

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi -
Cinzia Motti - Antonio Nuzzo – Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti -
Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Rosella
Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci,
Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro,
Concetta Simone**

Redazione di Foggia

**Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino,
Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione**

Redazione di Lecce

**Maria Cecilia Cardarelli, Andrea Sticchi Damiani, Giuseppe Positano,
Alessandro Silvestrini**

Redazione di Napoli

**Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello,
Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino**

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria
Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti,
Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara
Mele**



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Sabino Fortunato

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA
TRA MODELLI PRIVATISTICI ED ESERCIZIO DI PUBBLICHE
FUNZIONI*

SOMMARIO: 1. La riforma Madia sulla P.A. e il variegato sistema delle società a partecipazione pubblica. – 2. L'orientamento privatistico nella conciliazione fra scopo di lucro e interesse pubblico. – 3. Gradazioni delle forme societarie a partecipazione pubblica. Neutralità dell'organizzazione societaria e conciliabilità di interesse pubblico e interesse sociale. – 4. Il processo di razionalizzazione del Testo unico sulle “società pubbliche”. Criteri selettivi delle partecipazioni ammissibili, revisione straordinaria e revisione periodica. – 5. Diritto privato comune e deroghe espresse nel T.U. Provvedimenti presupposti e atti dispositivi negoziali, governance, responsabilità, controlli e crisi. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. La riforma Madia della P.A. e il variegato sistema delle società a partecipazione pubblica. – La riforma introdotta dalla legge Madia sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (legge 7 agosto 2015, n. 124) con particolare riferimento alle “società a partecipazione pubblica”¹ può prestarsi a valutazioni contrapposte, nella

* Relazione tenuta in Lecce il 6 giugno 2016 al Convegno su “Il riordino delle società partecipate nella riforma Madia: profili giuridici ed economici”, i cui Atti sono di prossima pubblicazione con Aracne ed.

¹ Cfr. in proposito i principi e criteri direttivi di delega dell'art. 18 legge n. 124/2015 e il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 contenente il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica. Premetto che la presente relazione ha inizialmente tenuto conto dello Schema di d.lgs. contenuto nell'Atto del Governo n. 297 del maggio 2016 che ha raccolto i vari pareri delle Commissioni parlamentari oltre che del Consiglio di Stato e della Conferenza unificata. Lo Schema è stato successivamente rivisto con Atto del Governo n. 297-bis del luglio 2016, trasmesso nuovamente alle Commissioni parlamentari e quindi definitivamente adottato dal Consiglio dei Ministri con il citato decreto legislativo. I riferimenti ad articoli senza altra precisazione, si intendono effettuati al citato Testo Unico.

La relazione non tiene conto, ovviamente, della recente sentenza della Corte Cost. 9-25/11/2016, n. 251 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, fra l'altro, dell'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m),

misura in cui si ritenga che i margini affidati alla discrezionalità amministrativa nel processo di razionalizzazione delle cd. società pubbliche siano eccessivamente ampi o appaiano sufficientemente delimitati. Ritengo, tuttavia, che sul variegato universo delle partecipate pubbliche legge delega e Testo Unico compiano un meritevole sforzo di razionalizzazione, pur nella inevitabile permanenza di ambiti di discrezionalità nella costituzione, acquisto, mantenimento e gestione o dismissione delle partecipate.

Ma prima di entrare nel merito di questo aspetto indubbiamente cruciale della riforma, consentitemi di ripercorrere le ragioni che stanno all'origine del "problema" delle società in mano pubblica e di evidenziare i motivi per cui il tema ha sempre attratto l'interesse della dottrina giuscommercialistica.

Nell'epoca del dirigismo economico della prima metà del Novecento l'intervento dello Stato-imprenditore nell'economia privilegiava le forme più squisitamente pubblicistiche dell'ente pubblico economico o dell'azienda speciale, mentre residuali apparivano le forme societarie. La situazione tende a ribaltarsi nel secondo dopoguerra, con l'affermarsi dell'economia mista: il sistema delle partecipazioni statali diventa pervasivo, benchè gerarchicamente organizzato nelle holding e subholding che pur mantenevano il carattere di ente pubblico economico e che al vertice si incentravano nell'apposito Ministero, dotato di poteri di coordinamento e di direttiva. Molteplici fattori hanno progressivamente contribuito, verso gli ultimi decenni del Novecento, a scardinare quel sistema. I principi di liberalizzazione delle attività economiche imposti dai Trattati comunitari hanno segnato il passaggio dallo Stato-imprenditore allo Stato-regolatore, spingendo al trattamento paritario fra impresa pubblica e impresa privata e avviando la stagione delle privatizzazioni, talvolta rimaste a livello solamente formale e così mantenendo in ambiti strategici società a partecipazione statale. Nel contempo le autonomie regionali e il sovraccarico di funzioni sempre più decentrate agli enti locali hanno arricchito il panorama delle società a partecipazione regionale, provinciale e comunale in ogni settore.

Ovviamente il quadro complessivo è diventato sempre più disorganico e le funzioni assolate da questa disomogenea pletora di cd. società pubbliche sempre più disparate.

2. L'orientamento privatistico nella conciliazione fra scopo di lucro e interesse pubblico. – Lo studioso di diritto commerciale ha dovuto così rinverdire un pur risalente quesito sulla

numeri da 1) a 7) della legge n. 124 del 2015 (legge delega contenente la cd. riforma Madia della Pubblica Amministrazione), nella parte in cui, in combinato disposto dell'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni compresi gli enti locali. E ciò per violazione del principio di leale collaborazione fra Stato Regioni ed enti locali, in quanto l'intervento del legislatore statale, che pur ha competenza esclusiva in materia di "ordinamento civile", finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie (ma non solo!) delle amministrazioni pubbliche, "coinvolge, inevitabilmente, profili pubblicistici che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale, anche con riguardo alle partecipazioni degli enti locali che non abbiano come oggetto l'espletamento di funzioni fondamentali".

conciliabilità della forma organizzativa societaria privatistica dell'impresa con la sostanza pubblicistica dell'interesse rappresentato dalla proprietà statale, regionale, provinciale o comunale di quelle società.

In un intervento svolto nel corso di un convegno alla LUISS nel 2009, quando già si discuteva di proposte di razionalizzazione della disciplina delle società pubbliche, Berardino Libonati ribadiva la tradizionale posizione privatistica, secondo cui la spa è “un modello tipico di organizzazione dell'investimento e del finanziamento di un'attività economica esercitata in forma di impresa” e che quell'esercizio è finalizzato allo “scopo di lucro”, inteso non solo in senso soggettivo ma anche in senso oggettivo come creazione di nuova ricchezza. Di contro, l'interesse pubblico non sempre coincide con tale finalità, poiché tende “a fornire un servizio, un vantaggio ai cittadini, indipendentemente dal loro costo”. E tuttavia la P.A. ricorre spesso a quella forma societaria, probabilmente perché lo considera il “modello più affinato di gestione di impresa” e nel contempo il più idoneo ad “attrarre, per investimento o finanziamento, ricchezza privata”. Ma – osservava sempre Libonati – il socio pubblico dev'essere guidato da alcuni “principi di vertice”, fra cui quello di non avventurarsi in iniziative il cui budget già si presenti sistematicamente in negativo o comunque di dismettere l'impresa costantemente in perdita, poiché contraria alla funzione dello strumento societario che è quello di creare nuova ricchezza. E ciò sia per la tutela della raccolta del risparmio nell'attività di impresa sia per la tutela della concorrenza.

Di qui la necessità che nella forma societaria l'interesse pubblico deve risultare “recessivo” rispetto all'interesse sociale che si caratterizza per lo scopo di lucro. La riprova si coglierebbe nella disciplina del conflitto di interessi (art. 2373 c.c.), che sanzionerebbe l'imposizione da parte del socio pubblico di indirizzi operativi incompatibili con il raggiungimento di risultati positivi; o nell'obbligo degli amministratori di curare/valutare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e dimensione dell'impresa (art. 2381 c.c.), che evidenzerebbe l'impossibilità di operare sistematicamente in perdita; o nel principio di corretta gestione imposto dall'art. 2497 c.c. nella direzione e coordinamento dei gruppi societari. Insomma la conciliabilità fra interesse pubblico e interesse sociale/privato non può che avvenire a vantaggio del secondo.

Ricordo però che Ascarelli, ad esempio, tendeva a dilatare le maglie dell'interesse sociale e dello scopo di lucro, sino a farvi rientrare anche l'interesse del socio pubblico a procurare un vantaggio alla collettività, ai cittadini. E che lo stesso Libonati riconosceva la possibilità di uno “statuto speciale” per le società a partecipazione pubblica, a condizione che se la società opera nel mercato concorrenziale deve rispettarne in pieno le regole e che una deviazione totale dal modello societario di diritto comune venga dettata con apposita legge, nel qual caso chiarendo che “non si tratta di società per azioni, ma di cosa fondamentalmente diversa”.

3. *Gradazioni delle forme societarie a partecipazione pubblica. Neutralità dell'organizzazione societaria e conciliabilità di interesse pubblico e interesse sociale.* – La prospettiva di Libonati è di stampo radicalmente privatistico: il modello societario, anche quando venga utilizzato dalla P.A., deve applicare in pieno le regole codicistiche; in caso contrario, la forma tradisce una diversa sostanza, siamo di fronte non ad una società ma starei per dire ad un organismo di diritto pubblico, se non ad un vero e proprio ente pubblico.

Senonchè, come sottolinea Marcello Clarich, “la linea di confine tra società pubbliche assoggettate al diritto comune e ‘semi-amministrazioni’ non si presta a essere stabilita in modo netto”; “la specialità delle società pubbliche è probabilmente una questione di grado che varia, alla luce del diritto positivo, senza soluzione di continuità, da un minimo ad un massimo”. Si è cominciato a parlare di semi-amministrazione, ma anche di imprese-organi dell’ente pubblico, piuttosto che di vere e proprie società: la società in house, per esempio, secondo una certa ricostruzione condivisa dalla Cassazione a sezioni unite, è una società che ha la forma della personalità giuridica autonoma, ma che in realtà costituirebbe un mero patrimonio separato dell’ente pubblico di riferimento.

In effetti non sembra possibile contrapporre nettamente società a partecipazione pubblica soggette integralmente alle regole del diritto privato comune e società soggette ad uno statuto integralmente pubblicistico, cui debbano applicarsi esclusivamente le regole proprie del diritto amministrativo. Il nostro ordinamento giuridico conosce una varietà, una gradazione molto ampia che va da un massimo di privatizzazione ad un massimo di pubblicizzazione, ma in mezzo vi sono situazioni intermedie su cui bisogna riflettere.

Credo allora che il problema della conciliazione dell’interesse pubblico con quello privato si riproponga continuamente, tenuto conto anche di un dato ormai comune alle stesse forme societarie di diritto privato. E’ noto che la definizione di società offerta dall’art. 2247 c.c. è ritagliata sul contratto associativo con causa lucrativa; il che non ha impedito al legislatore di richiamare la disciplina dei singoli tipi anche con riferimento ad altre fattispecie causali, dalla causa mutualistica alla causa consortile, dalla causa ludico-sportiva sino alla causa più genericamente ideale. Tutto ciò si è tradotto nella possibile individuazione di un nucleo organizzativo dell’operazione societaria, neutrale rispetto al momento causale. Beninteso: personalmente ritengo che il profilo causale non resti del tutto indifferente ad alcune regole di struttura, nel senso che talune di queste trovano giustificazione proprio alla luce della funzione assolta dalla singola operazione societaria. Ma non tutte le regole organizzative recano il segno dell’elemento causale.

Se si condivide questa impostazione, appare evidente che lo strumento societario può prestarsi tanto al perseguimento di un interesse sociale apprezzato in termini tradizionali, come interesse dei soci alla massimizzazione del profitto, quanto ad un interesse pubblico, inteso invece a massimizzare i vantaggi pubblici/collettivi. Del resto, lo stesso “interesse sociale” appare vieppiù frastagliato e non sempre omogeneo soprattutto dopo la riforma delle società di capitali del 2003. Ma è altresì chiaro che lo

stesso interesse pubblico deve potersi conciliare con altre regole di vertice pariordinate, come quelle che attengono alla tutela del risparmio privato o alla tutela del mercato concorrenziale, ma anche alla efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e al contenimento dei costi della spesa pubblica, valori tutti di rango costituzionale o comunitario.

4. *Il processo di razionalizzazione del Testo unico sulle "società pubbliche"*. – La non agevole conciliazione di questi molteplici profili ha portato a individuare criteri di classificazione del variegato mondo delle società pubbliche.

La Corte Costituzionale in più occasioni ha ribadito la "distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici", e ciò "ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione" (sentenza n. 148 del 2009; distinzione già sottolineata con sentenza n. 326 del 2008 e ribadita con sentenza n. 229 del 2013). In altri termini, osserva Corte Cost. n. 229/2013, le eventuali previsioni legislative restrittive hanno "la finalità di assicurare che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni non approfittino del vantaggio che ad esse deriva dal particolare rapporto con le predette pubbliche amministrazioni operando sul mercato, al fine di evitare distorsioni della concorrenza, ma concentrino il proprio operato esclusivamente nell'"attività amministrativa svolta in forma privatistica" per le medesime amministrazioni pubbliche. E ciò in linea con la normativa dell'Unione europea, il cui primario obiettivo è quello di evitare che l'impresa pubblica goda di regimi privilegiati e di assicurare – ai fini dell'ammissibilità degli affidamenti diretti di servizi a società pubbliche – che l'ente affidante eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e che l'affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente controllante (per tutte, sentenza Corte di giustizia, sez. V, 18 novembre 1999, n. C-107/98, Teckal c. Comune di Viano)".

Il criterio discrezionale fatto proprio dalla Corte Costituzionale fa leva sulla natura dell'attività esercitata, distinguendo attività dirette ad assolvere funzioni amministrative e attività dirette a produrre beni e servizi di mercato, benché strumentali alle esigenze delle stesse P.A.

Il Consiglio di Stato, nel formulare in sede di Commissione speciale il noto parere sullo schema di d.lgs. attuativo dell'art. 18 della legge Madia (parere n. 968/2016 del 21.04.2016), sceglie un criterio più formale di distinzione, fra società a partecipazione pubblica (totalitaria o mista – maggioritaria o minoritaria) a regolazione prevalentemente privatistica e società pubbliche a regolazione prevalentemente pubblicistica. Nelle prime colloca sia società esercenti attività di impresa sia attività di servizio di pubblico di interesse generale o di interesse economico generale; nelle seconde elenca le società in house, le società strumentali e gli organismi di diritto pubblico in forma societaria. Le prime sono soggette in via di principio alla disciplina privatistica di diritto comune, con possibili deroghe di diritto privato in materia di

organizzazione ma anche di esercizio dell'attività e deroghe che rendono applicabili istituti di diritto amministrativo. Le seconde sembrano ancor più sfuggenti nella loro disciplina, riducendosi – come le società in house – a mere articolazioni interne della stessa P.A. o a società strumentali, peraltro connesse più a funzioni materiali che amministrative, o ad organismi di diritto pubblico, la cui attività non può avere carattere industriale o commerciale.

Il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica offre un duplice o forse triplice criterio, una griglia di criteri che si intrecciano al fine di delimitare l'ambito delle partecipazioni pubbliche ammissibili.

Innanzitutto fissa un limite tipologico, ammettendo partecipazioni nelle sole società di capitali (spa e srl), anche se consortili o cooperative (art. 3).

In secondo luogo determina un limite di scopo, nel senso che le partecipazioni pubbliche sono consentite esclusivamente per attività produttive di beni e servizi “strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali” (art. 4, comma 1).

In terzo luogo sussiste un limite di attività, potendo la società partecipata avere ad oggetto: (i) servizi di interesse generale (SIE); (ii) progettazione e realizzazione di opere pubbliche in base ad accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; (iii) realizzazione e gestione di opere pubbliche o realizzazione e gestione di servizi di interesse generale in partnerariato con imprenditore selezionato; (iv) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto della disciplina sui contratti pubblici; (v) servizi di committenza a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici (art. 4, comma 2).

E' un tentativo di razionalizzazione che certo non elimina ampi margini di discrezionalità nel tradurre in atti operativi le nozioni, per esempio, di servizio di interesse generale o di servizio strumentale e probabilmente anche quella di “finalità istituzionali”. E tuttavia soccorrono le elaborazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia Europea, come anche della giurisprudenza nazionale. E soccorre soprattutto l'obbligo di motivazione analitica che l'art. 5 del Testo unico impone alle P.A. che vogliano procedere alla costituzione o all'acquisto anche indiretto di partecipazioni societarie, la cui carenza può essere ovviamente motivo di annullamento dello stesso atto amministrativo e inefficacia della costituzione o dell'acquisto. La motivazione dovrà: (i) dar conto della necessità di provvedere alla costituzione/acquisto per il perseguimento delle finalità istituzionali; (ii) giustificare la scelta indicando le ragioni e le finalità, anche dal punto di vista della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria a raffronto della destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; (iii) giustificare la scelta anche rispetto alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; (iii) render conto della sua compatibilità con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; (iv) giustificarne la compatibilità finanziaria con le norme dei trattati comunitari e in particolare con la disciplina degli aiuti di Stato.

L'atto va poi sottoposto a forme di consultazione pubblica e inviato per

informativa alla competente sezione della Corte dei Conti nonché all’Autorità garante della concorrenza e del mercato perché eserciti i poteri ex art. 21-bis legge n. 287/1990.

Ovviamente non mancano eccezioni alle limitazioni così delineate.

Sono legittimate partecipazioni per situazioni determinate (in società che hanno per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle P.A. mediante conferimento di immobili; in società che gestiscono spazi od eventi fieristici o impianti a fune per la mobilità turistico-sportiva in aree montane; in società caratterizzate da start up o spin off universitari; etc.) (art. 4). Parimenti sono ammesse le partecipazioni in singole società specificamente elencate in un allegato A, in considerazione del rilievo che esse rivestono “per l’economia nazionale, anche in relazione alla dimensione finanziaria e alle possibili strategie di sviluppo” (così la Relazione illustrativa annessa all’atto del Governo n. 297-bis di luglio 2016) (art. 26). Restano pure, a prescindere dai criteri previsti all’art. 4, tutte le partecipazioni in società quotate già detenute dalle P.A. al 31 dicembre 2015. E soprattutto l’art. 4, comma 9, consente di individuare con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, anche successivamente all’entrata in vigore del Testo unico, singole società sottratte totalmente o parzialmente al rispetto dei criteri limitativi, in considerazione della misura e qualità della partecipazione, degli interessi pubblici ad essa connessi e del tipo di attività svolta, riconducibile tuttavia alle finalità previste dall’art. 1 (presumibilmente la norma intende riferirsi alle tre finalità che sorreggono l’intero impianto delle società a partecipazione pubblica: efficiente gestione delle partecipazioni, razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica, tutela e promozione della concorrenza e del mercato).

Il processo di razionalizzazione della detenzione delle partecipazioni pubbliche nelle società partecipate passa attraverso una prima “revisione straordinaria” (art. 24) e, a regime, una “revisione periodica annuale” (art. 20).

Quanto alla prima revisione, essa deve attuarsi entro sei mesi dall’entrata in vigore del T.U. attraverso un provvedimento motivato di ricognizione delle partecipazioni possedute da ciascuna P.A. a quella data, individuando quelle non più ammissibili e che devono essere alienate entro un anno dalla conclusione della ricognizione. Le partecipazioni da alienare sono tutte quelle non riconducibili alla griglia funzionale e di attività delineata dall’art. 4, commi 1, 2 e 3, ma anche quelle non motivabili secondo i principi enucleati nell’art. 5, commi 1 e 2, e quelle riconducibili alle ipotesi disciplinate dall’art. 20, comma 2 (fra cui società - pur riconducibili alle categorie dell’art. 4 - che però siano prive di dipendenti o abbiano amministratori in numero superiore ai dipendenti, o presentino un fatturato medio nel triennio precedente non superiore ad un mln di Euro, svolgano attività analoghe o similari ad altre società o enti pubblici strumentali, società che abbiano un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti purchè non svolgano servizi d’interesse generale, società per le quali è necessario contenere i costi di funzionamento ovvero procedere ad aggregazione).

La revisione periodica avviene con provvedimenti da adottare entro il 31 dicembre di ogni anno, con un’analisi complessiva delle società partecipate cui può accompagnarsi un piano di riassetto per la razionalizzazione, fusione o soppressione

anche tramite liquidazione o cessione delle partecipazioni non ammissibili secondo i criteri e le ipotesi già evidenziate (una relazione tecnica deve indicare modalità e tempi di attuazione delle misure da adottare). E peraltro nell'anno successivo le P.A. che hanno adottato il piano di razionalizzazione devono approvarne la rendicontazione sullo stato di attuazione.

I provvedimenti relativi alla revisione straordinaria e a quella periodica devono essere trasmessi alla competente Sezione di controllo della Corte dei Conti e alla struttura del MEF preposta al controllo e monitoraggio delle partecipate.

La dismissione, anche per il tramite di operazioni straordinarie o anche di scioglimento societario, può investire anche partecipazioni acquisite per disposizione normativa e in deroga alla previsione originaria (art. 20, comma 5, e art. 24, comma 7) e i relativi atti sono sorretti dalla disciplina civilistica. La mancata adozione degli atti, compresa la mancata ricognizione e piano di razionalizzazione e attuazione dello stesso con relative alienazioni e/o operazioni straordinarie, è sanzionata in vario modo: (i) il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della partecipata; (ii) fermo il potere di alienazione, la partecipazione è sostanzialmente trattata alla stregua di un recesso forzoso, dovendo procedersi alla liquidazione in denaro secondo i criteri civilistici ex art. 2437-ter, comma 2, c.c. e il procedimento fissato dall'art. 2437-quater c.c.; (iii) in assenza di utili e riserve disponibili per liquidare il socio pubblico, così come nel caso di società unipersonale, la norma sembra imporre coattivamente la liquidazione della società. Per la verifica a regime l'art. 20, comma 7, sembra aggiungere la sanzione pecuniaria amministrativa oltre che il risarcimento dell'eventuale danno erariale.

Inoltre, è disposto altresì che entro l'anno dall'entrata in vigore del T.U., il conservatore del registro delle imprese provveda alla cancellazione d'ufficio, previo interpello, delle società a "controllo pubblico" che per oltre tre anni consecutivi non abbiano depositato il bilancio d'esercizio o non abbiano compiuto atti di gestione.

La disciplina, invero, non è fra le più perspicue, poiché sembrano sovrapporsi norme richiamate ma ripetitive e soprattutto discipline similari già dettate nelle varie leggi di stabilità che spesso sono fatte salve ("resta fermo...") contestualmente alla nuova normativa di revisione. Sarà necessaria una attenta tessitura interpretativa al fine di porre ordine nel processo di... riordino.

5. Diritto privato comune e deroghe espresse nel T.U. Provvedimenti presupposti e atti dispositivi negoziali, governance, responsabilità, controlli e crisi. – Il processo di razionalizzazione del possesso delle partecipazioni societarie da parte delle P.A. è certamente uno dei nodi più rilevanti della riforma. Il tentativo compiuto è un passo avanti soprattutto per la estensione che esso assume, benchè finisca per portare a regime soluzioni in buona parte già sperimentate con le leggi di stabilità e finanziarie degli anni pregressi, che finiscono talvolta per sovrapporsi.

Un altro aspetto da segnalare è tuttavia l'opzione compiuta dal T.U. per lo statuto tendenzialmente privatistico delle "società a partecipazione pubblica". L'art. 1, comma 3, infatti afferma il principio della soggezione di tutte le dette società a "le

norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato” “per tutto quanto non derogato dal presente decreto”. E anche le deroghe disposte nel T.U. trovano applicazione alle società quotate partecipate “solo se espressamente previsto” (comma 5). Sull’altro versante, però, restano ferme le disposizioni normative (legali o regolamentari) di “diritto singolare per società costituite per la gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale” o “per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse”; così come – e starei per dire naturalmente – le disposizioni legali concernenti partecipazioni pubbliche in fondazioni o enti associativi non societari.

L’affermazione di una generale applicazione del diritto privato comune alle società a partecipazione pubblica, considerata l’ampiezza di questa nozione (e v. l’art. 2, comma 1, lett. n), salve le deroghe espresse, mi sembra che finisca per coinvolgere anche le “società in house”, per le quali non sarà più tanto sostenibile parlare di mero patrimonio separato della stessa P.A. di riferimento.

Il complesso delle deroghe al diritto comune introdotte nel T.U. possono probabilmente raggrupparsi intorno a cinque nuclei fondamentali: (i) disciplina degli atti (provvedimenti) presupposti rispetto agli atti privatistici di costituzione della società, acquisto, gestione e alienazione delle partecipazioni; (ii) disciplina della governance; (iii) disciplina delle responsabilità; (iv) disciplina dei controlli; (v) disciplina della crisi d’impresa.

(i) Il legislatore si preoccupa di dettare regole generali sugli organi delle specifiche categorie di P.A. (statali, regionali, comunali o altri enti) legittimati ad assumere gli atti deliberativi (e dunque provvedimenti amministrativi) aventi ad oggetto la partecipazione alla costituzione di società (art. 7) ovvero l’acquisto di partecipazioni anche conseguente a sottoscrizione di aumento di capitale o ad operazione straordinarie (art. 8) o ancora l’esercizio dei diritti sociali o la stipula di patti parasociali o la nomina e revoca di componenti degli organi interni della società (art. 9) o l’alienazione o la costituzione di vincoli sulle partecipazioni (art.10). Tali atti deliberativi, come si accennava, sono provvedimenti-presupposti degli atti di diritto privato che ne conseguono, ma la relazione che li collega è variamente disciplinata nelle singole fattispecie.

La mancanza o invalidità del provvedimento legittimante la partecipazione alla costituzione di una società non rende automaticamente nullo il contratto o l’atto unilaterale di costituzione, ma si riflette alla stregua di causa di scioglimento della società ex art. 2332 c.c. solo se la partecipazione viziata sia da considerare essenziale ai fini del conseguimento dell’oggetto sociale. In difetto di tale giudizio di essenzialità, la partecipazione si riterrà comunque validamente acquisita ma dovrà procedersi alla sua liquidazione ai sensi delle regole già viste per il cd. recesso forzoso ex art. 24, comma 5, T.U. Nella sostanza si fa applicazione del principio generale societario secondo cui una volta costituita la società di capitali, la causa di invalidità del negozio costitutivo al più si converte in causa di scioglimento della società o del singolo rapporto sociale a tutela dei molteplici interessi collegati all’attività esercitata dalla persona giuridica. Ovviamente,

ove l'iscrizione dell'atto costitutivo non sia ancora avvenuta nel registro delle imprese, il vizio partecipativo potrebbe comportare immediatamente la nullità dell'atto negoziale costitutivo.

La mancanza o invalidità della deliberazione avente ad oggetto l'acquisto o anche l'alienazione di partecipazioni in società già esistenti comporta, invece, l'inefficacia dell'atto negoziale. Probabilmente piuttosto che alla figura dell'invalidità derivata, il legislatore ha inteso fare riferimento alla inefficacia del negozio dispositivo, nella misura in cui una successiva adozione, anche in sanatoria, del provvedimento deliberativo potrebbe rendere efficace quel negozio.

La mancanza o la invalidità della deliberazione relativa all'esercizio dei diritti sociali o alla stipula di patti parasociali non determina l'invalidità delle deliberazioni adottate dagli organi societari, salvo che in applicazione delle regole di diritto privato e societario il voto del socio pubblico sia invalidato e la sua marginalità si rifletta anche sulla validità della deliberazione societaria. Di contro, la mancanza o invalidità del provvedimento di nomina o revoca del componente di un organo societario comporta senz'altro l'invalidità della nomina o revoca anche nei confronti della società partecipata.

Ma non v'è dubbio che l'articolato tema del rapporto fra il provvedimento amministrativo presupposto e il negozio di diritto privato conseguente meriterebbe un approfondimento maggiore dei rapidi cenni qui dedicati e che l'economia della presente relazione non consente.

(ii) Anche la governance delle società pubbliche subisce deroghe di vario genere, ora ispirate a principi di riduzione dei costi ora a principi di maggior efficienza e moralità. Le disposizioni trovano applicazione soprattutto alle "società a controllo pubblico" (art. 11) e non a tutte le società a partecipazione pubblica, per le quali semmai è fatto carico al socio pubblico con partecipazione qualificata (superiore al dieci per cento del capitale) di farsi promotore di proposte all'interno della compagine sociale di misure analoghe a quelle previste per le società a controllo pubblico e volte a introdurre per i componenti di organi societari limiti ai compensi massimi e per i dirigenti divieti di indennità o trattamenti di fine mandato ulteriori rispetto a quelli di legge o di contratto collettivo (cfr. art. 11, comma 16).

Nelle società a controllo pubblico: a) gli organi amministrativi e di controllo devono rispondere a requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia fissati con decreto del Presidente del Consiglio (dPCM), oltre che a quelli statuari; b) l'organo amministrativo è "di norma" un amministratore unico, ma con dPCM sono determinati criteri che per motivi di adeguatezza legittima l'assemblea della società partecipata a prevedere un CdA di tre o cinque membri o l'adozione di un sistema alternativo di amministrazione e controllo (dualistico o monistico); c) deve assicurarsi il rispetto del principio di equilibrio di genere sia nel numero complessivo di designazioni o nomine di amministratori effettuate in corso d'anno (almeno 1/3) sia negli organi amministrativi collegiali (rispetto dei criteri indicati nella legge n. 120/2011); d) ove si adotti il tipo srl, non è consentita l'amministrazione disgiunta o congiunta affidata a due o più soci, è

prevista sempre la nomina di un organo di controllo o di un revisore e, nel caso di spa, la revisione legale dei conti non può essere svolta dal collegio sindacale (art. 3, comma 2); e) sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi per stabilire cinque fasce in cui classificare le società partecipate onde determinare limiti massimi ai compensi dei componenti degli organi societari, con divieto di corrispondere gettoni di presenza, premi di risultato o trattamenti di fine mandato agli organi sociali; f) le deleghe gestorie sono attribuite ad un solo amministratore, salva la facoltà di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzate dall'assemblea; g) esclusione della carica di vicepresidente o attribuzione senza compensi aggiuntivi e solo in funzione sostitutiva del presidente in caso di assenza o impedimento; h) divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali societarie e, in caso di istituzione di organi consultivi o propositivi previsti dalla legge, limitazione dei relativi compensi.

Inoltre le società a controllo pubblico devono orientare il proprio assetto organizzativo a regole di condotta più stringenti (art. 6) dovendo valutare l'opportunità di integrare gli strumenti di governo societario, in considerazione delle dimensioni, caratteri organizzativi e attività svolta, con regolamenti diretti a garantire la conformità alla disciplina della tutela della concorrenza e della proprietà industriale o intellettuale, con un ufficio di auditing interno che collabori con l'organo di controllo societario, con codici di condotta verso consumatori, utenti dipendenti e collaboratori e altri stakeholders, con programmi di responsabilità sociale d'impresa. Tali strumenti integrativi devono essere indicati nella annuale relazione sul governo societario da pubblicare unitamente al bilancio d'esercizio e nel caso di mancata adozione se ne deve spiegare la ragione (comply or explain).

Le società in house, oltre alle regole per le società a controllo pubblico, sono soggette alle regole sulla proroga limitata degli organi disciplinata dal discusso d.l. n. 293/1994 (convertito nella legge n. 444/1994).

(iii) Viene poi dettata una strana e sibillina disposizione in materia di responsabilità risarcitoria a carico dei componenti degli organi amministrativi e di controllo delle società partecipate, stabilendosi che essi continuano a rispondere secondo le regole ordinarie del diritto delle società di capitali. Tuttavia è devoluta alla Corte dei Conti la giurisdizione in materia di danno erariale, distinguendosi fra società in house e altre società partecipate. Per le prime sembra volersi affermare una sorta di giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti per il danno erariale provocato da amministratori e dipendenti delle stesse società. Per le seconde il danno erariale, patrimoniale o non, è concepito nei limiti della quota di partecipazione pubblica subito dagli enti partecipanti, "ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione" (art. 12). In questa sede non è possibile sviluppare analisi dettagliate di una disposizione che appare complessa e discutibile, benchè in parte riconducibile ad orientamenti propri della Corte dei Conti.

(iv) Quanto alla disciplina dei controlli, al di là di quelli interni ed organici che si inseriscono nella governance societaria, l'interesse è attratto dai controlli giudiziari e dai controlli amministrativi. Risulta generalizzata, nelle società a controllo pubblico e anche in forma di srl, l'applicazione del controllo affidato al Tribunale ex art. 2409 c.c. su ricorso per gravi irregolarità di ogni P.A. socia "indipendentemente dall'entità della partecipazione" (art. 13). Peraltro l'art. 14, comma 3, reca una tipizzazione di ipotesi di grave irregolarità, ogni volta che l'organo amministrativo, in presenza di indicatori di crisi aziendale, non adotti senza indugio "i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento".

Quanto ai controlli amministrativi, diretti al monitoraggio sull'attuazione del T.U., fornendo altresì orientamenti e indicazioni sull'applicazione del medesimo (oltre che del d.lgs. n. 333/2003) e le direttive in materia di separazione contabile nonché promuovendo le best practices presso le società partecipate, essi sono incardinati presso una struttura del MEF, struttura di cui tuttavia deve essere assicurata la "separazione organizzativa" rispetto agli uffici del medesimo Ministero preposti nei confronti delle partecipate statali all'esercizio dei relativi diritti sociali. Tale controllo è garantito da flussi informativi alimentati dalle società a partecipazione pubblica e dalle stesse P.A. partecipanti (compresi gli atti connessi alla revisione straordinaria e alle revisioni periodiche) nonché dall'esercizio di poteri ispettivi della struttura ministeriale nei confronti di tutte le società partecipate (art. 15).

Controlli spettano ovviamente anche alla Corte dei Conti a tutela risarcitoria dell'eventuale danno erariale, ma anche – come s'è visto – in relazione all'analitica motivazione dei provvedimenti delle P.A. di costituzione delle società o di acquisizione di partecipazioni che le devono essere inviati "a fini conoscitivi" così come devono esserle inviati gli atti concernenti la revisione straordinaria e le revisioni periodiche. Di contro all'Autorità antitrust nazionale (AGCM) saranno inviati i soli provvedimenti di costituzione o di acquisizione, ma non anche quelli connessi alle revisioni, poiché secondo la Relazione illustrativa questi ultimi atti non coinvolgerebbero profili di tutela della concorrenza.

(v) Da ultimo è importante sottolineare l'opzione legislativa per la soggezione di tutte le società a partecipazione pubblica (comprese dunque anche quelle in house) alla ordinaria disciplina civilistica della crisi d'impresa, posto che ad esse si applicano espressamente le disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo e quelle sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (art. 14). In termini più specifici, peraltro, per le società a controllo pubblico la crisi d'impresa attiva obblighi gestori tipizzati e connessi ai programmi di valutazione del rischio aziendale, prevedendosi peraltro divieti di ripianamento perdite con risorse pubbliche se non a determinate condizioni. Parimenti analoghi divieti di ricapitalizzazione si applicano rispetto a società partecipate che abbiano registrato per tre esercizi consecutivi perdite di esercizio o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Anche in queste ipotesi non mancano possibili eccezioni. Comunque

le P.A. controllanti società titolari di affidamenti diretti che siano state dichiarate fallite, nei cinque anni successivi non possono costituire nuove società o acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora esse gestiscano i medesimi servizi di quella fallita.

Volendo tirare le fila di questo quadro derogatorio della disciplina di diritto privato delle società a partecipazione pubblica (che non manca di investire altresì società in house e società miste: cfr. rispettivamente art. 16 e art. 17), si può affermare che spesso si tratta di regole che accanto a vere e proprie deroghe al diritto comune talvolta ne confermano la portata (come per esempio in materia di crisi d'impresa). L'interprete dovrà comunque compiere un'opera non sempre agevole per pervenire a soluzioni applicative ragionevoli ed evitare sovrapposizioni ed ambiguità.

6. *Alcune considerazioni conclusive.* – La disciplina pubblicistica applicabile eventualmente alle società a partecipazione pubblica riguarda, più che il profilo organizzativo, l'esercizio delle attività e la tutela della concorrenza. Ovviamente sotto questo aspetto la disciplina più corposa è recata dalla normativa sui servizi pubblici locali, e non è mia intenzione occuparmene in questa sede.

Indubbiamente la riforma delle società pubbliche solleva numerose questioni interpretative e tuttavia rappresenta un tentativo di razionalizzazione del sistema che potrebbe avviare un processo virtuoso nella misura in cui trovino maggiore specificazione nozioni talvolta troppo indeterminate e vengano sciolte le sovrapposizioni normative che ancora permangono. Un ruolo importante è assegnato all'obbligo di motivazione analitica delle scelte nell'azione amministrativa. Alcune finalità di carattere molto generale potrebbero costituire limite all'esercizio della discrezionalità.

Com'è noto, è stata calcolata la presenza di ottomila società partecipate, il cui numero dovrebbe essere considerevolmente ridotto. Ma il processo di razionalizzazione non sarà agevole. Lo schema del T.U., in sede di consultazione, ha sollevato posizioni differenziate e spesso contrapposte, come quelle di Confindustria e dell'ANCI. Ed ovviamente ciò appare ben comprensibile, rispetto ad enti rappresentativi dei maggiori interessi in contrasto. La Confindustria ha invocato maggiore coinvolgimento dell'Autorità di garanzia della concorrenza e del mercato anche nel processo di revisione, nonché maggiore trasparenza e pubblicità dei dati economico-finanziari delle società partecipate. L'ANCI ha espresso grande apprezzamento per la tecnica legislativa adottata nel TU, ma ha lamentato un impianto normativo costruito molto su una visione di sfavore nei confronti della proprietà pubblica delle società che erogano servizi pubblici di interesse economico generale e poco sui meccanismi di incentivazione tesi ad agevolare processi aggregativi. Non dobbiamo mai dimenticare che il ruolo della PA è anche un ruolo fondamentale nel sollecitare lo sviluppo e la promozione delle economie territoriali del Paese. Ma forse ciò che manca è soprattutto una visione strategica in termini di politica economica e industriale troppo frantumata ormai nelle logiche dispersive del mercato.