

## LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: TIPOLOGIA E DISCIPLINE

di *Carlo Ibba*

SOMMARIO: 1. Una doverosa premessa (a mo' di giustificazione). – 2. La tipologia. – 3. Le discipline. – 3.1. La disciplina codicistica e il principio della generale soggezione al diritto comune. – 3.2. Le discipline speciali. – 3.3. Le discipline “pubblicistiche”. – 4. Conclusioni. Forma societaria e diritto pubblico.

1. *Una doverosa premessa (a mo' di giustificazione)*. – Nella legislazione in tema di società a partecipazione pubblica, da qualche anno a questa parte, si registra un caotico susseguirsi di provvedimenti volti ad affrontare specifici problemi ma – oltre che tecnicamente sprovveduti e completamente privi di una visione d'insieme del fenomeno che intendono regolare – viziati da sconcertanti trascuratezze<sup>1</sup>.

Abbiamo a che fare, insomma, con una legislazione a dir poco disordinata e contraddittoria, alla quale è davvero difficile attribuire significati congrui e che è davvero difficile ordinare e coordinare con il sistema del diritto societario.

2. *La tipologia*. – In realtà, non una ma più classificazioni – e dunque più tipologie – sembrano (doverosamente) proponibili nella nostra materia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Basti dire che di recente il legislatore è giunto a sostituire con decreto legge un enunciato normativo senza accorgersi di averlo già sostituito con legge una decina di giorni prima (cfr. infatti l'art. 71, comma 1, lett. c), l. 18 giugno 2009, n. 69; e l'art. 19, comma 2, lett. b), d.l. 1° luglio 2009, n. 78, poi abrogato in sede di conversione), col risultato di ... prorogare al 30 settembre 2009 un termine (quello per le dismissioni delle partecipazioni non consentite dall'art. 3, comma 27 ss., l. 24 dicembre 2007, n. 244; e v. oltre, par. 3.2, *sub a*) che era stato già prorogato al 31 dicembre 2010!

<sup>2</sup> E v., per la constatazione “dell'inesistenza di una categoria unitaria” di società a partecipazione pubblica, M. CAMMELLI-M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipa-*

Sul finire degli anni '70, per mettere ordine in una legislazione che già allora appariva (ed era) poco sistematica ma che, confrontata con quella odierna, si rivela un modello inarrivabile di coerenza e chiarezza, fu elaborata la distinzione fra società a partecipazione pubblica *di diritto comune* e società a partecipazione pubblica *di diritto speciale*<sup>3</sup>.

Essa si collocava nell'ambito del dibattito sul rapporto fra lo scopo lucrativo tipicamente assegnato alla società dal codice civile e lo scopo pubblico ispiratore della partecipazione pubblica, e mirava a evidenziare le fattispecie in cui poteva riscontrarsi una specialità attinente allo *scopo*. "Speciale" era infatti – nelle società che per ciò venivano collocate nella seconda delle due categorie – lo scopo loro assegnato o in concreto perseguito rispetto alla finalità societaria tipica fissata dall'art. 2247 c.c.; finalità societaria tipica da ritenersi alterata e talvolta sacrificata, a seconda dei casi, nella sua componente soggettiva o finanche in quella oggettiva.

A ben vedere, comunque, la specialità può concernere anche altri profili, attinenti non alla causa ma alla *struttura organizzativa* della società<sup>4</sup>.

E come evidenziato dalla dottrina, in entrambi i casi (che attenga, cioè, al profilo funzionale od a profili organizzativi) può aversi, accanto ad una specialità che non mette in discussione i tratti identificativi dell'istituto né determina alterazioni della disciplina societaria imperativa, una specialità "derogatoria", invece, sotto l'uno o l'altro profilo (tanto da proporsi di distinguere, sul piano terminologico, le società speciali dalle società anomale)<sup>5</sup>.

Negli anni '90, occupandomi in particolare di società legali, ossia co-

---

*zione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura degli stessi aa., Torino, 2008, p. 1 ss.; nonché, in direzione convergente, M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, *passim*; nonché, successivamente, G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, specie p. 353 ss.; e M.T. CIRENEI, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, VIII, Torino, 1992, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Cfr. C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, p. 9 ss. e spec. p. 12 s.; ID., *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 22 ss.

<sup>5</sup> G. MARASÀ, voce *Società speciale e società anomale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993.

stituite dalla legge o a seguito di un obbligo di legge – e individuando così le società a partecipazione pubblica *di fonte legale*, accanto a quelle *di fonte contrattuale o comunque negoziale* – proposi di enucleare una ulteriore categoria, nella quale ricadono non pochi esemplari di società a partecipazione pubblica: quella delle società *di diritto singolare*, regolate, cioè, da leggi-provvedimento, dettate per una o più singole società, di solito nominativamente individuate; e regolate (è appena il caso di dirlo) in modo più o meno difforme dal diritto comune<sup>6</sup>.

Quelle fin qui descritte sono categorie che, benché risalenti, mantengono la loro utilità conoscitiva, del resto generalmente condivisa (pur essendo non sempre indiscusso l'inquadramento delle varie fattispecie in una od altra sottocategoria). Da sole, però, non bastano più a cogliere il fenomeno delle società pubbliche<sup>7</sup> in tutta la sua complessità.

Questa, infatti, deriva oggi da una sempre più nutrita serie di variabili, in relazione alle quali la disciplina si diversifica e delle quali l'interprete deve perciò, di volta in volta, tenere conto: la *natura degli enti pubblici partecipanti* (statali o non, locali o non, territoriali o non, economici o non) *l'entità della partecipazione pubblica* (totalitaria, maggioritaria, minoritaria; di controllo o non) *e la sua composizione* (concentrata in un solo ente pubblico o ripartita fra più soggetti), *l'oggetto sociale, le modalità attraverso le quali la società è divenuta affidataria* di una determinata attività (modalità che, oltre ad essere esse stesse parte della disciplina, sono poi a loro volta fattispecie di discipline ulteriori)<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. C. IBBA, *Le società "legali"*, cit., p. 17 ss. e *passim*; ID., *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle s.p.a.*, cit., VIII, p. 523 ss.; ed ora le analitiche trattazioni di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; e di G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. – Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009.

<sup>7</sup> Espressione, questa, ormai diffusa e che per brevità può adoperarsi, pur nella consapevolezza della sua ambiguità (cfr. C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1 s.).

<sup>8</sup> Mi riferisco alle società che hanno beneficiato di affidamenti diretti, nel qual caso è loro precluso di operare con terzi e/o di operare extraterritorialmente: cfr. l'art. 13 del c.d. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. con modifiche dalla l. 4 agosto 2008, n. 248 e poi modificato dall'art. 1, comma 720, l. 27 dicembre 2006, n. 296 [l. fin. per il 2007] e dall'art. 48, l. 23 luglio 2009, n. 99, su cui, in questo vol., P. PIZZA, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del d.l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani)*; e l'art. 23-bis, l. 6 agosto 2008, n. 133, inserito in sede di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, sulla cui interpretazione, di recente, v. TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 4-16 giugno 2010, n. 561.

Non potendo approfondire tutti questi profili (la cui rilevanza comunque emergerà in gran parte degli scritti che compongono il presente volume), mi soffermo sull'oggetto sociale, o meglio sull'attività in concreto svolta, che certamente non è neutra al fine dell'individuazione della disciplina applicabile. Questa varia, infatti, a seconda che ci si trovi in presenza di un'attività d'impresa, di una pubblica funzione, di un servizio pubblico o di una delle così dette attività strumentali.

La legislazione degli ultimi anni fa emergere, in particolare, l'esigenza di tracciare una linea di demarcazione fra le ultime due fattispecie. In proposito – senza volermi avventurare troppo in un terreno minato, specie per un privatista – ricordo che sono note le incertezze circa l'identificazione della nozione di servizio pubblico, con il ciclico avvicinarsi di *concezioni soggettive* (per le quali, fatta eccezione per le pubbliche funzioni, tutto ciò che fa la Pubblica Amministrazione – secondo le più moderne accezioni, anche indirettamente – se da essa qualificato come tale, è servizio pubblico) e *concezioni oggettive*, che non reputano decisiva la natura del soggetto e ricercano i caratteri propri del servizio pubblico oggettivamente considerato, individuandoli talvolta nel suo tradursi in prestazioni rese alla collettività dei cittadini o, comunque, a una comunità di utenti.

In quest'ultima prospettiva – che parrebbe oggi nuovamente prevalente – non sono inquadrabili come “servizio pubblico” né le prestazioni che la P.A. “rende a se stessa” (come ad esempio i servizi informatici per i propri uffici o il servizio di manutenzione dei propri immobili, che, pur se affidati a una società, non configurano un'ipotesi di gestione societaria di un servizio pubblico), né le attività puramente economico-imprenditoriali pur se di interesse pubblico (l'esperienza ci mostra, ad esempio, casi di società costituite da enti pubblici locali per la fornitura di prestazioni di marketing territoriale e di consulenza alle imprese o per lo svolgimento di attività di marketing e di sfruttamento commerciale di importanti eventi sportivi).

So bene che c'è chi non accetta questa distinzione (ritenendo che, là dove il soggetto sia pubblico o in mano pubblica, la natura dell'attività e i destinatari delle prestazioni siano irrilevanti) e chi, pur non rifiutandola, sostanzialmente la disapplica (ricordo una pronuncia del Consiglio di Stato che ha qualificato come servizio pubblico l'attività di riscaldamento degli immobili comunali argomentando dal fatto che in quegli immobili possono recarsi, con ciò usufruendo del riscaldamento stesso, anche gli abitanti del Comune)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345.

Mi sembra, tuttavia, che l'art. 13 del così detto decreto Bersani<sup>10</sup> fornisca un ulteriore sostegno normativo a favore della correttezza della distinzione. Mi pare infatti che la norma sia dettata, e possa essere correttamente applicata, solo muovendo dalla nozione di servizio pubblico come serie di prestazioni rivolte alla collettività, o comunque a terzi (rispetto agli enti costituenti la società) e non alla stessa amministrazione di riferimento; solo adottando questa nozione è possibile distinguere le società esercenti servizi pubblici locali – esplicitamente escluse dal suo campo di applicazione – da quelle svolgenti le così dette attività strumentali, cui la normativa in esame si rivolge.

3. *Le discipline.* – Passando dalla tipologia (o, per quanto detto, dalle tipologie) alle discipline, provo anzitutto a ordinare queste ultime, per comodità di esposizione, secondo un criterio che tiene conto da un lato della loro collocazione topografica, dall'altro degli enti che ne sono destinatari *così come identificati nei vari enunciati normativi*. Ne risulta il quadro seguente:

a) disciplina codicistica: *aa*) norme specificamente dettate nel codice civile per (tutte) le società partecipate dallo Stato o da enti pubblici; *ab*) norme e istituti codicistici di carattere generale (costituenti, cioè, il diritto societario comune), come tali applicabili anche alle società a partecipazione pubblica;

b) disciplina extracodicistica: *ba*) norme dettate per le società pubbliche o quanto meno per alcune di esse, individuate di volta in volta sulla base delle variabili sopra indicate (natura degli enti pubblici soci, entità della partecipazione, ecc.) e di altre (ad es., essere quotate in borsa o in mercati regolamentati o meno); *bb*) norme “pubblicistiche” (ossia dettate non per le società pubbliche ma per enti pubblici o comunque con connotazioni pubblicistiche, e sulla cui applicabilità alle società pubbliche ci si deve interrogare).

3.1. *La disciplina codicistica e il principio della generale soggezione al diritto comune.* – Come sappiamo, sia il codice civile del 1942, sia la riforma societaria del 2003 hanno dedicato alle società a partecipazione pubblica solo poche norme, finalizzate essenzialmente a consentire allo

---

<sup>10</sup> Il già citato d.l. n. 223/2006.

Stato o ad altro ente pubblico, socio o non socio, di nominare uno o più amministratori o sindaci, revocabili solo dall'ente nominante e aventi per il resto gli stessi diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea.

Lungi dall'essere casuale, la "leggerezza" della disciplina – anche questo è noto – è frutto di una precisa scelta di politica legislativa, volta a equiparare il trattamento delle iniziative economiche pubbliche e di quelle private, assoggettando anche le prime, in caso di adozione della forma societaria, al diritto societario comune.

Ma – fatto che mi sembra ancor più significativo – questa disciplina che per anni siamo stati abituati a considerare, tutto sommato, abbastanza *soft*, di recente è stata ritenuta non conforme ai principi del diritto comunitario, tanto che fra il 2007 e il 2008 è stata *in parte smantellata* (mi riferisco all'abrogazione dell'art. 2450 c.c.<sup>11</sup> e *in parte attenuata* (e qui faccio riferimento alla sorte dell'art. 2449, prima ritenuto in contrasto con l'art. 56 Trattato CE, in quanto, consentendo allo statuto di attribuire a un soggetto pubblico poteri *più che proporzionali* rispetto alla partecipazione posseduta, tale da scoraggiare gli investimenti degli operatori di altri Stati membri nel capitale di queste società<sup>12</sup>; e successivamente riscritto, per renderlo conforme ai principi comunitari).

Secondo il nuovo testo dell'art. 2449, nelle s.p.a. che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio<sup>13</sup> lo statuto può conferire allo Stato o ad enti pubblici soci la facoltà di nominare «un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale»<sup>14</sup>.

Com'è chiaro, il criterio così apprestato non sempre può funzionare, occorrendo a tal fine che il prodotto fra la percentuale di capitale posse-

---

<sup>11</sup> Ad opera dell'art. 3, comma 1, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito in l. 11 aprile 2007, n. 84.

<sup>12</sup> Corte giust. 6 dicembre 2007, in causa C-464/04, in *Giur. comm.*, II, 2008, 576, con nota di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II.

<sup>13</sup> Quanto alla disciplina prevista per quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, v., in questo vol., S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "golden share" ai fondi sovrani)*, par. 9.1.

<sup>14</sup> Precetto che dovrebbe valere anche in ordine alla nomina di componenti del consiglio di gestione, in caso di adozione del sistema dualistico, nomina anch'essa possibile malgrado la mancata previsione nell'art. 2449: cfr. C. IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 576 ss.

duta e il numero degli amministratori sia un numero intero (non potendo nominarsi ... mezzo amministratore o 0,4 amministratori). Così, ad esempio, il socio pubblico titolare di 1/5 del capitale potrà esercitare la sua facoltà di nomina in misura proporzionale solamente se il numero complessivo degli amministratori è 5 o un multiplo di 5.

Premesso questo, dico subito che la mia opinione sul nuovo testo dell'art. 2449 è abbastanza dissonante rispetto a quelle che ho letto finora<sup>15</sup>. Mi sembra infatti che, in una società a partecipazione pubblica minoritaria, poter nominare un numero di amministratori proporzionale alla partecipazione equivale ad avere un potere *superiore* a quello normalmente esercitabile in assemblea (chi possiede il 20% del capitale di regola non è in grado di nominare il 20% degli amministratori, perché, in assenza di meccanismi proporzionali di voto, li nomina tutti chi possiede l'80%). Ma, se è così, allora non è detto che il nuovo testo dell'art. 2449 sia in linea con i precetti comunitari, così come li ha intesi la Corte di giustizia, perché esso rende proporzionale rispetto alla partecipazione *non il diritto di voto*, com'è nel diritto comune, *bensì il diritto di nomina*, consentendo al socio pubblico minoritario la nomina di amministratori che altrimenti sarebbe stata appannaggio dell'assemblea e, quindi, dei soci di maggioranza.

Ancora un'osservazione. Sempre adottando la logica seguita dalla Corte di giustizia, giusta o sbagliata che essa sia, ipotizziamo che la società in questione oltre al socio pubblico di cui sopra annoveri due soci privati, rispettivamente titolari del 60% e del 20% del capitale sociale, e che il consiglio di amministrazione sia composto da cinque membri. In tal caso, in assenza di clausole statutarie in ordine alla nomina i cinque amministratori sarebbero tutti espressione del socio di maggioranza; in presenza del voto di lista o di altri meccanismi statutari di voto proporzionale po-

---

<sup>15</sup> Cfr. in particolare F. GHEZZI-M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 668 ss.; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, *ivi*, 2009, specie p. 962 ss.; ma v. anche I. DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, in *Commentario* diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, Bologna, 2009, specie p. 878 ss.; e da ultimo V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Trattato di dir. comm.* diretto da V. Buonocore, Torino, 2010, specie p. 12 ss.

trebbero avere un proprio rappresentante nel consiglio anche i due soci di minoranza; mentre in presenza di una clausola attuativa dell'art. 2449 quattro amministratori sarebbero eletti dal privato socio di maggioranza e uno dal socio pubblico, restando invece "a bocca asciutta", pur essendo titolare di una partecipazione eguale a quella del socio pubblico, l'altro socio privato. In questa situazione, è o non è dissuasivo l'investimento nel capitale di quella società?

Certo, potrebbe adottarsi un correttivo statutario che, introducendo meccanismi proporzionali a vantaggio di chi non disponga della clausola *ex art. 2449*, ristabiliscano condizioni di parità fra i soci di minoranza; ma, se è necessario neutralizzare così il privilegio concesso da quella clausola, qual è la sua utilità? Non è più congruo e coerente optare *tout court* per un voto di lista che assicuri a tutti i soci che si trovano in una determinata situazione, privati o pubblici che siano, la possibilità di nominare un proprio rappresentante nell'organo amministrativo?

Lasciando (retoricamente) aperto l'interrogativo, e tornando al punto da cui ero partito, concluderei dicendo che, se già originariamente l'ordinamento era ispirato all'idea di contenere il più possibile le peculiarità di disciplina delle società partecipate dallo Stato o da enti pubblici (come può argomentarsi anche dall'art. 2451 c.c.), l'evoluzione del sistema ora tratteggiata va nel senso della loro integrale soggezione al diritto (societario) comune.

Le società pubbliche, pertanto, sono regolate dalla disciplina propria delle società di capitali (e, più precisamente, da quella della s.p.a. o da quella della s.r.l. a seconda del tipo societario in concreto adottato). Ciò vale anche per l'istituto della responsabilità da direzione e coordinamento codificato all'art. 2497, a mio avviso certamente applicabile agli enti pubblici<sup>16</sup>, com'è del resto confermato dalla sedicente interpretazione autentica – volta in realtà a esentare lo Stato da tale responsabilità<sup>17</sup> – contenuta nell'art. 19, comma 6, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, conv. in l. 3 agosto 2009, n. 102, in base alla quale nella norma citata «per enti si intendono i

---

<sup>16</sup> Mi permetto di rinviare a C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 6 ss.

<sup>17</sup> E perciò vibratamente criticata da V. 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. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 343 ss.; v. inoltre U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 44 s.

soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria».

E – aggiungo incidentalmente – al diritto comune le società a partecipazione pubblica sono ricondotte anche sul piano del diritto dell'impresa, con la soggezione alla normativa *antitrust* (com'è noto, l'art. 8, l. n. 287/1990 ne dispone l'applicazione indifferentemente ad imprese private, pubbliche e a prevalente partecipazione pubblica; e alla parità di trattamento è ispirata anche la disciplina comunitaria)<sup>18</sup> e al fallimento (contrariamente a quanto alcuni pensano, la realtà ci mostra addirittura casi di fallimento di società il cui unico azionista è lo Stato)<sup>19</sup>.

3.2. *Le discipline speciali.* – Questo, naturalmente, in assenza di norme speciali integrative o derogatorie della disciplina comune. Al riguardo, tre considerazioni di fondo.

La prima è che, grosso modo proprio negli stessi anni in cui la disciplina codicistica sulle società a partecipazione pubblica subiva il ridimensionamento di cui si è dato conto, la legislazione speciale del settore si è estesa a dismisura, nel tentativo spesso maldestro di fronteggiare i vari problemi posti dall'espandersi del numero e del campo d'azione delle società pubbliche, con interventi che incidono talvolta sui soggetti pubblici, talaltra sulle società da essi partecipate e sulla loro azione.

La seconda è che, come abbiamo già constatato e come avremo modo di verificare ulteriormente, nel confezionare le discipline speciali il legislatore non gode di una libertà sconfinata, dovendo rispettare vincoli di ordine costituzionale e vincoli di ordine comunitario (e mi riferisco sia al

---

<sup>18</sup> Ne discute in questo volume M.C. MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza – Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. 29 agosto 1995, n. 9069, che ha confermato la dichiarazione di fallimento di Italtrade, s.p.a. a totale partecipazione statale, assodata l'insufficienza dei versamenti a fondo perduto erogati dall'unico azionista a sanare la situazione di insolvenza; e Trib. Velletri 8 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; in senso contrario, sulla base della qualificazione come ente pubblico di società a partecipazione pubblica totalitaria dotate di poteri di imposizione e riscossione tipicamente pubblicistici, Trib. Patti 6 marzo 2009 e Trib. Catania 26 marzo 2010, entrambe in *www.ilcaso.it*; in dottrina ribadisce il principio della fallibilità, ultimamente, M. VENTORUZZO, *L'esonazione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 1050 s., ove ulteriori riferimenti.

diritto comunitario della concorrenza e del mercato unico, sia al diritto comunitario delle società, con le direttive di armonizzazione).

La terza è che, pur essendo gli obiettivi giuspolitici perseguiti di volta in volta variabili – e la disciplina predisposta non sempre coerente e ben calibrata rispetto alla *ratio* che dovrebbe ispirarla –, all'interno di questa legislazione sono comunque individuabili almeno tre finalità ricorrenti e talvolta compresenti: a quella di tutelare la concorrenza, contrastando le distorsioni che potrebbero discendere dalla presenza o dall'agire sul mercato di (alcune tipologie di) società pubbliche, si affiancano infatti finalità antielusive dei vincoli tipici dell'organizzazione e dell'attività delle pubbliche amministrazioni e più generiche finalità di contenimento della spesa pubblica<sup>20</sup>.

Detto ciò, non essendo questa la sede per una ricognizione completa ma, tutt'al più, per una carrellata su questa disordinata legislazione di settore, senza alcuna pretesa di completezza mi limito a qualche cenno su alcune norme o, meglio, gruppi di norme, volti rispettivamente a:

a) porre limiti alla partecipazione a società da parte di soggetti pubblici (*aa*) ovvero alla possibilità di questi di fornire capitale di rischio o di credito alle società partecipate (*ab*);

b) prevedere limitazioni della libertà d'iniziativa e della capacità negoziale della società;

c) stabilire condizioni e procedure per l'affidamento diretto alla società di "incarichi" pubblici;

d) comporre una sorta di "statuto", sia pure variegato e in qualche misura casuale, degli amministratori di società pubbliche.

a) *aa*) Al riguardo – cercando di semplificare un quadro normativo davvero di difficile ricostruzione<sup>21</sup> – direi che si rinvengono alcune disposizioni di carattere generale (contenute nella legge finanziaria del 2008 e originariamente applicabili anche alle amministrazioni dello Stato, poi stralciate dal loro campo di applicazione<sup>22</sup>, valedoli per regioni, province

<sup>20</sup> Cfr. M. CLARICH, *op. cit.*; e, in questo vol., A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, par. 4.

<sup>21</sup> E per la cui puntuale analisi critica non posso che rinviare ad A. MAZZONI, *op. cit.*, in questo volume; cui può aggiungersi C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, di prossima pubblicazione negli *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*.

<sup>22</sup> V. infatti l'art. 3, commi 27, 28 e 29, della già cit. l. 24 dicembre 2007, n. 244; e

e comuni e per tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali; e altre di carattere speciale, dettate rispettivamente per i comuni con popolazione inferiore a trentamila abitanti e per quelli con popolazione compresa fra i trentamila e i cinquantamila abitanti<sup>23</sup>.

La prima serie di prescrizioni vieta agli enti che ne sono destinatari l'assunzione o il mantenimento della qualità di socio, salvo che in società che svolgano attività «strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», che producano «servizi di interesse generale» o che forniscano «servizi di committenza [...] a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici»; richiede una delibera motivata qualora s'intenda assumere o mantenere partecipazioni da considerarsi consentite sulla base dei presupposti sopra indicati; e fissa al 31 dicembre 2010 il termine per le dismissioni delle partecipazioni non consentite<sup>24</sup>.

La seconda: *i*) vieta ai comuni con meno di trentamila abitanti la costituzione di nuove società e impone loro la messa in liquidazione o la cessione delle partecipazioni di quelle già partecipate (salvo che: «a) abbiano, al 31 dicembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime»), fissa al 31 dicembre 2013 il termine per l'una o l'altra forma di dismissione e consente a tali comuni il mantenimento o l'assunzione della qualità di socio solo con riferimento a società costituite, «con partecipazione paritaria» o «proporzionale al numero degli abitanti», da più comuni la cui popolazione complessiva superi i trentamila abitanti; *ii*) consente ai comuni con popolazione compresa fra i trentamila e i cinquantamila abitanti di «detenere la partecipazione di una sola società» e fissa al 31 dicembre 2013 il ter-

---

– con riferimento alle amministrazioni statali – i commi 27-*bis* e 28-*bis*, aggiunti al medesimo art. dall'art. 71, l. 18 giugno 2009, n. 69, anch'essa cit.

<sup>23</sup> Art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con modifiche dalla l. 30 luglio 2010, n. 122; e poi ulteriormente modificato dall'art. 1, comma 117 della legge di stabilità 2011 (l. 13 dicembre 2010, n. 220); a sua volta modificato dall'art. 2, comma 43 del c.d. decreto milleproroghe (d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con modifiche dalla l. 26 febbraio 2011, n. 10).

<sup>24</sup> V. sopra, nota 1.

mine per la dismissione<sup>25</sup> “delle altre società già costituite”; *iii*) affida a un decreto ministeriale la determinazione delle modalità attuative, nonché di “ulteriori ipotesi di esclusione” dall’ambito applicativo di tali norme.

Al di là dei numerosissimi dubbi esegetici provocati da una formulazione certo non ineccepibile sotto più profili, l’interrogativo di fondo suscitato dall’insieme di queste disposizioni è se esse, nella sostanza, determinino un superamento – nella materia *de qua* – del principio della capacità generale degli enti pubblici, sicché la partecipazione di un soggetto pubblico ad una società debba considerarsi in linea di principio vietata salvo che nei casi eccezionali previsti dalla legge<sup>26</sup>; e se ciò possa condurre non solo a un rovesciamento della tendenza espansiva delle partecipazioni pubbliche manifestatasi negli ultimi decenni ma addirittura, in progresso di tempo, a un vero e proprio “tramonto delle partecipazioni pubbliche”.

*ab*) Un’altra norma recentissima limita, come si è anticipato, la possibilità delle amministrazioni pubbliche – per tali intendendosi quelle individuate annualmente dall’Istat<sup>27</sup> – di fornire capitale di rischio o di credito alle società partecipate. In tal senso pare doversi leggere l’art. 6, comma 19, d.l. n. 78/2010, conv. dalla l. n. 122/2010, secondo cui tali amministrazioni «non possono, salvo quanto previsto dall’art. 2447 c.c., effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali», salvo che ciò avvenga «a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti» o – previa autorizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri – «al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico e la sanità».

b) In qualche caso si tratta di vincoli che operano sul piano procedurale, come quelli imposti dalle norme che disciplinano il reclutamento del per-

---

<sup>25</sup> Qui identificata, almeno sul piano testuale, nella messa in liquidazione e non anche nella cessione delle partecipazioni.

<sup>26</sup> Così A. MAZZONI, *op. cit.*

<sup>27</sup> Ai sensi dell’art. 1, comma 2 e 3, l. 31 dicembre 2009, n. 196 (l. fin. 2010); il relativo elenco può leggersi in [www.istat.it](http://www.istat.it).

sonale e il conferimento degli incarichi da parte delle società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo non quotate diverse da quelle appresso indicate e da parte delle società a partecipazione pubblica totalitaria non quotate che gestiscono servizi pubblici locali, imponendo alle prime di rispettare i principi comunitari di trasparenza, pubblicità e imparzialità<sup>28</sup> ed alle seconde di rispettare, più specificamente, le prescrizioni di cui all'art. 35, comma 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 35<sup>29</sup>.

Altre volte si tratta di vincoli sostanziali che precludono o limitano lo svolgimento di determinate attività o il compimento di determinati atti o che comunque incidono, limitandola, sull'autonomia gestoria della società. Così è per i già ricordati divieti di svolgere attività con terzi, sancito dall'art. 13 del decreto Bersani, e operare extraterritorialmente, esplicitato dall'art. 23-*bis* della l. n. 133/2008<sup>30</sup>; come pure per le limitazioni e i divieti, in tema di assunzione di personale, previsti per le pubbliche amministrazioni e recentemente estesi ad alcune tipologie di società da esse partecipate<sup>31</sup>; nonché per il principio di riduzione della spesa per consulenze, convegni, pubblicità, attività di rappresentanza e sponsorizzazioni<sup>32</sup>, al quale le «società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione», come individuate dall'Istat, devono conformarsi.

Non mancano prescrizioni a mio avviso cervelotiche, come quella che vieta di ricorrere a procedure arbitrali per le controversie relative a lavori, forniture e servizi, che si concreta nel divieto di inserire clausole com-

---

<sup>28</sup> Art. 18, commi 2 e 3, l. n. 133/2008.

<sup>29</sup> Art. 18, commi 1 e 3, l. n. 133/2008.

<sup>30</sup> V. sopra, nota 8.

<sup>31</sup> E più precisamente alle società «a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione» (art. 19, comma 1, d.l. n. 78/2009, conv. dalla l. n. 133/2008, *citt.*).

<sup>32</sup> “Desumibile dai precedenti commi 7, 8, e 9”: così si legge nell'art. 6, comma 11, l. n. 110/2010. In realtà i commi richiamati prevedono – per le «pubbliche amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 1 della l. 31 dicembre 2009, n. 196, incluse le autorità indipendenti, escluse le università, gli enti e le fondazioni di ricerca e gli organismi equiparati» – precisi limiti della spesa per consulenze, convegni, pubblicità, attività di rappresentanza e un vero e proprio divieto di spese per sponsorizzazioni.