comma 1, t.u.⁶), possa ricorrere allo schema della società benefit di cui alla legge del 28 dicembre 2015, n. 208, strumento preordinato al perseguimento sia dello scopo di dividere gli utili che di una o più «finalità di beneficio comune»⁷.

⁴ Cfr. a tal riguardo gli Autori citati nella precedente nota.

⁵ F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in questa Rivista, 2017, 1 ss.; Id., *Il Testo unico*, cit., 23 ss.; E. Codazzi, *La società in house, La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, spec. 159 ss.; Ead, *Società in house e scopo di lucro: una rivisitazione del tema alla luce del d.lgs. n. 175/2016*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 729 ss.

⁶ Uno dei requisiti inderogabili della società mista è rappresentato, come noto, dalla distinzione di ruoli tra socio privato (con compiti di gestione operativa) e del socio pubblico (con funzione di controllo sulla gestione): per un'analisi di tali profili, alla luce della disciplina di cui all'art. 17 t.u., E. Codazzi, *Le società miste*, in *Aa.Vv.*, *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, cap. IX, 291 ss.

⁷ Per un primo commento sulle società benefit, si rinvia ad Assonime, *La disciplina della società benefit*, Circolare n. 19 del 20 giugno 2016, reperibile su www.assonime.it; G.D. Mosco, *Scopo e oggetto nell'impresa sociale e nella società benefit*, in *A.G.E.*, 2018, 81 ss.; M. Palmieri, *L'interesse sociale: dallo shareholder value alle società benefit*, in *Banca impr.soc.*, 2017, 201 ss.; S. Corso, *La società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non profit*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 995 ss.; M. Riolfo, *Le società "benefit" in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa*, in *Studium Iuris*, 2016, n. 6, 720 ss., e, ivi, n. 7-8, 819 ss.; D. Lenzi, *Le società benefit*, in *Giur. comm.* 2016, I, 894 ss.; L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le "società benefit", un trapianto necessario?*, in *Contr. impresa*, 2016, 1134 ss. Per un'analisi estesa anche ai profili sistematici derivanti dall'introduzione della società benefit nel nostro ordinamento, si vedano i contributi pubblicati in occasione del *forum* sulle società benefit di C. Angelici, *Società benefit*, in *Riv. ODC*, 2017, 1 ss.; F. Denozza, A. Stabilini, *La società benefit nell'era dell'investor capitalism*, ivi, 1 ss.; G. Marasà, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, ivi, 1 ss.; M. Stella Richter jr, *Società benefit e società non benefit*, ivi, 1 ss.; S. Rossi, *L'impegno multistakeholder della società benefit*, ivi, 1 ss.; A. Zoppini, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, 1 ss. Ulteriori approfondimenti in D. Stanzione, *Profili ricostruttivi della gestione di società benefit*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 487 ss. Sul possibile impiego delle società benefit nel contesto delle "smart cities", D. Siclari, *"Creating value on the market and into society": le cd. benefit corporations nel contesto della strategia Europe 2020 per una crescita smart, inclusiva e sostenibile*, in

2. *La questione della lucratività delle società a partecipazione pubblica nella prospettiva del cd. «operatore di mercato» di cui alla legge delega (n. 124/2015)*

Al fine di poter meglio comprendere i termini della questione che ci si propone di analizzare nel presente scritto e di coglierne le possibili implicazioni sotto il profilo sistematico, pare opportuno dare preliminarmente conto del tema della lucratività delle società a partecipazione pubblica, alla luce della più recente evoluzione normativa.

A tal riguardo, tanto la disciplina introdotta con il d.lgs. n. 175/2016, quanto i criteri direttivi della legge delega (n. 124/2015), paiono univocamente attribuire alle società a partecipazione pubblica una configurazione privatistica. Ciò in continuità con il precedente legislativo di cui all'art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012 (norma di «interpretazione autentica»), nonché in adesione a quel principio di «super-economicità» dell'azione amministrativa *ex art. 97 Cost.*, e a quegli ulteriori principi di derivazione comunitaria volti a giustificare l'attribuzione di poteri speciali al socio pubblico in base a criteri di necessità e proporzionalità (come, ad esempio, in materia di «golden shares»)⁸.

Come già sottolineato in altre sedi, una rilevanza centrale (specie per le sue implicazioni sul piano sistematico) pare rivestire quel principio, contenuto tra i criteri direttivi della legge delega, volto a prevedere una «regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato» (art. 18, comma 1, lett. l), legge, n. 124/2015)⁹.

Aa.Vv., *Smart cities e diritto dell'innovazione*, Milano, 2016, 103 ss.; Id., *La società benefit nell'ordinamento italiano*, in *www.academia.edu.it*, 2016, 36 ss.

⁸ Per quanto riguarda le implicazioni sistematiche- sotto il profilo della ricostruzione in termini privatistici della fattispecie- derivanti dal principio di economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, comma 1, *Cost.*, dal citato art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012 (secondo cui «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, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»), nonché dalla giurisprudenza comunitaria in materia di cd. *golden shares*, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, a F. Goisis, *Il problema*, cit., 63 ss.; E. Codazzi, *La società in house*, cit., 170 ss. Sulla natura di norma di «interpretazione autentica» del predetto art. 4, comma 13, si veda in giurisprudenza, tra le molte, Cass. sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, par. 2, in *Giur. comm.*, 2017, II, 817 ss., con nota di E. Codazzi, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni unite alla luce del testo unico sulle società partecipate*.

⁹ Tale parametro, come precisato dagli stessi lavori parlamentari, si connetterebbe al «rispetto dei principi comunitari di tutela della concorrenza, allo scopo di non incorrere, ad esempio, nelle ipotesi di influenza dominante o di aiuto di stato ai sensi del diritto europeo» (Camera dei Deputati, Scheda di lettura legge 7 agosto 2015 n. 124, p. 167). Per maggiori approfondimenti sull'utilizzo del criterio dell'«operatore di mercato» da parte dell'ente pubblico *ex art. 18, comma 1, lett. l)*, legge delega, si rinvia a F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore*, cit., spec. 13.; Id., *Il Testo unico*, cit., 26 ss.; E. Codazzi, *La società in house*, cit., 188 ss. Sulla rilettura in

L' «operatore di mercato» ivi richiamato altro non sarebbe che quella figura – ben nota alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato di cui all'art. 107 TFUE – di «investitore privato, operante in normali condizioni di mercato»¹⁰, ovvero, dell' «investitore in regime di mercato che persegue l'obiettivo della massima redditività dei propri investimenti»¹¹.

In virtù della sua collocazione tra i criteri direttivi della legge delega, il principio dell' «operatore di mercato» assumerebbe perciò carattere vincolante, oltre che per il legislatore, anche per lo stesso interprete e, nel contempo, una portata applicativa più generale ed «assoluta» rispetto a quella della disciplina sugli aiuti di Stato da cui esso trae origine, ove non mancano eccezioni e deroghe (legate, ad es., alla dimensione quantitativa dell'aiuto)¹².

La stessa genericità del termine impiegato dalla norma (secondo cui i flussi finanziari rilevano «sotto qualsiasi forma» effettuati) e il fatto che la medesima logica di razionalità economica ispira diverse disposizioni del testo unico sembrerebbero suggerire poi l'idea che il legislatore abbia inteso, in tal modo, delineare

senso privatistico della disciplina delle società a partecipazione pubblica, si veda in particolare, C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 968 ss.

¹⁰ Secondo quanto precisato dalla Comunicazione della Commissione europea sull' «Applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE alla partecipazione delle autorità pubbliche ai capitali delle imprese», in *Boll. CE*, 9/1984, 92 ss. «non vi è aiuto pubblico quando, in occasione di nuovo capitale in imprese, tale apporto si verifica in circostanze che sarebbero accettabili per un investitore privato operante nelle normali condizioni di economia di mercato» (par. 3.2.).

¹¹ In tal senso, ad esempio, 92/318/CEE, Decisione della Commissione, del 25 marzo 1992, relativa agli aiuti concessi dalla Spagna all' «Industrias Mediterráneas de la Piel SA» (*Imepiel*), in *Gazz. Uff.*, n. L 172 del 27 giugno 1992, 76 ss. Come specifica la Corte di Giustizia, al fine di valutare se una data misura sia stata attuata in normali condizioni di mercato «da un investitore privato operante in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione dello Stato nella sua qualità di azionista, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico [...]», il che significa, in altri termini, che «i ruoli dello Stato azionista dell'impresa, da un lato, e dello Stato agente quale potere pubblico, dall'altro, devono essere distinti [...]» (Corte Giust., Grande sezione, 5 giugno 2012, in causa C-124/10 P, *Commissione europea contro Électricité de France (EDF)*, punti 69-70, in *Foro it.*, 2013, IV, 265). Tale modello, precisa la giurisprudenza europea, «anche se non è necessariamente quello del comune investitore che colloca i propri capitali in funzione della loro capacità di produrre reddito a termine più o meno breve, deve quantomeno corrispondere a quello di una *holding* privata o di un gruppo imprenditoriale privato che persegue una politica strutturale, globale o settoriale, guidato da prospettive di redditività più a lungo termine [...]» (in particolare, Trib. I grado, 11 luglio 2002, causa T-152/99, *HAMSA e Spagna/Commissione*, in *Racc.*, 2002, II-3049; Corte Giust. CE, cause riunite T-126/96 e C-127/96, *BredaFucine*, sent. 15 settembre 1998, in *Racc.*, 1998, II- 3747).

¹² F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore*, cit., 9, il quale precisa che, in quanto criterio astratto, esso perde i requisiti di massima che presenta in sede europea per acquisire «un ben più rigido e generale valore di principio legislativo; principio, per di più (e soprattutto), sganciato dalla necessità di accertare in concreto l'idoneità del discostamento dal canone dell'investitore privato» e 10, dove sottolinea come «andrà quindi sempre ricercata un'interpretazione adeguatrice (al rispetto dell'art. 76 Cost.), nel senso della piena riconducibilità dell'istituto societario (pur ove) a partecipazione pubblica al modello privatistico dell'impresa commerciale e lucrativa; come tale creatrice di ricchezza per l'ente pubblico socio, sempre chiamato a porsi nella prospettiva dell'investitore privato razionale». Sulla potenzialità espansiva del criterio dell'operatore di mercato anche G. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, 174 ss. e 237 ss. e Id., *Il socio pubblico tra dinamiche proprietarie e organizzative*, in *Aa.Vv.*, *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, 175.

un parametro di comportamento ben preciso, atto a regolare ogni rapporto economico tra la pubblica amministrazione e la società da essa partecipata¹³.

In altri termini, in base a tale indicazione legislativa, la pubblica amministrazione (in veste di «operatore di mercato») dovrà ispirare la gestione delle proprie partecipazioni sociali a specifici criteri di razionalità economica, non potendo, al contrario, far prevalere interessi non economici e operare secondo logiche che esulino dalla ricerca del profitto o quantomeno della redditività specifica dell'investimento¹⁴.

In tale prospettiva, si potrebbe allora concludere che, non solo lo scopo lucrativo nelle società a partecipazione pubblica è elemento essenziale della fattispecie, ma anche che la sua rilevanza in esse è addirittura rafforzata rispetto alle società di capitali a partecipazione privata, non essendo richiesto ai soci di queste ultime di agire in modo economicamente razionale al fine di accrescere la redditività del proprio investimento¹⁵.

3. (Segue): *alla luce della disciplina di cui al testo unico*

Le conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo sembrano trovare conferma anche nella disciplina del testo unico, come sembrerebbe chiarire, innanzitutto, la previsione (centrale nella determinazione dello statuto applicabile alle società partecipate) con cui si stabilisce che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (art. 1, comma 3).

La mancanza nel testo unico di una disposizione che specificamente deroghi l'art. 2247 c.c., sotto il profilo della causa societaria tipica (lucrativa), pare confermare come quest'ultima permanga elemento essenziale ed inderogabile in tutte le società partecipate, senza alcuna distinzione a seconda della loro natura o dell'entità della partecipazione pubblica.

¹³ Si pensi, ad esempio, all'art. 5, comma 1, t.u., che impone alla pubblica amministrazione di motivare «le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria [...]», all'art. 14, comma 5, t.u., che indica i casi in cui al socio pubblico è fatto divieto di erogare finanziamenti alla società partecipata in crisi o alla previsione dell'obbligo, posto a carico delle amministrazioni, di analizzare le partecipazioni detenute e di redigere i piani di razionalizzazione ex artt. 20 e 24 t.u.

¹⁴ Su cui diffusamente F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore*, cit., 1 ss.; così anche M.C. Malaguti, *Aspetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata*, in A.a.V.v., *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 40.

¹⁵ Enfatizza il riferimento all'«investitore privato» contenuto nella disciplina degli aiuti di Stato, quale criterio che caratterizzerebbe in modo significativo la posizione del socio pubblico, distinguendola da quella del socio privato, C. Angelici, *In tema di "socio pubblico"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 175 ss., spec. 178 ss.

Ciò, a maggior ragione, se si considera che lo stesso dato normativo, nel momento in cui precisa che le deroghe alla disciplina codicistica delle società di capitali e alle altre « norme generali di diritto privato » sono quelle previste nel d.lgs., n. 175/2016, consente, infatti, di concludere che le stesse sono ammissibili solo se e in quanto *espresse* e quindi non in tesi implicitamente ricavabili da una o più previsioni del testo unico né, tantomeno, da principi generali dell'ordinamento¹⁶.

In tal senso, depone anche una recente pronuncia della Cassazione, la quale, appunto, sottolinea come solo in presenza di una espressa disposizione legislativa contenente specifiche deroghe al codice civile potrebbe affermarsi « la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c. », laddove, in mancanza di tale intervento esplicito, il fenomeno resterebbe quello di una « società di diritto comune, nella quale pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono »¹⁷.

La stessa previsione *ex art.* 14, comma 1, t.u., assoggettando a fallimento (liquidazione giudiziale *ex d.lgs.*, n. 14/2019) e alle altre procedure concorsuali tutte le società a partecipazione pubblica (comprese quelle *in house*) e ponendo a carico del socio pubblico il divieto di ricapitalizzare la partecipata in presenza di costanti perdite (se non nel contesto di un rigoroso piano di recupero) (comma 5) sembrerebbe a sua volta sottintendere la volontà legislativa di valorizzare la vocazione lucrativa della società e di preservarne quindi l'attitudine a produrre ricchezza¹⁸.

In questo quadro, pare interessante altresì notare come il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (« Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza »), nell'attuare il principio di delega di cui all'art. 3, co. 1, lett. *a*), l. 19 ottobre 2017 n. 155, di « prevedere una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti nonché di cui all'articolo 2545-septies del codice civile corredata della presunzione semplice di assogget-

¹⁶ L'art. 1, comma 3, t.u., si porrebbe perciò in continuità con la norma di carattere cd. interpretativo di cui all'art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012, che, appunto, faceva salve le sole deroghe « espresse » alla disciplina codicistica sulle società di capitali. In più occasioni, del resto, la Corte dei Conti ha sottolineato la necessità che le deroghe alla disciplina civilistica siano dettagliate e circoscritte, al fine di non alterare il regime della concorrenza: così, Corte Conti, sez. riunite in sede di controllo, *Audizione su Atto di Governo 297 riguardante gli Organismi partecipati*, giugno 2016, 6; Corte Conti, sez. Autonomie, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali*, Relazione 2017, Deliberazione n. 27.

¹⁷ Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, par. 4, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 333 ss., con nota di P. Petiti, *Soggettività e fallimento della società in house*.

¹⁸ In tal senso anche G. Guizzi, *Interesse sociale e governance delle società pubbliche*, in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, 13 ss.; valorizza la rilevanza dell'art. 14 t.u. sotto il profilo sistematico, F. Goisis, da ultimo in *Il Testo unico*, 34 s. In giurisprudenza, si veda anche Cass., sez.un., 2 febbraio 2018, n. 2584, in *www.jusexplorer.it*.

tamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile», abbia definito quale «gruppo di imprese» «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto» (art. 1, co. 2, lett. *h*)¹⁹.

Tale previsione, che riconosce la possibile inclusione dell'ente pubblico (diverso dallo Stato) in un gruppo di società, sembrerebbe, infatti, costituire ulteriore argomento a favore della tesi che sostiene la sua soggezione alla normativa sulla direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss., c.c., e, in particolare, a quella responsabilità *ex* art. 2497, comma 1, c.c., che chiama a rispondere del pregiudizio arrecato alla «redditività ed al valore della partecipazione sociale» dei soci di società diretta e coordinata, la società o l'ente che abbia esercitato su di essa l'attività di direzione e coordinamento, agendo in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale: in base a tale previsione, non solo sarebbe precluso all'ente pubblico (così come a qualsiasi soggetto che dirige e coordina) di realizzare una gestione antieconomica della società, ma, da essa, si potrebbe persino ricavare *a contrario* un dovere per lo stesso socio pubblico di valorizzare la redditività dell'impresa societaria in una prospettiva non dissimile da quella del cd. «*shareholder value*» (principio, che, pertanto, varrebbe con pievezza anche nell'ambito delle società a partecipazione pubblica)²⁰.

Come, del resto, notato dalle Sezioni Unite in uno dei suoi ultimi interventi in tema di società in mano pubblica e riparto di giurisdizione, «il socio pubblico che detiene una quota del patrimonio di una società privata ha il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del

¹⁹ Sulla applicabilità della disciplina sulla direzione e coordinamento alle società a partecipazione pubblica, E. Codazzi, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1, c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, 1041 ss.; ma *contra*, M. Carlizzi, da ultimo in *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, cit., 341 ss. Lo schema di correttivo al d.lgs., n. 14/2019, approvato dal Consiglio dei ministri il 13 febbraio 2020, parrebbe, invece, eliminare gli enti territoriali dalla definizione normativa di gruppo (prevedendo *ex* art. 1, comma 1, lett. *b*), che «alla lettera *h*), le parole «escluso lo Stato» sono sostituite dalle seguenti: «esclusi lo Stato e gli enti territoriali»): tale riformulazione della norma non pare però costituire un argomento decisivo al fine di escludere la soggezione degli enti pubblici che esercitano un'attività di direzione e coordinamento alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c., essendo molteplici le ragioni che, come sottolineato in altra sede, giustificano tale conclusione (in tal senso, si veda, ad esempio, Trib. Napoli, sez. imprese, 7 novembre 2019, in *Soc.*, 2020, 344 ss., con commento di F. Fimmanò, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*).

²⁰ In tal senso F. Goisis, in *Il Testo unico*, cit., 31 s.; Id., *Il problema*, cit., 56 ss. Si veda anche R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661 ss., ove segnala il rilevante valore sistematico della norma introduttiva della responsabilità da direzione unitaria, in quanto riconducibile al principio del cd. «*shareholder value*» (ossia della primaria attenzione agli interessi economici dei soci, anche se di minoranza), che costituirebbe «l'idea-guida del dibattito, che, raccogliendo gli stimoli della dottrina statunitense, ha influenzato il processo di riforma del diritto societario di questi ultimi anni [...]».

raggiungimento del miglior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, egli in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale»²¹.

D'altra parte, se le società a controllo pubblico, ai sensi dell'art. 6, comma 3, t.u., hanno la possibilità di integrare gli strumenti di governo societario con codici di condotta aventi ad oggetto «la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti dei consumatori, utenti dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società» (lett. c)), ovvero «programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni dell'Unione europea» (lett. d)), ciò significa che, come per tutte le altre società di capitali, la rilevanza degli interessi degli *stakeholders* (e quindi di interessi diversi da quelli dei soci) nella *governance* di tali società è meramente eventuale (salvo la necessità di dare conto della mancata integrazione ai sensi del comma 5) e presuppone una previsione *ad hoc* ²².

Tali spunti, in altri termini, sembrerebbero confermare il pieno rispetto da parte del testo unico dei requisiti e dei caratteri di fondo della struttura societaria prevista dal codice civile, non rendendo perciò ammissibile per le società a partecipazione pubblica una deviazione dallo scopo legale tipico (lucrativo).

4. (Segue): *la teoria dell'affievolimento dello scopo di lucro*

Ci si potrebbe chiedere se diverse conclusioni, rispetto a quelle sinora raggiunte, possano discendere dal riconoscimento di un più generale, preteso, «tramonto dello scopo lucrativo» nelle società di capitali (come dimostrerebbero, secondo la dottrina che per prima si è espressa in tal senso, la diffusa previsione legislativa di società senza scopo di lucro, nonché la mancata rilevanza di tale requisito tra le cause di nullità della s.p.a. ex art. 2232 c.c. ²³): se lo scopo di lucro fosse, infatti, elemento non indefettibile della fattispecie e quindi derogabile dai soci anche a maggioranza, ciò significherebbe che, a prescindere da una previsione specifica che lo consenta, le società a partecipazione pubblica potrebbero sacrificare tale requisito in virtù della ritenuta prevalenza dell'interesse pubblico ²⁴.

²¹ Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17188, reperibile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

²² Così, G. Guizzi, *Interesse sociale e governance*, cit., 13; S. Serafini, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, cit., 96 ss.

²³ Così G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 133 ss.

²⁴ Una parte della dottrina ha tratto argomento dalla nota tesi che predica il «tramonto» dello scopo lucrativo nelle società di capitali per sostenerne la non essenzialità e quindi derogabilità, a maggior ragione, nell'ambito delle società partecipate: in tal senso, tra gli altri, G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, *Con-*

Tale tesi non pare, in realtà, trovare conferma nell'evoluzione dell'ordinamento societario, dal quale si desume, invece, che le uniche deroghe consentite al principio della lucratività delle società di capitali sono quelle che si fondano su disposizioni di legge *ad hoc* e che, in quanto eccezionali, riaffermerebbero la portata generale del principio derogato²⁵.

L'ibridazione causale che si realizza con la società benefit si inserisce, infatti, in un più generale *trend* legislativo, già da tempo noto al nostro ordinamento, volto ad utilizzare lo schema societario per il perseguimento di finalità che non sono quelle tipicamente lucrative²⁶: si pensi, in particolare, alle imprese sociali di cui al d.lgs., n. 155/2006, così come di recente modificato dal d.lgs., n. 112 del 2017, le quali, pur potendo costituirsi nelle forme di cui al libro V, «esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale» (art. 1)²⁷ o alle *start up* innovative, che fermo restando il rispetto del metodo lucrativo (lucro cd. oggettivo), non possono distribuire utili ai soci per l'intero periodo in cui sono sottoposte alla relativa disciplina agevolativa (art. 25, comma 2, lett. e), d.l., n. 179/2012)²⁸.

Ma proprio la presenza di interventi di legislazione speciale che limitano o escludono lo scopo di lucro in presenza di previsioni *ad hoc* e in vista di ben precise finalità sembrerebbe riaffermare la centralità dello scopo di lucro nelle società di capitali, escludendo perciò che la fattispecie societaria sia “neutra” sotto un profilo causale²⁹.

tributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale, Torino, 2009, 28 ss.; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit. 216 ss.

²⁵ Uno degli esempi più significativi al riguardo è data dalle società sportiva cd. dilettantistiche, che, a parte il periodo di breve vita del modello lucrativo (introdotta con legge 27 dicembre 2017, n. 205, ma successivamente abrogata con d.l., 12 luglio 2018, n. 87, convertito in legge 9 agosto 2018, n. 96), si caratterizzano per la tassativa assenza dello scopo di lucro ai sensi dell'art. 32, d.p.r., n. 157/1986, e dell'art. 90, legge, n. 289/2002 (sul tema, si veda in particolare M. Rubino De Ritis, *Riforma del terzo settore e attuali assetti societari delle imprese sportive: propositi e spropositi del legislatore*, in *Giust. civ.*, 2018, 763 ss.).

²⁶ Si vedano in argomento, G. D. Mosco, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, 216 ss.; G.C.M. Rivolta, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, 2004, I, 1161 ss.; M. Porzio, “... allo scopo di dividerne gli utili”, in *Giur. comm.*, 2014, 661 ss.; G. Marasà, *Le “società” senza scopo di lucro*, Milano, 1984, passim; Id., *Lucro, mutualità e solidarietà delle imprese. (Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 197 ss.

²⁷ Osserva però come, al di là del dichiarato mancato perseguimento dello scopo di lucro, sia consentito alle imprese sociali di perseguire uno scopo lucrativo “nascosto” (prevedendo l'art. 3, comma 3, lett. a), d.lgs., n. 112/2017, la distribuzione di utili, sia pure subordinata al doppio limite relativo agli utili e al rendimento dell'investimento), G.D. Mosco, *Scopo e oggetto*, cit., 85 s.

²⁸ Sul punto, si veda G.P. La Sala, *Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2017, 1118 ss.

²⁹ In senso contrario rispetto alla tesi del tramonto dello scopo di lucro, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Torino, 2015, 28 ss., sottolineando come il sistema del codice civile non offra dati che consentono di affermare la derogabilità statutaria dello scopo di lucro o economico, in generale o per le società di capitali, laddove le previsioni di legge speciale che prevedono società senza scopo di lucro devono essere invece valutate come norme eccezionali; e anche A. Zoppini, *Un raffronto*, cit., 5 s.; in senso contrario rispetto ad un preteso affievolimento dello scopo di lucro nelle società partecipate, F. Goisis, *Il problema*, cit., 53 ss.

E tale conclusione parrebbe ulteriormente rafforzata dalla circostanza per cui, come già accennato nel precedente paragrafo, nessuna deroga alle generali disposizioni del codice civile è ammessa *ex art. 1, comma 3, t.u.*, se non espressamente prevista dallo stesso d.lgs., n. 175/2016.

In tal senso, una recente pronuncia del Consiglio di Stato, dopo aver premesso che lo scopo costituisce elemento essenziale della società, ha chiarito che proprio l'introduzione di novità normative come la società benefit e le imprese sociali «finisce per riaffermare (anziché sminuire) la forza della categoria giuridica tipizzante, imperniata (proprio e tra l'altro) sul fine di lucro», tanto è vero che la disciplina delle società benefit rinviene esattamente nella regolazione del fine di lucro il suo «centro connotativo», nell'aggiunta, oltre allo scopo di dividere gli utili, anche di una o più finalità di beneficio comune³⁰.

Alla luce di tali precisazioni, che sembrerebbero perciò confermare la piena lucratività delle società a partecipazione pubblica, risulta ancora più rilevante stabilire se le stesse possano costituirsi in forma benefit, rappresentando questa l'unica possibilità loro concessa per poter, da un lato, "internalizzare" nella gestione societaria il perseguimento di interessi pubblici (se e in quanto riconducibili a finalità di beneficio comune) e, dall'altro, attenuare la rilevanza dello scopo di lucro.

5. *Scopo di lucro e «finalità di beneficio comune» nelle società benefit*

La società benefit rappresenta lo strumento tecnico attraverso il quale il legislatore consente alle società di cui al libro V, titoli V e VI del codice civile (art. 1, comma 377, legge, n. 208/2015) e quindi alle società di persone, di capitali e cooperative- alla cui disciplina sostanzialmente rinvia- di perseguire, oltre al loro scopo legale tipico (lucrativo o mutualistico), uno scopo («aggiuntivo»³¹) di «beneficio comune», il quale è da intendere come «il perseguimento, nell'esercizio dell'attività economica delle società benefit, di uno o più effetti positivi, o la riduzione degli effetti negativi, su una o più categorie di cui al comma 376» (art. 1, comma 378, lett. a))³².

³⁰ Cons. Stato, sez. atti norm., 14 maggio 2019, n. 1433, par. 10.3, in www.dejure.it

³¹ Così, *Relazione illustrativa* al disegno di legge, n. 1882, 2.

³² Precisa la *Relazione illustrativa*, cit., che «L'intento della proposta è, pertanto, proprio quello di consentire la diffusione nel nostro ordinamento di società che nell'esercizio della loro attività economica abbiano anche l'obiettivo di migliorare l'ambiente naturale e sociale nel quale operano, riducendo o annullando le esternalità negative o meglio utilizzando pratiche, processi di produzione e beni in grado di produrre esternalità positive, e che si prefiggano di destinare una parte delle proprie risorse gestionali ed economiche al perseguimento della crescita del benessere di persone e comunità, alla conservazione e al recupero di beni del patrimonio artistico e archeologico presenti nel luogo ove operano o sul territorio nazionale, alla diffusione e al sostegno delle attività culturali e sociali, nonché di enti ed associazioni con finalità rivolte alla collettività e al benessere sociale».

In questi termini, detta fattispecie sarebbe, perciò, caratterizzata da uno scopo “duale” o “ibrido”, la cui realizzazione in concreto spetta agli amministratori tenuti al bilanciamento tra interessi lucrativi e non lucrativi ³³.

Più precisamente, secondo il dettato legislativo, le società benefit «nell'esercizio di un'attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni e attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interessi» (art. 1, comma 376), precisando che per «altri portatori di interesse» si intendono «il soggetto o i gruppi di soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, dall'attività delle società di cui al comma 376, quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile» (comma 378, lett. b)) ³⁴.

Le finalità di beneficio comune, che devono essere specificamente indicate nell'oggetto sociale (commi 377 e 379, primo periodo), sono perseguite «mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e con l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto» (comma 377); lo stesso concetto è richiamato nel successivo comma 380, ai sensi del quale «La società benefit è amministrata in modo da bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376, conformemente a quanto previsto dallo statuto» ³⁵.

Un primo punto fermo, che emerge dalla lettura della normativa, è quello dell'intangibilità dello scopo di lucro, il quale, entro una certa misura, può essere limitato dalla concomitante presenza di altri interessi rilevanti (previamente sele-

³³ Così, F. Denozza, A. Stabellini, *La società benefit nell'era dell'investor capitalism*, in *Riv. O.D.C.*, 2017, 11, i quali sottolineano come la disposizione di cui al comma 377 sembra un'indicazione rivolta agli amministratori, che, nel “gestire” la società benefit devono effettuare il bilanciamento «al fine di raggiungere lo scopo sociale nella sua declinazione bidimensionale lucro-interesse dei soci/beneficio comune interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere impatto».

³⁴ Per alcune considerazioni in merito alla nozione di beneficio comune e alla sua ampiezza, M. Palmieri, *L'interesse sociale*, cit., 209 ss.

³⁵ Per quanto riguarda la prima previsione, non sfugge l'uso improprio che il legislatore ha fatto dei termini «oggetto sociale» e «scopo», avendo utilizzato l'espressione «finalità di beneficio comune» in luogo di «attività di beneficio comune» (come correttamente riporta il comma 378, lett. d)) e nella stessa Relazione illustrativa al disegno di legge («tali finalità sono contenute nell'atto costitutivo o nello statuto della società, indicate nell'ambito delle attività indicate nell'oggetto sociale»). Evidenzia S. Corso, *La società benefit*, cit., 1009 ss., come si possono ipotizzare due distinte letture rispetto all'inserimento delle finalità di beneficio comune nell'oggetto sociale: da un lato, si può concepire tale elemento in chiave meramente strumentale rispetto allo scopo di lucro (interpretazione che sarebbe meno dirompente e compatibile con la concezione tradizionale dei doveri degli amministratori e dell'interesse sociale); dall'altro lato, si potrebbe invece intendere il riferimento allo scopo ulteriore rispetto alla divisione degli utili come una sorta di «mutazione» della causa sociale, con inclusione all'interno della stessa di finalità sociali, non meramente strumentali o accessorie rispetto allo scopo di lucro, ma dotate di pari dignità rispetto allo scopo di lucro e quindi “coestensive” rispetto ad esso. Precisa Assonime, *La disciplina della società benefit*, cit., 13, come l'indicazione delle finalità di beneficio comune nell'oggetto sociale consenta “di cristallizzare gli obiettivi perseguiti nell'esercizio dell'attività economica rendendo immanente all'impresa l'impegno alla realizzazione del beneficio comune, a prescindere dalle vicende che interessano i soci e il *management*”.

zionati dallo statuto) ma mai drasticamente compromesso (come, invece, si prevede, ad esempio, per l'impresa sociale costituita in forma societaria)³⁶.

In tal senso, depongono, innanzitutto, la Relazione ministeriale, che definisce lo scopo di beneficio comune «aggiuntivo» rispetto a quello di lucro, nonché il dato normativo, che in diverse disposizioni esprime chiaramente tale concetto³⁷.

Alle stesse conclusioni porta l'inquadramento tipologico della società benefit: si deve, infatti, ritenere che il richiamo ai tipi sociali previsti dalle disposizioni del codice civile al libro V, titoli V e VI attribuisca rilievo anche all'elemento causale proprio di ciascuno di essi, il quale, perlomeno nelle società cd. lucrative, corrisponde allo scopo di lucro³⁸.

Sulla base di tali dati normativi, ci si potrebbe, inoltre, chiedere se il rapporto tra scopo di lucro e finalità di beneficio comune sia di equiordinazione (nel senso che non vi sarebbe alcuna prevalenza dell'uno sull'altro)³⁹, ovvero, se si possa invece ipotizzare una sovraordinazione dello scopo di lucro rispetto a quello di beneficio comune (nel senso di ritenere che il perseguimento delle finalità di beneficio comune debba comunque essere strumentale alla soddisfazione dell'interesse dei soci)⁴⁰.

³⁶ Si vedano sul punto, D. Stanzone, *Profili ricostruttivi*, spec. 506, il quale sottolinea come l'innovazione normativa di maggiore interesse sarebbe quella che impone di indicare le finalità benefiche nell'oggetto sociale, senza alterare formalmente lo scopo sociale, che rimane sempre quello di dividere gli utili; D. Mosco, *Scopo e oggetto*, cit., 81 ss.; M. Stella Richter jr, *Società benefit e società non benefit*, in *Riv. ODC*, 2017, 2 s.; M. Riolfo, *Le società "benefit"*, cit., 722 e 726; sulla distinzione tra società benefit ed enti non profit, si vedano, A. Zoppini, *Un raffronto*, spec. 4 ss; specifica come l'assunzione della qualifica di società benefit alteri in modo sensibile il profilo causale della società, comportando una parziale rinuncia al profitto, S. Rossi, *L'impegno multistakeholder*, cit., 6, ritenendo integrato quel «cambiamento significativo della società» idoneo a legittimare l'esercizio del recesso ai sensi dell'art. 2437, comma 1, lett. a), c.c.

³⁷ Si vedano in tal senso, oltre la già citata Relazione illustrativa: il comma 376, il quale precisa che le finalità di beneficio comune sono perseguibili «oltre allo scopo di dividerne gli utili»; il comma 380, laddove prescrive che la società venga amministrata in modo da bilanciare gli interessi dei soci, il perseguimento di finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376; i commi 376, 378, lett. a), ai sensi dei quali lo scopo di beneficio comune è perseguito «nell'esercizio dell'attività economica».

³⁸ Sul fatto che la società benefit non costituisca un nuovo tipo, ma una «qualifica», Assonime, *La disciplina della società benefit*, cit., 4; Circolare MISE; 6 maggio 2016, n. 3689/C recante «Nuove Istruzioni per la compilazione del Registro delle imprese e del REA» (su cui anche Donativi, *Circolare MISE: nuove Istruzioni per la modulistica Registro delle imprese e Rea*, in *Quotidiano giuridico IPSOA*, 8 giugno 2016, in www.plurisonline.it); in dottrina, tra gli altri, M. Stella Richter jr, *Società benefit*, cit., 7; M. Riolfo, *Le società "benefit"*, cit., 723; S. Corso, *La società benefit*, cit., 999. Sul fatto che nella gestione della società benefit debba essere rispettato quantomeno un criterio di economicità (come pare discendere anche dall'inciso di cui al comma 378, lett. a), che appunto, fa riferimento all'attività economica), A. Bartolacelli, *La società benefit: responsabilità sociale in chiaro-scuro*, in *Non profit*, 2017, 261, che rinviene nell'attività economica un «limite di sistema» rispetto alle attività di beneficio comune perseguite.

³⁹ Così, G. Marasà, *Scopo di lucro*, cit., 2 («il legislatore non sembra instaurare alcuna graduazione tra essi, cioè non identifica uno dei due scopi come principale e prevalente sull'altro [...]») e 4; Id., *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino, 2019, 15 s. Sottolineano come lo scopo sociale delle società benefit abbia natura «bidimensionale», F. Denozza, A. Stabilini, *La società benefit*, cit., 11.

⁴⁰ Sottolinea come la soddisfazione dello scopo di beneficio comune debba indirettamente avvantaggiare anche gli stessi soci, S. Stanzone, *Profili ricostruttivi*, cit., 516; pare individuare una sorta di subalterni-

A sostegno di quest'ultima ipotesi, si potrebbe, ad esempio, richiamare la previsione che attribuisce, non agli *stakeholders* in veste di beneficiari, ma all'iniziativa dei soci, la possibilità di agire nei confronti degli amministratori per la mancata realizzazione del beneficio comune (a tal riguardo, la legge si limita, infatti, a stabilire che «[...] In caso di inadempimento degli obblighi di cui al comma 380, si applica quanto disposto dal codice civile in relazione a ciascun tipo di società in tema di responsabilità degli amministratori»).

In realtà, se è vero che la configurazione legislativa della società benefit consente di considerarla strumento, più che di protezione degli *stakeholders*, di valorizzazione dell'autonomia dei soci (che, in vista del conseguimento di un vantaggio essenzialmente reputazionale, possono scegliere di vincolare la gestione al perseguimento di interessi non lucrativi⁴¹), diviene difficile ipotizzare- in termini generali e salvo quanto diremo di seguito con specifico riferimento alle società partecipate dalla pubblica amministrazione- un rapporto di necessaria strumentalità, rilevante in sede di bilanciamento, tra le finalità di beneficio comune e lo scopo di lucro. E ciò a meno di non voler vanificare la *ratio* della normativa, che non chiede agli amministratori semplicemente di "tenere conto", nelle proprie decisioni, degli interessi degli *stakeholders* (espressione usata in altri contesti e che potrebbe effettivamente sottintendere l'idea di una subordinazione degli interessi non lucrativi a quelli lucrativi), ma impone loro di effettuare un «bilanciamento» tra lo scopo di dividere gli utili e la finalità di beneficio comune (che, perlomeno in astratto, sembrerebbero dotati di una pari dignità)⁴².

Nelle società benefit, l'istituzionalizzazione del perseguimento della finalità di beneficio comune (tramite la sua elevazione a scopo ulteriore rispetto a quello lucrativo, nonché l'inclusione nell'oggetto sociale) dimostra, infatti, come l'in-

tà dell'interesse dei soci rispetto a quello dei terzi, M. Palmieri, *L'interesse sociale*, cit., 211 ss., ove precisa come il beneficio comune, al di là del dato letterale, vada letto come rivolto ad avvantaggiare, oltre a uno o più portatori di interesse, anche i soci della società che puntano a vedere realizzato lo scopo di dividere gli utili richiamato dal comma 376.

⁴¹ Sottolineano F. Denozza, A. Stabilini, *La società benefit*, cit., spec., 11, che l'obiettivo perseguito dalla legge è quello di favorire un «equilibrio ottimale» tra profitto e altri interessi rilevanti, pur premettendo che la società benefit non è uno strumento di «*empowerment* degli *stakeholders* non finanziari», ma di valorizzazione dell'autonomia dei soci-investitori.

⁴² Il nostro legislatore pare aver seguito l'esempio del Delaware, che, introducendo il «*duty to balance*» (*Del Code. Ann. Tit. 8§ 365 a*) invece del «*duty to consider*», si è differenziato da molte legislazioni statunitensi in materia di *benefit corporations*: gli amministratori non devono cioè limitarsi a considerare gli interessi degli *stakeholders*, ma hanno un dovere di bilanciare tra i diversi interessi rilevanti (e quindi quello dei soci, degli altri portatori di interesse, nonché dello *specific public benefit* individuato dallo statuto). Altrettanto significativa pare la previsione di cui alla Sect. 172 *Comp. Act* inglese del 2006 (ispirata alla teoria del cd. «*enlightened shareholder value*»), che sembrerebbe chiara nell'indicare che il perseguimento da parte degli amministratori degli interessi degli *stakeholders* deve essere comunque strumentale al «*Duty to promote the success of the company*» (si vedano, C. Angelici, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur.comm.*, 2011, 164; T. Clarke, *International Corporate Governance, A Comparative Approach*, London-New York, 2017 281 ss.).

tervento legislativo in questione vada ben oltre la logica promozionale e settoriale che ispira i precedenti provvedimenti legislativi (si veda, ad esempio, il d.lgs., n. 254/2016, in tema dichiarazioni di carattere non finanziario, che, pur attribuendo rilevanza alle politiche sociali dell'impresa, non muta le finalità in vista delle quali gli amministratori debbono agire e, perciò, non importa un'alterazione della causa lucrativa)⁴³.

In altri termini, la previsione di uno scopo "ibrido" rappresenterebbe il vero e proprio tratto distintivo tra società benefit e società non benefit che occasionalmente compia atti di beneficio comune, sicché ipotizzare che ogni atto di beneficio comune debba comunque necessariamente comportare, nell'immediato, un contestuale vantaggio ai soci significherebbe ridurre la portata innovativa della fattispecie⁴⁴.

6. *Le società benefit a partecipazione pubblica: considerazioni alla luce della legge, n. 208/2015*

Delineato in estrema sintesi il modello di società benefit, è necessario valutarne la compatibilità con le società a partecipazione pubblica, partendo innanzitutto dall'analisi del dato normativo di cui alla legge n. 208 del 2015.

Tale normativa, che non prevede particolari requisiti soggettivi in capo ai suoi soci, non sembrerebbe porre alcuna preclusione rispetto alla partecipazione alla società benefit da parte di soggetti pubblici (e ciò a differenza da quanto previsto ex art. 1, comma 2, d.lgs. 112/2017, che impedisce di assumere la qualifica di impresa sociale alle «amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni [...]»)⁴⁵.

⁴³ Sul fatto che la disciplina di cui al d.lgs., n. 254/2016, sulle dichiarazioni di carattere non finanziario non muti gli "interessi" che un amministratore di s.p.a. deve perseguire, U. Tombari, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019, 79; si veda anche N. Rondinone, *Interesse sociale vs. interesse "sociale" nei modelli organizzativi di gruppo presupposti dal d.lgs. n. 254/2016*, in *Riv. soc.*, 2019, 368 ss., che, invece, sottolinea come il rispetto di tali obblighi di trasparenza implichi il sorgere di doveri organizzativi in capo agli organi di amministrazione e controllo, specie nell'ambito dei gruppi societari. Più in generale, sul tema della responsabilità sociale delle imprese, si vedano tra i molti, M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. O.D.C.*, 2013, n. 3, 2; Id., *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1 ss.; V. Calandra Buonaura, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, ivi, 2011, 526 ss.; F. Denozza, A. Stabilini, *CSR and Corporate Law: The Case for Preferring Procedural Rules*, in *www.ssrn.com*, 2008.

⁴⁴ Sul fatto che l'introduzione di uno scopo ibrido rappresenti il vero dato "innovativo" della società benefit, S. Rossi, *L'impegno multistakeholder*, cit., 1; sul punto anche M. Palmieri, *L'interesse sociale*, cit., 206. Non pare riconoscere un carattere "innovativo" alla disciplina sulla società benefit, sostenendo che anche in assenza di tale normativa i soci potrebbero ricomprendere nell'oggetto sociale anche obiettivi di carattere ideale, vincolando gli amministratori al loro perseguimento, S. Pratavera, *Società benefit e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, spec. 949 ss.

⁴⁵ Sul punto si sofferma anche M. Palmieri, *L'interesse sociale*, cit., 210 ss.

Né la considerazione per cui la pubblica amministrazione è indicata, ai sensi del comma 378, tra gli «altri portatori di interessi» (e quindi tra i possibili destinatari dell'attività di beneficio comune) sembrerebbe argomento sufficiente a dimostrare che il legislatore abbia inteso escluderla dal novero dei possibili soci.

Ebbene, nella misura in cui si ritenga che lo schema della società benefit ammetta la coincidenza (almeno parziale) tra socio beneficiante e soggetto beneficiario (e sul punto, in effetti, non si rinvencono specifiche indicazioni contrarie da parte del legislatore), tutto ciò non farebbe sorgere alcun particolare problema⁴⁶.

Data l'ampiezza della definizione di «finalità di beneficio comune» (che ricomprende tra i suoi beneficiari anche comunità, territori, società civile, ambiente, educazione, ecc.), ben si potrebbe sostenere una possibile coincidenza e/o compatibilità con alcuni di quegli interessi di carattere pubblico-collettivo di cui l'ente pubblico socio è portatore.

La specificazione del beneficio comune a livello statutario rappresenta, però, uno dei punti di maggiore criticità rispetto all'efficace funzionamento dell'istituto, posto che, in mancanza di vincoli in tal senso e di controlli preventivi, la formulazione della relativa clausola in termini generici o indeterminati (come evidenza in taluni casi la prassi) porterebbe ad attribuire un'ampia discrezionalità all'organo amministrativo in sede di bilanciamento tra interessi lucrativi ed interessi non lucrativi⁴⁷.

Un' incerta definizione dello scopo di beneficio comune o una sua formulazione in termini eccessivamente generici potrebbe, infatti, o rendere non effettivo il suo perseguimento (vanificando pertanto le aspettative dei relativi *stakeholders*) o, all'opposto, portare ad indebitamente comprimere lo scopo di lucro⁴⁸.

Inoltre, pur in assenza di un qualche punto legislativo in tal senso, parrebbe necessario che la finalità di beneficio comune perseguita dalla società benefit si ponga in stretta correlazione con l'attività principale caratterizzante la stessa (ovvero, il suo «*core business*»), esigenza che pare assumere una rilevanza del tutto particolare nell'ambito delle società a partecipazione pubblica (stante la previsione, da parte del testo unico, di un ben preciso vincolo funzionale per la costituzione e/o permanenza della partecipazione pubblica in società)⁴⁹.

⁴⁶ Ritene che il beneficio comune possa essere diretto ad avvantaggiare, oltre che i portatori di interessi, anche gli stessi soci, M. Palmieri, *op.cit.*, 211.

⁴⁷ In merito al bilanciamento di interessi da parte dell'organo amministrativo, si veda, in particolare, il saggio di U. Tombari, *L'organo amministrativo di S.p.A. tra "interessi dei soci" ed "altri interessi"*, in *Riv. soc.*, 2018, 20 ss.

⁴⁸ Sottolinea come sia cruciale l'individuazione a livello statutario dello specifico beneficio comune che si intende perseguire, non potendo limitarsi a clausole generiche o indeterminate, M. Riolfo, *Le società "benefit"*, cit., 725.

⁴⁹ L'art. 4 t.u. prevede che le p.a. non possono costituire società «aventi per 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». Le stesse considerazioni sembrereb-

7. (Segue): *considerazioni alla luce delle disposizioni del d.lgs., n. 175/2016*

Passando ad esaminare le disposizioni del testo unico, precisa l'art. 3, comma 1, t.u., che, in coerenza con il principio di legalità nell'organizzazione amministrativa, le amministrazioni pubbliche possono partecipare «esclusivamente a società, anche consortili, in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa»⁵⁰.

Non è, però, chiaro se tra i tipi sociali esclusivamente utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni *ex* art. 3, comma 1, si debbano ricomprendere solo quelli previsti dal codice civile o si possano includere anche gli ulteriori modelli societari introdotti da leggi speciali (quali, appunto, la società benefit)⁵¹.

La prima soluzione sembrerebbe suggerita dalla stessa definizione di «società» di cui all'art. 1, comma 1, lett. *l*), t.u., nella quale sono ricompresi solo «gli organismi di cui al titolo V del libro V del codice civile».

Indicazioni non dissimili provengono dalla già citata previsione di cui all'art. 1, comma 3, t.u., con cui si stabilisce che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto sono applicabili le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato», laddove le uniche leggi speciali fatte salve sono quelle relative alle società cd. di diritto singolare (ovvero, «specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse») (comma 4, lett. *a*)), nonché le «disposizioni di legge riguardanti la

bero valere con riguardo all'art. 5 t.u., secondo cui l'atto deliberativo di costituzione di società a partecipazione pubblica deve essere analiticamente motivato con riferimento alla «necessità per la società per il perseguimento delle finalità istituzionali», nonché alle ragioni di tale scelta sotto il piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria.

⁵⁰ La definizione tassativa dei tipi societari utilizzabili, riconducibile ad un più generale principio di tipicità delle forme organizzative della pubblica amministrazione, ha, innanzitutto, lo scopo di escludere l'utilizzo di società di persone e quindi di salvaguardare il pubblico erario, altrimenti compromesso dalla responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali: sul punto, Consiglio Nazionale del Notariato, *Tipi di società n cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 T.U.S.P.*, Studio n. 227-2017/I, in *www.notariato.it*, spec. 3 ss.; C. Ibba, *Introduzione*, in A.a.V.v., *Le società a partecipazione pubblica*, Commentario diretto da C. Ibba e I. Demuro, Bologna, 2018, 3 ss.

⁵¹ Ritene, ad esempio, G. Marasà, *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali. Profili generali*, in A.a.V.v., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 20 ss., che le società consortili con partecipazioni pubbliche non siano completamente riconducibili a quelle di cui all'art. 2615-ter, che, richiamando l'art. 2602 c.c., identifica i suoi partecipanti come «imprenditori»: se ci si limitasse a considerare solo la fattispecie codicistica, in altri termini, verrebbero escluse tutte quelle società consortili in cui le p.a. non sono qualificabili come imprenditori, dovendosi invece ritenere che il t.u. faccia riferimento anche a quelle delineate dall'art. 4, comma 2, lett. *d*) (società cd. strumentali), ove più p.a. intendono dar luogo ad un'impresa per conto proprio.

partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diverse dalle società e a fondazioni» (lett. b)).

È evidente come non si possa sostenere né che le società benefit siano enti diversi dalle società ⁵², né che le stesse siano pienamente riconducibili agli ordinari modelli codicistici, presentando elementi di forte specialità, non riproducibili - secondo l'opinione che sembrerebbe preferibile ⁵³ - in società diverse da quelle benefit.

Ci si potrebbe allora chiedere se la normativa sulle società benefit di cui alla legge, n. 208/2015, possa rientrare tra le «norme generali di diritto privato».

Secondo l'interpretazione suggerita dal Consiglio di Stato, per «norme generali di diritto privato» si debbono intendere quelle «leggi speciali di diritto privato di portata generale che possono essere collocate al di fuori del codice stesso» ⁵⁴.

A parte la considerazione che qualsiasi norma in quanto tale ha una portata generale (e astratta) e che (a meno di non rifugiarsi in tale ovvia osservazione) non sfugge un elemento di irriducibile paradossalità nel pretendere di far rientrare nel concetto di generalità le leggi speciali, tale precisazione potrebbe presentare un interesse ai nostri fini nella misura in cui legittima l'applicazione alle società a partecipazione pubblica di leggi speciali (pur se non esplicitamente richiamate dal testo unico).

Come a sua volta chiarisce lo stesso Consiglio Nazionale del Notariato, il rinvio *ex art.* 3, comma 1, t.u. alle società di capitali e cooperative di cui al codice civile ricomprenderebbe anche i relativi sotto-tipi o modelli speciali ⁵⁵.

Tra essi rientrerebbe perciò anche la società benefit, che non costituisce un tipo autonomo ma una semplice variante del modello base: in tal senso sembrerebbe deporre anche la previsione di cui al comma 379, in base alla quale le società diverse dalle benefit, «qualora intendano perseguire anche finalità di beneficio comune [...]», sono tenute ad una mera modifica dell'atto costitutivo o dello statuto, non, invece, ad una vera e propria trasformazione (operazione che si rende-

⁵² Ipotizza, sia pure incidentalmente, che la società benefit possa condividere anche i caratteri dell'associazione, M. Stella Richter jr., *Società benefit*, cit., 10.

⁵³ Sull'impatto sistematico della disciplina delle società benefit sulle società non benefit, che non potrebbero perseguire, se non in termini meramente marginali ed occasionali, finalità di beneficio comune, S. Rossi, *L'impegno multistakeholder*, cit., 6; F. Denozza, A. Stabilini, *La società benefit*, cit., 10; U. Tombari, *L'organo amministrativo*, cit., 26 ss.; ma vedi M. Stella Richter jr., *Società benefit*, cit., 3 ss.

⁵⁴ L'espressione «norme generali di diritto privato» è stata suggerita da Cons. Stato, Ad. Comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, *sub art.* 1, che sottolineava l'equivocità del riferimento, da parte della precedente versione della norma, alle «leggi speciali» (la possibilità di richiamare, per questa via, anche le «leggi speciali di diritto pubblico» avrebbe, infatti, vanificato il complessivo intento di semplificazione del testo unico).

⁵⁵ Nel secondo senso, Consiglio Nazionale del Notariato, *Tipi di società*, cit., 2 s., ritenendo di «sicura inclusione» nell'ambito di applicazione dell'art. 3, comma 1, t.u., tutte le relative «varianti», «sottospecie» e «sotto-tipi», tra cui, ad esempio, le s.p.a. quotate o le s.r.l. *start up* innovative.

rebbe invece necessaria, qualora il legislatore avesse inteso attribuire alla società benefit una diversa connotazione tipologica)⁵⁶.

Rimane però il dubbio del perché il testo unico abbia ritenuto di dover espressamente specificare, nell'ultima versione dell'art. 3, comma 1, che le pubbliche amministrazioni possono costituire società partecipate anche in forma di società cooperative e consortili: in particolare, ci si può chiedere se tale specificazione, che potrebbe risultare in sé superflua dato il generale rinvio *ex art.* 1, comma 3, alle disposizioni del codice civile in tema di società, non avvalorì l'idea che ogni volta in cui lo scopo della società non è lucrativo (così determinandosi una non certo secondaria "mutazione" rispetto al tipo generale società di capitali codicisticamente previsto), sia richiesta un'autorizzazione legislativa espressa all'uso del modello da parte della pubblica amministrazione (nella specie assente). Su ciò, però, ritorneremo in sede di conclusioni, per proporre un'ipotesi di necessario adattamento del modello società benefit alle esigenze proprie dell'organizzazione amministrativa.

8. *Alcune osservazioni ulteriori su società a partecipazione pubblica e modello benefit*

A fronte di previsioni di legge che, come si è visto, non paiono fornire risposte conclusive (presumibilmente il t.u. non si è semplicemente posto il problema dell'ammissibilità delle società benefit), pare più interessante soffermarsi sulla questione se, sotto il profilo sostanziale, si possa ravvisare un'incompatibilità tra le due discipline, quella sulle società benefit e quella di cui al d.lgs., n. 175/2016.

Se, come si è cercato di dimostrare nel presente scritto, le società a partecipazione pubblica sono pienamente lucrative, l'unico strumento generale disponibile (al di là dei casi di società cd. legali prive dello scopo lucrativo) per affievolire tale carattere ed "internalizzare" la considerazione dell'interesse pubblico nella *governance* sociale sarebbe dato, appunto, dall'utilizzo del modello benefit. Esso potrebbe quindi trovare delle interessanti applicazioni, ad esempio nell'ambito

⁵⁶ Escludono che l'assunzione della qualifica di società benefit possa configurarsi quale trasformazione in senso tecnico, M. Stella Richter jr., *Società benefit*, cit., 7 (ma vedi 10 ss., ove l'Autore pone il dubbio se il divenire società benefit rappresenti per una società lucrativa il passaggio da una comune società ad un'organizzazione che per alcuni profili si avvicinerrebbe all'associazione, in tal modo implicando una quantomeno parziale trasformazione eterogenea); S. Rossi, *L'impegno multistakeholder*, cit., 6; S. Corso, *La società benefit*, cit., 1012 testo e nota 65; A. Lupoi, *L'attività delle "società benefit"*, in *Riv. not.*, 2016, 823, ove specifica che la società benefit non è un tipo speciale di società, ma un ampliamento funzionale della società stessa.

dei servizi pubblici locali (dove già esiste già il precedente delle farmacie comunali fiorentine)⁵⁷.

Alla luce delle considerazioni svolte nel presente scritto, il problema non sembrerebbe, in realtà, solo quello di stabilire se le società partecipate possono adottare la forma benefit, ma anche quello di individuare le modalità attraverso cui tale opzione può essere in concreto utilizzata. In tal senso, potrebbe risultare decisivo il ruolo dell'autonomia statutaria, tanto per quanto riguarda la configurazione statutaria delle finalità di beneficio comune (come si è avuto modo di accennare), tanto per quanto riguarda, invece, la predisposizione di un'organizzazione interna idonea a supportare un corretto bilanciamento tra scopi lucrativi e non lucrativi.

In mancanza della possibilità per le società a partecipazione pubblica di ricorrere al modello benefit, l'attività dell'ente pubblico, come già rilevato, sarebbe sottoposta a limiti più stringenti di quelli di qualsiasi altro soggetto privato, non solo perché sarebbe richiesta una condotta sempre economicamente razionale (sulla base del predetto criterio di legge delega del cd. «operatore di mercato»), ma anche perché esso non avrebbe a disposizione strumenti attraverso i quali contemperare interessi di diversa natura⁵⁸.

Invero, approfondendo il tema degli interessi legittimamente perseguibili dalle PA tramite la società benefit, ed osservando la questione sotto il profilo del ricordato criterio di delega del cd. investitore razionale, non sfugge come i giudici europei abbiano più volte ricordato che eventuali finalità sociali non possono giustificare l'investimento pubblico nella società, in quanto esso deve trovare la sua razionalità solo in senso economico⁵⁹.

⁵⁷ Per l'utilizzo di società benefit nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, S. Nicodemo, M.V. Susanna, *Società a partecipazione pubblica*, Pisa, 2018, 49 ss. Un esempio concreto è dato dall'azienda farmaceutica municipalizzata A.F.A.M. (Farmacie Comunali Firenze), che si è trasformata in società benefit a capitale misto pubblico-privato (ove la partecipazione pubblica è del 20 %), prevedendo nello statuto, che «in qualità di società benefit, la società intende perseguire più finalità di beneficio comune e operare in modo responsabile, sostenibile e trasparente, nei confronti di persone, territorio, ambiente e altri portatori di interesse» (art. 4). Per un'analisi empirica circa l'utilizzo delle società benefit, M. Bianchini, C. Sertoli, *Una ricerca Assonime sulle società benefit Dati empirici, prassi statutaria e prospettive*, in *A.G.E.*, 2018, 201 ss.

⁵⁸ Si vedano, in particolare, le considerazioni effettuate ai paragrafi 2 e 3.

⁵⁹ In particolare, la Corte di giustizia, ancora nel 2018, ha avuto modo di ribadire che «[...] per giurisprudenza costante, ai fini della valutazione della questione se la stessa misura sarebbe stata adottata, in condizioni normali di mercato, da un operatore privato posto in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione di quest'ultimo nella sua qualità di operatore privato, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico [...] Pertanto, al momento della valutazione della razionalità economica di una misura statale, richiesta dal principio dell'operatore privato, la Corte ha ritenuto di dover escludere gli oneri derivanti, per lo Stato, dal licenziamento dei lavoratori, dal pagamento dei sussidi di disoccupazione e dagli aiuti alla ricostruzione del tessuto industriale [...] e anche dalle garanzie concesse e dai crediti detenuti dallo Stato, poiché essi stessi costituiscono aiuti di Stato [...] In particolare, per quanto riguarda tale ultima ipotesi, la Corte ha precisato che, dal momento che, con la concessione di un aiuto, uno Stato membro persegue, per definizione, obiettivi diver-

Insomma, in questa prospettiva, non sarebbe consentito giustificare la rinuncia alla redditività con il perseguimento di obiettivi pubblicistici-sociali che, per quanto antilucrativi, comunque giovino al socio pubblico nella sua veste “pubblicistica” (o meglio, agli interessi collettivi di cui sia istituzionalmente portatore). In particolare, non si può nemmeno adottare una logica di finanza pubblica vista nel suo complesso: la circostanza che per il socio pubblico possa, in fin dei conti, costare meno salvare un’impresa piuttosto che farsi carico poi, nella sua veste pubblicistica, degli oneri economici generali della sua liquidazione non è, di per sé, ragione giustificatrice dell’intervento pubblico, perché questo deve muoversi esclusivamente in una logica di «razionalità economica intrinseca»⁶⁰ di tipo privatistico.

Sicché delle due l’una: o si interpreta (e si configura statutariamente) la finalità sociale nelle società benefit come marginale e comunque strettamente correlata e strumentale alla produzione di ricchezza (*sub specie*, ad esempio, di ritorno di immagine), ovvero, in concreto, appare dubbio il ricorso alle stesse da parte del socio pubblico.

A conclusioni prudenziali induce altresì l’inevitabile rilievo di un profilo già accennato: la tutela della causa lucrativa nelle società in mano pubblica si riconnette direttamente al principio costituzionale di economicità dell’azione amministrativa (art. 97, comma 1, Cost.)⁶¹.

In tale ottica, non pare un caso che il testo unico enumeri espressamente le società non lucrative che possono essere utilizzate (cooperative e consorzi): in altri termini, tale elenco andrebbe interpretato *a contrario*, così da escludere ogni altra figura non lucrativa che non sia richiamata dal d.lgs., n. 175/2016, e non trovi fondamento in una previsione di legge singolare.

Ed allora, solo ad ipotizzare che per le società benefit a partecipazione pubblica lo scopo sociale sia strettamente strumentale a quello lucrativo è dato ritrovare una piena conciliazione con il principio di legalità organizzatoria (e sua necessaria finalizzazione al principio di economicità) di cui all’art. 97 Cost.

Ed ancora, laddove mai si ipotizzasse un beneficio puro, che va al di là di quanto strumentale allo scopo di lucro, occorrerebbe allora seriamente interrogarsi sull’effettivo rispetto del principio di imparzialità dell’azione amministrativa (art. 97, co. 2, Cost.), quale declinato dall’art. 12, legge n. 689 del 1981 nel dovere per le amministrazioni che concedono benefici di preordinarne in modo trasparente i criteri di assegnazione ed utilizzare un procedimento amministrativo che

si dalla redditività dei mezzi messi a disposizione delle imprese, si deve ritenere che tali mezzi siano, in linea di principio, concessi dallo Stato nell’esercizio delle sue prerogative di potere pubblico...» (così, Corte Giust. Eur., grande sezione, 6 marzo 2018, in causa C-579/16 P, *FIH Holding AIS*, punti 55-57).

⁶⁰ Corte Giust. Eur., Grande sezione, 6 marzo 2018, in causa C-579/16 P, cit, punto 67.

⁶¹ Su cui si rinvia a F. Goisis, *Il problema*, cit., 67 ss.

ponga su un piano di *par condicio* tutti gli aspiranti⁶². Occorrerebbe, cioè, per evitare una fuga da (elusione de) il diritto pubblico-amministrativo e relative garanzie, che la società esercitasse la sua attività di beneficio comune secondo procedimenti amministrativi: il che, naturalmente, creerebbe varie questioni e problemi si ritiene- più efficacemente superabili escludendo l'idea del beneficio puro.

Insomma, le società benefit non paiono precluse al socio pubblico; ma ciò solo se ed in quanto si interpretino le finalità sociali in modo assai contenuto e prudente; vale a dire in un ruolo marginale e strettamente strumentale alla logica e razionalità economica "privatistica".

Dunque, la disciplina sulle società benefit andrà calata nel particolare regime delle partecipate pubbliche, in modo da coordinarsi con quest'ultimo, senza divenirne strumento di snaturamento ed elusione.

Altrimenti, si aprirebbe la strada per un rinnovato disordine degli istituti e per la confusione tra pubblico e privato: cos'altro sarebbe, infatti, la partecipata pubblica benefit in cui l'interesse sociale sia pariordinato a (o addirittura prevalente su) quello lucrativo, se non (ad essere ottimistici, ossia a non ipotizzare una ancor più profonda deviazione dai caratteri dell'impresa produttrice di ricchezza), un ente pubblico economico, in cui, come noto, interessi pubblici e lucrativi si conciliano, secondo la formula dell'economicità, intesa come equilibrio tra costi e ricavi? Ma a così ragionare, riacquisterebbe tutta la sua attualità il noto monito dell'Ascarelli contro la società in mano pubblica come «formula insincera»⁶³.

⁶² «La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi».

⁶³ T. Ascarelli, *Tipologia delle società per azioni*, cit., 1013 che parla, in relazione alla società in mano pubblica, di «formula insincera», in cui si ritrovano «due punti di vista [...] antitetici». Formula che, come tale, dovrebbe «essere superata» da quella, ben più coerente, dell'ente pubblico economico.

Ancora sullo scopo di lucro nelle società a partecipazione pubblica: spunti alla luce della disciplina sulle società benefit

Il presente scritto si propone di verificare, alla luce del vigente quadro sistematico e normativo, se gli enti pubblici, al fine di contemperare il fine di lucro con interessi di natura pubblica, possano avvalersi del modello della società benefit di cui alla legge, n. 208/2015 (strumento attraverso il quale le società possono perseguire, oltre allo scopo di dividere gli utili, anche una o più finalità di beneficio comune). Tale ipotesi, che consentirebbe alle società partecipate di “internalizzare” a livello di gestione sociale il perseguimento di finalità non lucrative (di beneficio comune) e potrebbe trovare delle interessanti applicazioni (ad esempio, nell’ambito dei servizi pubblici essenziali) deve tener conto, oltre che dei possibili ostacoli sul piano legislativo, dei più recenti sviluppi legislativi in materia di società a partecipazione pubblica, che parrebbero confermare (secondo l’opinione che a chi scrive parrebbe preferibile) una lucratività piena ed inderogabile delle società partecipate.

More on the purpose of profit in companies with public participation: ideas in the light of the regulation of benefit companies

In the light of the current systematic and regulatory framework, the purpose of this paper is to verify whether public bodies can make use of the “benefit corporation” model as per Law no. 208/2015 (an instrument through which, in addition to the purpose of dividing profits, companies can pursue one or more purposes of common benefit) in order to reconcile the purpose of profit with interests of a public nature. This hypothesis – which would allow the investee companies to ‘internalise’ the pursuit of non-profit purposes (of common benefit) at the level of social management, and could find interesting applications (for example, in the field of essential public services) – must take into account the most recent legislative developments in the field of publicly owned companies (in addition to possible obstacles at the legislative level), which would seem to confirm a full and mandatory profitability of the investee companies (in the opinion of the writer, it would seem preferable).

