

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

# Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2021 - Anno XLII

## LA RECENTE RIMODULAZIONE LEGISLATIVA DELLO STRUMENTO SOCIETARIO PUBBLICO

dell'Avv. Massimiano Sciascia, Professore Straordinario di diritto amministrativo presso l'Università Telematica "Pegaso".

Le partecipazioni pubbliche sono da tempo oggetto di un ripensamento critico da parte del legislatore, fondamentalmente per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, perché le società pubbliche, finanziate con denaro pubblico, ove operino sul mercato in concorrenza con altri operatori privati, finiscono spesso per fruire di un indebito vantaggio concorrenziale rispetto agli altri *competitors*, generando effetti distorsivi, su larga scala, di notevole impatto economico, che il legislatore, sia nazionale che comunitario, intende scongiurare o perlomeno neutralizzare o elidere il più possibile.

In secondo luogo, perché le società pubbliche aggravano i costi di funzionamento degli apparati pubblici, senza tuttavia non sempre aumentarne l'efficienza gestionale. Sovente si è riscontrato che le amministrazioni locali, strette dai vincoli di finanza pubblica del PSI, hanno impiegato lo strumento delle società a partecipazione pubblica non tanto per incrementare i livelli di economicità ed efficienza gestionale nell'erogazione dei servizi, quanto piuttosto per scorporarne la gestione

dal proprio apparato organizzativo interno e far in modo che non andassero (formalmente) a gravare sugli equilibri di bilancio dell'ente<sup>(1)</sup>.

Ed in terzo luogo, perché le società pubbliche sono state spesso artatamente strumentalizzate quale espediente preordinato all'elusione dei vincoli e dei controlli pubblicistici sull'azione e sull'organizzazione amministrativa, quali in particolare l'obbligo del concorso pubblico per le assunzioni di personale, il rispetto dei principi di evidenza pubblica per la stipula dei contratti, l'assoggettamento al sistema dei controlli esterni (quale quello della Corte dei conti), i limiti di spesa imposti alle politiche di bilancio da parte delle norme sul PSI, ecc.<sup>(2)</sup>. Non di rado, dietro lo scudo dell'autonomia organizzativa, di cui godono, entro certi limiti, anche gli enti pubblici, soprattutto quelli territoriali, lo strumento delle partecipazioni societarie e, più in generale, quello della capacità negoziale di diritto privato, è stato piegato al perseguimento, diretto o indiretto, di politiche pubbliche al di fuori del rispetto delle regole dei vincoli imposti dal diritto pubblico<sup>(3)</sup>.

Sicché, la più recente legislazione si è mossa nella direzione, da un lato, di limitare l'attività delle società pubbliche, circoscrivendola ai soli soci pubblici; e dall'altro, di porre un freno agli sprechi finanziari, limitando la costituzione di società o le spese di funzionamento ed estendendo nei loro confronti alcuni dei principali vincoli pubblicistici (per esempio il principio concorsuale per le assunzioni) posti all'attività amministrativa, al fine di impedirne l'elusione<sup>(4)</sup>.

---

<sup>1</sup> GIARDINA, *Società miste e finanza locale*, in AA.VV., *Le società miste per i servizi locali* (a cura di Trimarchi), Milano, 1999, 59 e ss.; FARNETI, *Le società partecipate: problemi di attualità*, in *Azienditalia*, 2008, 684 e ss.

<sup>2</sup> Mentre l'acquisto di partecipazioni azionarie e i conferimenti di capitale costituiscono una spesa di investimento (cfr. art. 3, comma 18, L. 350/2003, le operazioni di ripianamento di perdite e le ricapitalizzazioni non costituiscono investimento, bensì spesa corrente. In tal senso, v. Corte conti, sez. aut., del. 16 settembre 2008, n. 13, la quale mette in evidenza il rischio che alla ricapitalizzazione per ripiano perdite vengano riconosciuti i caratteri di spesa in conto capitale, come tale fronteggiabile anche attraverso forme di indebitamento, pur senza che essa sia effettivamente destinata a investimento, violando quindi l'art. 119, ultimo comma, Cost. V. pure Corte conti, sez. contr. Lazio, n. 67/2009; sez. contr. Liguria, n. 56/2011 e n. 9/2008; sez. contr. Puglia, n. 42/2008 e n. 65/2007; sez. contr. Abruzzo, n. 578/2007; sez. contr. Marche, n. 22/2007. Maggiori approfondimenti in BARBAGALLO, *Le operazioni di ricapitalizzazione delle società partecipate dagli enti locali e il principio di sana gestione finanziario*, in *Riv. Corte conti*, 2015, 3-4, 568 e ss.

<sup>3</sup> CAMMELLI-ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica locale*, Rimini, 1999, 1; M. P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1115 e ss.; URSI, *Società cit.*, 20.

<sup>4</sup> CLARICH, *Le società partecipate cit.*, 7 e ss.; URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2012.

Le forti limitazioni introdotte dalla più recente legislazione alla capacità giuridica societaria delle amministrazioni pubbliche, sia statali che territoriali, rispondono a diverse finalità, tuttavia riassumibili in tre diverse esigenze di fondo.

In primo luogo, vi è l'esigenza, imposta dal diritto europeo, di tutelare l'assetto concorrenziale dei mercati. Invero, la presenza di società o imprese pubbliche non sarebbe, di per sé, di ostacolo alla concorrenzialità del mercato, sicché il diritto dell'Unione europea non ostacola, in linea di principio, la presenza di società o imprese pubbliche sul mercato (cfr. art. 345 TFUE)<sup>(5)</sup>. Ciò che invece è precluso è l'emanazione o il mantenimento nei confronti delle imprese o società pubbliche di diritti speciali o esclusivi che, creando un regime di favore per tali enti rispetto agli altri concorrenti privati, si traducano in un aggiramento del divieto di concessione degli aiuti di Stato (cfr. artt. 14, 101, 106 e 107 TFUE)<sup>(6)</sup>. Proprio in ragione del vantaggio competitivo che il socio privato può trarre dalla collaborazione con la parte pubblica, questi organismi possono essere in grado di arrecare pesantissime distorsioni all'assetto concorrenziale del mercato<sup>(7)</sup>. È stato sottolineato come i processi di privatizzazione, avviati all'inizio degli anni '90, per una sorta di non prevista palingenesi dei fini, hanno finito per determinare non tanto una riduzione dell'intervento pubblico diretto in economia, quanto piuttosto la mutazione della sua fisionomia organizzativa, che è stata privata di quei connotati di autoritatività che tradizionalmente, sotto diversi aspetti, lo caratterizzavano<sup>(8)</sup>.

La seconda tipologia di esigenze che queste recenti limitazioni legislative mirano a soddisfare, è quella di contenimento della spesa pubblica, specie alla luce del crescente inasprimento dai vincoli finanziari alle politiche di bilancio, imposti dalle istituzioni europee a tutela della

---

<sup>5</sup> BENEDETTI, *Verso l'impresa europea di interesse generale: il quadro normativo comunitario e nazionale*, in AA.Vv., *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa di interesse generale nell'Unione Europea* (a cura di Caffarata-Martellini-Velo), 2007, 435 e ss.

<sup>6</sup> In tal senso, *ex plurimis*, Corte giust. CE, sent. 21 marzo 1991, *Finmeccanica-Alfa Romeo*. Emblematico è, al riguardo, l'art. 8 L. 287/90, che estende assoggetta alla normativa *antitrust* tanto le imprese private che quelle pubbliche. Maggiori approfondimenti in MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, in AA.Vv., *Le società "pubbliche"* (a cura di Ibba-Malaguti-Mazzoni), Torino, 2011, 32 e ss.

<sup>7</sup> Cons. Stato, comm. spec., par. 21 aprile 2016, n. 968.

<sup>8</sup> S. CASSESE, *La nuova costituzione economica cit.*, 168; URSI, *Società cit.*, 21.

stabilità della moneta unica, a seguito dell'aggravarsi della crisi economica, e declinati prima attraverso il PSI ed oggi dalla regola costituzionale del pareggio (o equilibrio) di bilancio. Se il diritto comunitario non impone di per sé l'eliminazione dell'intervento pubblico diretto in economia, sia esso fatto con imprese pubbliche o società partecipate, in quanto di per sé non in grado di alterare l'assetto concorrenziale del mercato, almeno laddove non beneficino di speciali regimi di favore, è però altrettanto vero che esse vanno a gravare sensibilmente sul livello della spesa pubblica contribuendo notevolmente all'appesantimento della struttura organizzativa degli apparati pubblici<sup>(9)</sup>.

Nel corso degli ultimi anni si è assistito, infatti, ad un fenomeno di creazione indiscriminata e spesso immotivata di organismi societari da parte delle amministrazioni pubbliche (soprattutto quelle territoriali)<sup>(10)</sup>, non di rado ispirato a ragioni non di efficacia ed efficienza gestionale dei servizi, bensì da logiche di smaccato affarismo e clientelismo politico<sup>(11)</sup>, che hanno finito col gravare sensibilmente sugli equilibri di bilancio e sulla stabilità finanziaria delle amministrazioni territoriali, sovente sfociando in vere e proprie situazioni di dissesto; anzi, molto spesso tali organismi, in quanto enti privati, come tali in passato sottratti ai controlli di gestione interni ed esterni<sup>(12)</sup>, specie quello della Corte dei conti, sono stati creati proprio per occultare debiti o cattive gestione finanziarie, che in questo modo non sarebbero risultate nelle scritture e nelle risultanze contabili dell'ente pubblico partecipante<sup>(13)</sup>.

---

<sup>9</sup> CASSETTA, *Manuale cit.*, 131.

<sup>10</sup> Gli enti territoriali, in quanto istituzionalmente preposti ad interpretare i bisogni delle collettività locali, hanno spesso adottato lo schema organizzativo societario non solo per la gestione dei servizi pubblici, ma anche per l'esternalizzazione di funzioni amministrative e per la produzione di beni e servizi strumentali. Cfr. NAPOLITANO, *Il capitalismo municipale cit.*, 10 e ss.

<sup>11</sup> Sul punto v. anche URSI, *Società cit.*, 25, il quale sottolinea come, soprattutto a livello locale, l'esigenza di costituire o acquisire partecipazioni sociali sia stata dettata non da effettive esigenze organizzative e gestionali, quanto piuttosto dalla possibilità di creare posti di lavoro orbitanti nella sfera di influenza dei partiti politici. E non è un caso che i dati relativi alla crescita dei livelli occupazionali all'interno di questi enti siano in questi ultimi anni andati in netta controtendenza rispetto a quelli registrati negli altri settori dell'economia (cfr. NAPOLITANO, *Il capitalismo municipale cit.*, 24).

<sup>12</sup> Essendo stato solo di recente, con il D.Lgs. 123/2011 e con il D.L. 174/2012, introdotto l'obbligo di consolidare il bilancio di queste società con quello degli enti pubblici partecipanti.

<sup>13</sup> In tal senso, prima che sul punto intervenissero le importanti novità introdotte dal D.L. 174/2012 e dai DD.Lgs. 91 e 118/2011 (come mod. dal D.Lgs. 126/2014), Corte conti, sez. aut., del. 16 settembre 2008, n. 13 aveva messo in evidenza l'insufficienza del bilancio dell'ente locale a fornire informazioni esaustive concernenti l'impatto finanziario che le partecipazioni dell'ente avevano sui propri equilibri di bilancio, attribuibile sia alla scarsa analiticità del bilancio stesso (che non consentiva di conoscere nel dettaglio e quindi disaggregare le

Sul regime delle società a partecipazione pubblica, sia statale che regionale o locale, hanno quindi così profondamente inciso anche numerosi interventi legislativi<sup>(14)</sup>, che hanno introdotto, soprattutto a

---

specifiche voci di entrata e spesa che accedevano alla stessa allocazione), sia alla diversità delle scelte adottate dagli enti locali nell'allocazione delle singole voci di entrata e di spesa variamente collegate alle partecipazioni. Si metteva altresì in evidenza come tali difficoltà si sarebbero potute ridurre con un'applicazione generalizzata della contabilità analitica per centri di costo e dei principi contabili per gli enti locali. Sotto diverso profilo, era stata ripetutamente rilevata anche l'imprescindibilità della redazione del bilancio consolidato, unico strumento che consenta di valutare l'economicità del gruppo ente locale/società controllate fornendo informazioni sufficienti sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dello stesso, consentendo anche di rapportare il sacrificio economico richiesto alla collettività (famiglie, imprese ecc.) ai servizi ricevuti. Il consolidamento del bilancio privato dell'ente societario partecipato con quello pubblico dell'ente partecipante era però notevolmente ostacolato dalle difficoltà insite nella ricerca di omogenee tecniche di consolidamento, stante una ancora scarsa diffusione della contabilità economico-patrimoniale, maggiormente in grado di rappresentare uniformemente i risultati di gestione, e la perdurante coesistenza di documenti contabili redatti secondo logiche differenti, che fanno riferimento alla contabilità finanziaria nel caso degli enti pubblici, ed alla contabilità economica, per quanto riguarda gli organismi partecipati (cfr. STADERINI-POZZOLI, *Esternalizzazioni e bilancio consolidato negli enti locali*, in *Azienditalia*, 2008, 7). Maggiori approfondimenti, in FARNETI, *Il "male oscuro" della nostra pubblica amministrazione: un'analisi relativa alle società partecipate dagli enti locali*, in *Riv. Corte conti*, 2014, 545 e ss.

<sup>14</sup> Al riguardo, in questa direzione possono essere ricordati: l'art. 1, commi 721 e ss., L. 296/2006 (legge finanziaria 2007), che aveva imposto alle Regioni l'adozione di disposizioni, normative o amministrative, finalizzate, tra l'altro, alla << fusione delle società partecipate e al ridimensionamento delle strutture organizzative >>; l'art. 3, comma 30, L. 244/2007, che aveva imposto alle amministrazioni anche l'obbligo di adottare, una volta scelto di costituire società o assumere partecipazioni, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie in misura adeguata alle funzioni esercitate attraverso gli organismi costituiti o partecipati, e di provvedere contestualmente alla corrispondente riduzione della dotazione organica, con attivazione della procedura per la dichiarazione dell'eccedenza di personale (nonché alla riduzione degli stanziamenti in bilancio e del fondo per la contrattazione integrativa). Per gli enti locali, inoltre l'art. 14, comma 32, D.L. 78/2010 aveva vietato ai Comuni di minori dimensioni demografiche di costituire o partecipare società ed imposto loro di porre in liquidazione o cedere le partecipazioni in quelle già esistenti, fatte però salve alcune eccezioni, tra cui le c.d. "gestioni virtuose". Importanti limitazioni erano contenute anche nell'art. 6, comma 19, D.L. 78/2010 che, sempre ai fini del contenimento della spesa pubblica, poneva limiti alla ricapitalizzazione e al finanziamento pubblico delle società in perdita, sebbene con alcune eccezioni. Va anche ricordato che l'art. 29, comma 1-ter, D.L. 98/2011 (la cui applicazione è fatta espressamente salva anche dall'art. 20 T.U.) ha previsto l'approvazione, da parte del MEF, di uno o più programmi per la dismissione di partecipazioni azionarie dello Stato e di enti pubblici non territoriali. La materia delle società a partecipazione pubblica era stata, più di recente, interessata anche dall'ampia opera di rimodulazione e contenimento della spesa pubblica, realizzata con l'art. 4 D.L. 95/2012 (conv. in L. 125/2012, c.d. *spending review*), il quale aveva imposto, con alcune eccezioni, a tutte le amministrazioni pubbliche (di qualsiasi livello territoriale di governo) di procedere allo scioglimento o, alternativamente, alla dismissione (con procedure di evidenza pubblica) dell'intera partecipazione in società, da esse direttamente o indirettamente controllate, a meno che, per le peculiari caratteristiche economiche e sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento, non sarebbe stato possibile << per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato >>. Alle stesse amministrazioni controllanti viene inoltre concesso un termine perentorio di novanta giorni entro cui possono predisporre appositi << piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate >>, da approvare previo parere favorevole del Commissario straordinario alla *spending review* di cui all'art. 2 D.L. 52/2012, prevedendo altresì l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di *in house providing*. Successivamente, l'art. 1, commi 554 e ss., L. 147/2013 (legge finanziaria 2014) impose che gli enti partecipati dalle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamenti diretti di una certa entità, che avessero registrato perdite economiche per quattro dei cinque esercizi precedenti, venissero, fatta eccezione per le società affidatarie di servizi pubblici locali, posti in liquidazione, fatta eccezione per quelli che gestiscono servizi pubblici locali; e introdusse (per effetto delle modifiche apportate con il D.L. 16/2014) una serie di incentivi di carattere fiscale (fatti espressamente salvi dall'art. 20 T.U.) per lo scioglimento o l'alienazione di società partecipate, direttamente o indirettamente, da pubbliche amministrazioni locali. Infine, l'art. 23 D.L. 66/2014 aveva demandato ad apposito Commissario governativo il compito di predisporre, anche ai fini di una loro valorizzazione industriale, un << programma di razionalizzazione delle partecipate locali >> e di ogni altro organismo direttamente o indirettamente controllato da pubbliche amministrazioni, individuando specifiche misure per la liquidazione o trasformazione per fusione o incorporazione di tali organismi (in funzione delle dimensioni e degli ambiti ottimali per lo svolgimento delle rispettive attività) e per l'efficiamento della loro gestione. Tra gli obiettivi di questo programma figurava altresì quello della predisposizione di una strategia finalizzata a circoscrivere il campo di azione delle partecipate entro lo stretto perimetro dei compiti istituzionali dell'ente partecipante, limitare le partecipazioni indirette, le micropartecipazioni, le partecipate con esiguo numero di dipendenti e con un fatturato di entità trascurabile, le partecipate in perdita prolungata e le partecipate da piccoli comuni, nonché favorire la trasparenza e il controllo esercitato dall'opinione pubblica

seguito dell'inasprimento dei vincoli di finanza pubblica comunitari dopo la crisi del 2008, tutta una serie di limitazioni orientate al contenimento della spesa pubblica e ad evitare che la partecipazione pubblica possa essere foriera di sprechi ingiustificati di denaro o di risorse pubbliche, anche attraverso il rafforzamento del processo di *accountability*<sup>(15)</sup>; e che la Corte costituzionale<sup>(16)</sup> ha giudicato legittime proprio in ragione delle esigenze di coordinamento della finanza pubblica che esse mirano a tutelare.

La terza tipologia di esigenze è, infine, quella legata alla necessità di "moralizzazione" di tali organismi societari che, in quanto entità formalmente privatistiche, sono stati spesso, in passato, specie in ambito regionale e locale, esonerati dai penetranti controlli sia interni che esterni, viceversa gravanti sugli enti pubblici, dando luogo a forme di abusi ed incentivando fenomeni corruttivi e di cattiva gestione di notevole impatto sull'opinione pubblica<sup>(17)</sup>. Proprio l'assenza, in passato, di controlli pubblicistici su tali organismi societari, derivante dalla loro natura privatistica, ha notevolmente contribuito alla loro strumentalizzazione per

---

adeguatamente informata, promuovere l'efficienza delle partecipate favorendone l'aggregazione nel settore dei servizi pubblici a rete per il miglior sfruttamento delle economie di scale, dando a tal fine attuazione alla disciplina sugli ambiti territoriali ottimali. Tale programma è stato poi ripreso e meglio delineato dall'art. 1, commi 611 e 612, L. 190/2014 (legge di stabilità per il 2015, la cui applicazione è fatta espressamente salva dall'art. 20 T.U.) ha imposto agli enti territoriali, a quelli camerati, agli istituti di istruzione universitaria pubblici e alle autorità portuali la presentazione di <<piani operativi di razionalizzazione>> con l'obiettivo di conseguire la riduzione delle società, direttamente o indirettamente partecipate, attraverso essenzialmente l'eliminazione (anche mediante messa in liquidazione o cessione) di quelle <<non indispensabili>> al perseguimento delle proprie finalità istituzionali e di quelle che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali (anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni), l'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni. Gli enti territoriali devono trasmettere tali piani alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti. Tale prospettiva ha ricevuto conferma anche per effetto delle modifiche apportate dall'art. 28 T.U. al richiamato art. 1, comma 555, L. 147/2013, prevedendo che siano vincolate all'obbligo di messa in liquidazione, in caso di risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, anche le società che svolgono servizi pubblici locali. Tali strumenti di riorganizzazione del sistema delle partecipazioni pubbliche sono stati oggi assorbiti e sostituiti dall'attuale art. 20 T.U., ai sensi del quale, al fine di perseguire la razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, impone alle pubbliche amministrazioni di predisporre annualmente <<piani di riassetto per la loro fusione o soppressione e di dare conto in apposita relazione dell'attuazione degli stessi>>.

<sup>15</sup> CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in AA.Vv., *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di Guerrera), Torino, 2010, 7; BONURA-FONDERICO, *Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 651 e ss.

<sup>16</sup> Corte cost., sent. 7 giugno 2012, n. 148.

<sup>17</sup> In tal senso, può essere ricordato l'art. 3, commi 12 e ss., L. 244/2007 (legge finanziaria 2008), che aveva imposto alle amministrazioni pubbliche statali (direttamente o indirettamente detentrici partecipazioni di controllo in organismi societari) limiti al numero dei componenti degli organi societari, ai loro compensi e introdotto varie ipotesi di incompatibilità. Ulteriori limitazioni ai compensi erogabili erano contenute nell'art. 23-bis D.L. 201/2011.

scopi non di maggiore efficienza dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, bensì di affarismo clientelare da parte di politici e funzionari, specie delle amministrazioni territoriali. Le recenti cronache giornalistiche e giudiziarie hanno messo in evidenza come proprio nell'utilizzazione indiscriminata delle società a partecipazione pubblica si sia in questi anni annidata una delle principali cause non solo di crescita incontrollata della spesa pubblica (essendo enti privati, tali società erano infatti, in passato, escluse dal rispetto dei vincoli del PSI), ma anche di fenomeni corruttivi particolarmente diffusi, a causa dei conflitti di interesse che, spesso, venivano ad instaurarsi tra gli amministratori della società partecipata e quelli dell'ente pubblico partecipante<sup>18</sup>).

Appare chiara, quindi, l'intenzione del legislatore di voler evitare che la creazione di enti societari di diritto privato, in quanto generalmente sottratti ai controlli interni ed esterni cui sono, viceversa, sottoposti gli enti pubblici, possa costituire un comodo espediente per eludere l'applicazione delle regole pubblicistiche relative al rispetto del PSI, al

---

<sup>18</sup> Sul punto, v. Corte conti, sez. aut., del. 18 settembre 2008, n. 13. Anche in questa direzione numerosi (ma non sempre particolarmente efficaci) sono stati gli interventi legislativi tesi ad introdurre vincoli di incompatibilità e limiti numerici alla composizione e ai compensi per i componenti dei consigli di amministrazione delle società pubbliche sia statali che territoriali (art. 1, commi 465 e 725 e ss., L. 296/2006; art. 3, comma 12 e ss., L. 244/2007 e s.m.i.; art. 6 D.L. 78/2010; art. 23 D.L. 201/2011). Nella stessa direzione, gli artt. 18, 61, comma 7, e 76 D.L. 112/2008 (conv. in L. 133/2008) hanno inoltre introdotti stringenti limitazioni anche per l'assunzione di personale e per l'acquisto di beni e servizi da parte di tali società (ad eccezione di quelle quotate in borsa), imponendo altresì che ciò avvenisse sempre e comunque nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica e dell'obbligo di concorso pubblico. Norme ispirate alla stessa *ratio* erano contenute anche nell'art. 3-*bis* D.L. 138/2011 e negli artt. 6, comma 11, e 9, comma 29, D.L. 78/2010, nonché negli artt. 8 e 20 D.L. 98/2011. Sul punto, va tuttavia ricordato che Corte cost., sent. 20 maggio 2008, n. 159 ha ritenuto tali limitazioni non del tutto compatibili con i margini di autonomia finanziaria ed organizzativa costituzionalmente riservati agli enti territoriali, ed in particolare alle Regioni e alle Province autonome: se è vero che il legislatore statale può dettare principi di coordinamento della finanza pubblica anche nelle materie riservate alla competenza legislativa regionale, tuttavia deve trattarsi, appunto, di principi, e non di norme eccessivamente dettagliate e analitiche, perché ciò si tradurrebbe in un'ingiustificata ed irragionevole limitazione eccessiva della loro autonomia, non necessaria a garantire comunque le esigenze di coordinamento finanziario. Nell'ambito delle recenti misure a garanzia della trasparenza e della lotta ai fenomeni corruttivi, l'art. 11 D.Lgs. 33/2013 estende alle società controllate o partecipate dalle pubbliche amministrazioni, limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'UE, talune delle norme poste dalla L. 190/2012. Dal canto suo, l'art. 1 D.Lgs. 39/2013 ha introdotto un articolato regime di incompatibilità e di inconfiribilità degli incarichi all'interno degli organi di vigilanza e di governo di tali organismi societari. In proposito, va anche ricordato l'art. 1, commi 675 e 676, L. 208/2015 oggi confluiti nelle modifiche apportate dal D.Lgs. 97/2016 al D.Lgs. 33/2013), le società controllate direttamente o indirettamente da pubbliche amministrazioni devono pubblicare gli atti di conferimento di incarichi di collaborazione, di consulenza o di incarichi professionali, inclusi quelli arbitrali, pena l'inefficacia dei relativi pagamenti di compensi, nonché l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a carico dei responsabili. L'art. 147-*quater* TUEL ha infine introdotto forme di controlli interni sulle società partecipate non quotate, che gli enti locali di maggiori dimensioni devono definire secondo la propria autonomia organizzativa; viene anche imposto che i risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende non quotate partecipate sono rilevati mediante bilancio consolidato, secondo la competenza economica.

reclutamento di personale dipendente, al regime di evidenza pubblica per l'acquisto di beni o servizi.

Dall'analisi del complesso di tutte queste crescenti limitazioni legislative finalizzate (vuoi per esigenze di tutela della concorrenzialità dei mercati, vuoi per esigenze di contenimento della spesa pubblica, vuoi ancora per esigenze di trasparenza e contrasto ai fenomeni corruttivi) a restringere le possibilità di creazione delle società pubbliche e il loro ambito di operatività, emerge chiaramente che il legislatore percepisce in queste società un pericolo di inquinamento dell'assetto concorrenziale dei mercati e di una gestione poco trasparente ed oculata delle risorse pubbliche, in ragione del regime di privilegio in cui esse spesso si trovano ad operare rispetto agli operatori economici privati.

Queste limitazioni, fino ad oggi confusamente riportate in una miriade di disposizioni legislative, spesso caoticamente contenute in leggi finanziarie e confusamente affastellate e sovrappostesi nel tempo, e che indubbiamente hanno profondamente inciso la struttura tipica del modello civilistico<sup>19</sup>), sono state quindi riordinate e razionalizzate dagli artt. 3, 4 e 5 T.U. all'interno di una cornice e di un quadro normativo unitario ed omogeneo, tra l'altro adottato in attuazione di una delega legislativa di ampio respiro sistematico, tesa al riammodernamento, alla riforma e alla razionalizzazione di vasti settori sia dell'organizzazione che dell'attività del settore pubblico a tutti i livelli territoriali di governo, sia statale che regionale e locale.

In attuazione della delega legislativa contenuta nel combinato disposto di cui agli artt. 2, 16 e 18 L. 124/2015, è stato adottato il T.U., finalizzato al riordino e al coordinamento di tutta questo disorganico e frammentario quadro normativo, frutto della caotica e disordinata stratificazione legislativa avutasi nel tempo.

---

<sup>19</sup> In tal senso, FONDERICO, *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, in AA.VV., *Il big bang della trasparenza* (a cura di Natalini-Vesperini), Napoli, 2015, 141.

La disciplina delle , poco dopo l'emanazione del TUSP, da un «Decreto Correttivo» (Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100), e negli anni seguenti da una folta serie di sentenze ordinarie, amministrative, contabili, linee guida dei Ministeri (con l'istituzione di una struttura di monitoraggio delle partecipazioni pubbliche presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze), dell'Anac, anche di Federazioni ed autorevoli enti di natura privatistica, che hanno confermato che si tratta di

impone.

L'originaria delega legislativa è inserita invero in una legge di più ampio respiro, dedicata ad una profonda riforma sia dell'azione che dell'organizzazione della pubblica amministrazione, la cui qualità della regolazione costituisce un aspetto fondamentale per la competitività del Paese, per l'effettività dei diritti fondamentali dei cittadini, per l'efficienza e per la stabilità dei conti pubblici<sup>(20)</sup>.

Tra i criteri generale della predetta delega legislativa, l'art. 18 lett. b) L. 124/2015 contemplava la ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche <<entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale>>.

In particolare, soprattutto con riferimento alle società partecipate dagli enti locali, l'art. 18 lett. m) L. 124/2015 ha previsto quale criterio generale che <<per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative>> il legislatore delegato definisse <<criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione>>, nonché <<procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, comm. spec., par. 21 aprile 2016, n. 968.

e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione>> e, per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuasse il numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino l'obbligo di messa in liquidazione delle società; nonché la definizione, in conformità con la disciplina comunitaria, di <<criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza>>, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi, nonché il rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza.

In sostanza, al fine di salvaguardare l'assetto concorrenziale dei mercati e allo stesso tempo garantire maggiori livelli di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, il legislatore ha inteso introdurre misure volte a precisare le condizioni ed i limiti entro cui è consentito alle pubbliche amministrazioni costituire società o assumere e mantenere partecipazioni societarie, sia in via diretta che in via indiretta, prefissando anche i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica ed imponendo altresì che la scelta di costituire società a partecipazione pubblica venga dall'amministrazione presidiata da oneri motivazionali rafforzati.

Scopo dell'intervento è, da un lato, quello di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica, tenuto conto del persistente disordine normativo che caratterizzava negativamente la materia delle società a partecipazione pubblica; e ciò anche al fine di offrire un quadro normativo più chiaro per utenti ed

operatori di mercato ed un migliore e più accorto utilizzo delle risorse pubbliche, ma allo stesso tempo ridurre il più possibile le aree di intervento delle società pubbliche ed eliminare o limitare il pericolo che le società pubbliche possano fonte di inefficienze e occasione di spreco di risorse pubbliche<sup>(21)</sup>.

Al riguardo il T.U. prevede anche un meccanismo di verifica e monitoraggio periodico dell'assetto complessivo delle società in cui le amministrazioni pubbliche detengono partecipazioni dirette o indirette, anche mediante la predisposizione di un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, da adottare ove, in sede di verifica e monitoraggio, le amministrazioni pubbliche rilevino partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie ammesse dal legislatore.

Tale disciplina deve essere individuata anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina generale privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa.

La prima limitazione alla capacità giuridica di diritto societario è contenuta nell'art. 3 T.U., ai sensi del quale «le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata»>. Recependo una conclusione pacificamente avallata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza<sup>(22)</sup>, viene quindi esclusa la possibilità per gli enti pubblici di partecipare a società di persone e, più in generale, di assumere responsabilità illimitate per le obbligazioni contratte dall'organismo societario partecipato. La *ratio* è evidente: verrebbe a mancare la preventiva copertura finanziaria dell'impegno di spesa, il cui ammontare non sarebbe a priori quantificabile. L'assunzione della qualifica di socio illimitatamente responsabile è incompatibile con le regole e con la

---

<sup>21</sup> Cons. Stato., comm. spec., par. 21 aprile 2016, n. 968.

<sup>22</sup> CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, t. I, *Diritto delle società* (a cura di M. Campobasso), Torino, 2008, 39 e ss.; GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 1995, 998 e ss.;

funzione autorizzatoria del bilancio di previsione degli enti in regime di contabilità finanziaria.

Ciò è, del resto, confermato anche dalla norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 19 D.L. 78/2009, il quale ha escluso l'applicabilità allo Stato (e, per analogia, quindi a tutti gli enti pubblici) della norma contenuta nell'art. 2497 c.c. (come riformulato dal D.Lgs. 6/2003), secondo cui <<le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società>>. Da tale disposizione è estrapolabile il principio generale secondo cui è precluso agli enti pubblici assumere partecipazioni societarie che comportino responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali<sup>(23)</sup>.

Affinché il divieto non venga aggirato, deve ritenersi che la P.A. non possa neppure rilasciare garanzie che implicino responsabilità illimitata.

L'art. 3 T.U. consente la partecipazione pubblica anche in società consortili (ma non vi è ragione di escluderla per quelle cooperative), sebbene non sia agevolmente immaginabile come ed in che termini lo scopo consortile o mutualistico possa dirsi compatibile con il perseguimento delle finalità pubbliche e, soprattutto, con il requisito della stretta necessità della partecipazione azionaria, imposto dall'art. 4, comma 1, T.U.: al riguardo, appare plausibile ritenere che tale requisito di stretta necessità possa essere al più ravvisato soltanto nel caso in cui la società cooperativa o consortile risulti partecipata da soli soci pubblici, i quali possono ad esempio demandarle la gestione o l'erogazione di un servizio o lo svolgimento di un'attività strumentale comune a tutti i soci

---

<sup>23</sup> Cfr. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art. 19, comma 6, D.L. 98/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 343 e ss.; URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 116 e ss.

pubblici partecipanti, come ad esempio nel caso del c.d. *in house* frantumato.

L'art. 3, comma 2, T.U. precisa inoltre che nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto deve<sup>(24)</sup> in ogni caso prevedere la nomina dell'organo di controllo o di un revisore<sup>(25)</sup>. Per quanto concerne le s.p.a. a controllo pubblico, invece, la competenza sulla revisione legale dei conti non potrà essere affidata al collegio sindacale<sup>(26)</sup>.

La disposizione legislativa non chiarisce neppure quali siano, sotto il profilo civilistico ed amministrativo, le conseguenze derivanti dalla trasgressione del divieto. Ci si chiede cioè quale sia la sorte degli atti negoziali con cui l'ente pubblico acquista partecipazioni in tipi di società per i quali l'art. 3 T.U. non ammette la partecipazione pubblica. Sul punto, appare plausibile ritenere che, in considerazione della nota distinzione tra norme di validità dell'atto e norme di correttezza comportamentale, la norma sia rivolta a sanzionare non tanto l'illiceità comportamentale dell'ente pubblico acquirente, bensì la stessa illiceità civilistica dell'atto negoziale di acquisto della partecipazione societaria non consentita. La norma sembra cioè recare un vero e proprio divieto legale di contrarre per l'ente pubblico, la cui trasgressione non può che essere sanzionata con la nullità virtuale ex art. 1418 c.c. dell'atto negoziale di acquisto della partecipazione societaria, con tutte le conseguenti responsabilità che, eventualmente, possono scaturire a carico del notaio o del pubblico ufficiale che, ciononostante, abbia comunque proceduto a rogare l'atto.

---

<sup>24</sup> Gli artt. 2463, comma 2, n. 8) e 2477 c.c., in passato applicabili anche alle s.r.l. a controllo pubblico, prevedono la nomina dell'organo di controllo o di un revisore dei conti quale contenuto meramente eventuale dell'atto costitutivo o dello statuto.

<sup>25</sup> Sul punto, va ricordato che il D.Lgs. 39/2010 (adottato in attuazione della Dir. UE 43/2006) ha sottratto al collegio sindacale il controllo contabile e lo ha attribuito a un revisore legale dei conti o a una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro. Resta tuttavia la possibilità che lo statuto delle società per azioni, che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, possa prevedere che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale (in questo caso, però, il collegio sindacale deve essere costituito da revisori legali iscritti nell'apposito registro). Nella s.r.l. invece la funzione di revisione legale può essere svolta dall'organo di controllo, anche in composizione monocratica.

<sup>26</sup> L'art. 2409-bis c.c., in precedenza applicabile anche alle s.p.a. a controllo pubblico, demanda all'autonomia statutaria la facoltà di attribuire la competenza della revisione legale dei conti al collegio sindacale soltanto per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato.

Tale ricostruzione in termini di nullità virtuale dell'atto negoziale di acquisto della partecipazione sociale appare del resto confermata anche dal fatto che, se l'atto in questione (benché invalido) fosse comunque non nullo (e quindi efficace), da esso verrebbe a discendere un impegno contabile di spesa di cui l'ente pubblico non sarebbe in condizione di quantificarne preventivamente né la scadenza, né il suo preciso ammontare, con tutte le evidenti ripercussioni che, sotto il profilo contabile e del mantenimento degli equilibri di bilancio, ne verrebbero a scaturire.

Anche dal punto di vista sistematico, la correttezza di tale affermazione appare confermata dal combinato disposto di cui agli artt. 7, comma 6, 8 comma 2, e 25, comma 5 T.U., i quali disciplinano la sorte della partecipazione sociale nel caso di mancanza, nullità o successivo annullamento della delibera di autorizzazione all'acquisizione della partecipazione societaria, stabilendo che l'eventuale mancanza o invalidità della delibera di acquisto della partecipazione, da un lato, <<rende inefficace>> il contratto di acquisto della partecipazione medesima (art. 8, comma 2, T.U.); e dall'altro, comporta l'obbligo di cessione della partecipazione o, se trattasi di partecipazione essenziale per il conseguimento dell'oggetto sociale, la messa in liquidazione, ai sensi dell'art. 2332 c.c., dell'ente societario (art. 7, comma 6, T.U.). Benché l'art. 7, comma 6, T.U. non menzioni espressamente la nullità dell'atto negoziale di acquisto, il fatto che lo sanzioni con l'inefficacia, lascia chiaramente sottendere che, dal punto di vista dogmatico, tale inefficacia vada ricostruita in termini di nullità. Inoltre, il procedimento di dismissione della partecipazione sociale o di messa in liquidazione della società, previsto dall'art. 7, comma 6, T.U. (che espressamente richiama l'art. 25, comma 5, T.U. e l'art. 2332 c.c.), mal si attaglia ad essere applicato alle partecipazioni assunte in società di persone.

In ultima analisi, si ritiene di poter affermare che, mentre gli artt. 4 e 5 T.U. dettano le condizioni di validità della delibera amministrativa di autorizzazione alla costituzione o alla partecipazione societaria, rimettendo

all'art. 8, comma 2, il regime dell'invalidità del conseguente atto negoziale di acquisto della partecipazione, viceversa, l'art. 3 T.U. detta una condizione di validità dello stesso atto negoziale di acquisto della partecipazione, la cui trasgressione, sostanziandosi nella violazione di una norma imperativa ex art. 1418 c.c., determina la nullità virtuale dell'atto stesso.