



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto amministrativo 1

LA RAZIONALIZZAZIONE DELLE  
PARTECIPAZIONI SOCIETARIE DELLE  
PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

RELATORE:

Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

CANDIDATO:

Pietro De Felice

Matr. 137133

CORRELATORE:

Prof. Aristide Police

ANNO ACCADEMICO 2019-2020



INTRODUZIONE .....	5
1.LA DISCIPLINA DELLE PARTECIPAZIONI SOCIETARIE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NEL NOSTRO ORDINAMENTO GIURIDICO: IL D.LGS. 19 AGOSTO 2016, N. 175. ....	7
1.1Perché le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni hanno avuto tutto questo successo?.....	7
1.2Uno sguardo al quadro europeo e alle linee guida dell'OCSE.....	10
1.3Gli interventi normativi di inizio decennio e la necessità di riordino: l'obiettivo della legge delega (legge n. 124/2015).....	14
1.4Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175: gli ambiti di applicazione e i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione di pubbliche amministrazioni.....	18
1.5 Le finalità perseguibili dalle società partecipate: vincolo di scopo e vincolo di attività .....	21
1.6 Costituzione delle società a partecipazione pubblica: l'atto deliberativo e l'atto costitutivo.....	24
1.7 L'individuazione del soggetto che esercita i diritti sociali annessi ad una partecipazione pubblica .....	27
2.LA REVISIONE STRAORDINARIA E LA RAZIONALIZZAZIONE PERIODICA DELLE PARTECIPAZIONI.....	30
2.1 Gli interventi legislativi in materia di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche anteriori al TUSP .....	30
2.2 Il piano di razionalizzazione disciplinato dalla Legge di Stabilità del 2015 .....	40
2.3 La disciplina del TUSP in subjecta materia: la “duplicazione” dell'attività di razionalizzazione .....	42
2.4 Gli obblighi di ricognizione e dismissione delle partecipazioni non consentite in sede di revisione straordinaria delle partecipazioni dopo l'entrata in vigore del TUSP: l'art. 24.....	46
2.4.1 (segue) I provvedimenti da adottare in esito alla ricognizione e le conseguenze in caso di mancata adozione degli stessi.....	52
2.5 Razionalizzazione periodica delle partecipazioni.....	55
2.6 La cancellazione d'ufficio delle società a controllo pubblico inerti.....	63

3. L'ATTUAZIONE DEL CONTENUTO DEI PIANI DI RAZIONALIZZAZIONE: MODALITÀ DI DISMISSIONE DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE.....	66
3.1 Introduzione alla fase di attuazione delle misure previste dai piani di razionalizzazione .....	66
3.2 L'alienazione delle partecipazioni: la distinzione tra la delibera di alienazione e l'atto civilistico "a valle" .....	69
3.2.1 La concreta declinazione dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione nella procedura di alienazione.....	73
3.2.2 La salvaguardia dei diritti di prelazione degli altri soci.....	77
3.3 Il recesso dell'ente dalla società e la liquidazione della quota secondo principi civilistici.....	80
3.4 Lo scioglimento e la liquidazione della società .....	85
3.5 Analisi di alcuni casi concreti di dismissione delle partecipazioni .....	88
4. (segue) LE MISURE DI RAZIONALIZZAZIONE CHE LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ADOTTANO IN RIFERIMENTO ALLE PARTECIPAZIONI DA MANTENERE.....	101
4.1 La modifica dell'oggetto sociale: la ridefinizione della mission aziendale.....	101
4.1.1 La modifica dell'oggetto sociale proposta dalla società "Environment Park S.p.A." al Comune di Torino ai fini del mantenimento della partecipazione in mano pubblica.....	106
4.2 Il comma 5 dell'art. 20 del TUSP: la possibilità che i piani di riassetto prevedano la razionalizzazione delle partecipazioni societarie attraverso operazioni straordinarie ...	108
4.2.1 Focus sul divieto di "soccorso finanziario" .....	108
4.3 Sulla trasformazione delle società a partecipazione pubblica .....	111
4.4 La fusione e la scissione di società partecipate per perseguire obiettivi di integrazione, razionalizzazione e contingentamento delle risorse.....	120
4.5 L'adozione di un piano industriale per razionalizzare i costi di funzionamento di una società partecipata .....	134
Conclusioni .....	138

## INTRODUZIONE

“Razionalizzare” significa rendere razionale, adatto alle esigenze e alle finalità istituzionali, migliorando il rendimento con nuovi sistemi e metodi di organizzazione (fonte: Dizionario Treccani).

Una definizione sufficiente a rendere perfettamente il significato e le finalità di un processo lungo e variegato come quello della razionalizzazione delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni.

Un’esigenza – quella di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche – nata proprio dall’irrazionalità del complesso delle partecipate locali, dall’inadeguatezza delle stesse rispetto alle esigenze ed alle finalità istituzionali degli enti pubblici soci e dall’inefficienza di tali organismi societari.

È pacifico che le pubbliche amministrazioni possano partecipare a società di capitali sia per svolgere l’attività loro tipica, ossia le funzioni amministrative, sia per svolgere l’attività tipica delle società, ossia l’impresa, fermo restando che vi sono attività che intersecano i due insiemi, come le attività strumentali allo svolgimento delle funzioni amministrative<sup>1</sup>.

Tuttavia, l’utilizzo dello strumento societario è andato oltre le necessità reali delle pubbliche amministrazioni, soprattutto a livello locale.

L’abuso del modello societario per fuggire dalle catene pubblicistiche e per godere dell’autonomia tipica dei privati ha determinato l’irrazionalità del sistema “partecipate locali”, considerando che, soprattutto amministrazioni locali svolgevano le loro funzioni, ovvero l’attività di impresa, attraverso più società, le quali sovente avevano oggetti simili.

Tante, troppe, e che svolgevano attività sovrapponibili, le partecipate pubbliche risultavano anche inefficienti sotto vari punti di vista.

*In primis*, fino al 2015 numerosissime partecipate pubbliche avevano un numero di dipendenti inferiore al numero degli amministratori: circa 1300 sulle 7726 censite dal Ministero dell’economia e delle finanze erano totalmente prive di dipendenti (possedevano solo il consiglio di amministrazione) ed oltre 2000 avevano un numero di dipendenti inferiore al numero degli amministratori.

Se al quadro si aggiunge che circa 1300 partecipate avevano un fatturato inferiore a 100.000 euro, sorge il dubbio che molte di esse siano nate semplicemente per creare

---

<sup>1</sup> Si veda per tutti Mattarella B. G., Presentazione a *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di Cerioni F., Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. XIII.

“poltrone” per i membri del consiglio di amministrazione, o comunque non possono considerarsi essenziali<sup>2</sup>.

*In secundis*, bisognava limitare il fenomeno delle partecipate indirette, essendo inammissibile che partecipate che non vendono beni e servizi sul mercato mantengano strutture societarie complesse che determinano costi ulteriori.

Inoltre, vi era il problema di fondo – e direi “principale” – del campo di attività delle partecipate: numerosissime partecipate svolgevano attività non necessaria alle finalità istituzionali dell’ente pubblico socio.

Tutte problematiche che il d.lgs. n. 175 del 2016 (recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) – oltre che le leggi previgenti, pur senza particolare successo – affronta imponendo alle pubbliche amministrazioni di effettuare annualmente un’analisi dell’assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette.

Qualora – all’esito di tale analisi – la pubblica amministrazione rilevi la presenza di una o più delle criticità di cui all’art. 20, comma 2, del Testo unico, procede alla predisposizione di un piano di razionalizzazione che prevede misure che possono riguardare le partecipazioni ovvero direttamente le società.

Infatti, qualora la società non rispetti i requisiti imposti dal Testo unico – ed individuati attraverso un lungo e tortuoso percorso legislativo caratterizzato da continui “inseguimenti” – non è scontato che debba procedersi alla dismissione delle relative partecipazioni, essendo possibile intervenire sulla società stessa attraverso operazioni straordinarie.

Il presente elaborato non vuole proporsi quale studio del macrocosmo delle società pubbliche, bensì quale analisi della prassi dei primi quattro anni di piani di razionalizzazione delle partecipazioni societarie predisposti dalle pubbliche amministrazioni.

L’obiettivo, dunque, non è lo studio cavillare della disciplina delle società pubbliche, piuttosto dei profili di tale disciplina che orientano le scelte delle pubbliche amministrazioni in sede di predisposizione dei piani di riassetto, provando ad evidenziare la logica di tali scelte mettendo in luce le motivazioni che, talvolta, spingono le pubbliche amministrazioni ad operare scelte differenti in casi apparentemente simili.

---

<sup>2</sup> Dati ricavati da Cottarelli C., *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare.*, Giangiaco Feltrinelli Editore, Milano, 2015.

# **1. LA DISCIPLINA DELLE PARTECIPAZIONI SOCIETARIE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NEL NOSTRO ORDINAMENTO GIURIDICO: IL D.LGS. 19 AGOSTO 2016, N. 175.**

SOMMARIO: 1.1 Perché le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni hanno avuto tutto questo successo? – 1.2 Uno sguardo al quadro europeo e alle linee guida dell'OCSE – 1.3 Gli interventi normativi di inizio decennio e la necessità di riordino: l'obiettivo della legge delega (Legge n. 124/2015) – 1.4 Il decreto legislativo n. 175 del 2016: gli ambiti di applicazione e i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione di pubbliche amministrazioni – 1.5 Le finalità perseguibili dalle società partecipate: vincolo di scopo e vincolo di attività – 1.6 Costituzione delle società a partecipazione pubblica: l'atto deliberativo e l'atto costitutivo – 1.7 L'individuazione del soggetto che esercita i diritti sociali annessi ad una partecipazione pubblica

## **1.1 Perché le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni hanno avuto tutto questo successo?**

Il percorso diretto a far luce sulle modalità di razionalizzazione delle partecipazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni inizia con una domanda che bisogna naturalmente porsi, in vista dell'obiettivo finale: se è sorta la necessità di razionalizzare il numero delle partecipate delle pubbliche amministrazioni, significa che (presumibilmente) erano diventate troppe, inefficienti e che in qualche modo creavano problemi; dunque conviene chiedersi, innanzitutto, perché le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni hanno avuto tutto questo successo.

Senza troppo scendere nei particolari, conviene fare una breve premessa storica sul modello di impresa pubblica in Italia.

Storicamente in Italia le imprese pubbliche hanno assunto tre forme giuridiche differenti: imprese-organo, enti pubblici economici e società partecipate dalle pubbliche amministrazioni.

Le prime costituivano organi di amministrazioni burocratiche, prive di personalità giuridica e governate da un consiglio di amministrazione presieduto dal vertice politico, motivo per cui lo svolgimento della *mission* aziendale era sottoposto ad un controllo politico-amministrativo che ne rallentava lo sviluppo, richiedendo una snellezza operativa che solo l'assenza di vincoli burocratici poteva garantire.

Dal XX secolo, con l'estendersi dell'intervento pubblico nell'economia, molte imprese assunsero la forma di enti pubblici economici, caratterizzati dal fatto di conciliare il

carattere pubblico della personalità giuridica con il regime privatistico dell'impiego e dell'attività esterna<sup>3</sup>, sì da garantire la tanto agognata snellezza operativa, ritenuta indispensabile per assicurare la migliore gestione dell'impresa.

Il terzo modello – quello delle società a partecipazione pubblica – nacque, invece, in una situazione emergenziale di crisi (precisamente, nel periodo post Grande Crisi).

In particolare, l'intervento pubblico nel capitale di società private serviva a riallocare i pacchetti azionari detenuti dalle banche e a trovare risorse per ripianare le perdite subite dalle società controllate.

Tale modello, divenuto stabile e parte integrante delle politiche di programmazione economica, era caratterizzato dalla natura privatistica delle società, integralmente sottoposte alla disciplina del codice civile.

Infatti, il modello societario è – in un certo senso – considerabile la “forma normale” di esercizio di un'impresa, ma non è così scontato che le pubbliche amministrazioni (che sono pur sempre soggetti pubblici) siano tenute a svolgere un'impresa.

La dottrina<sup>4</sup> evidenzia, anzi, a tal proposito che il rapporto tra pubblica amministrazione e modello societario si incrocia con l'impresa pubblica, il che evoca questioni fondamentali relativamente alle funzioni dello Stato e dei pubblici poteri, alla libertà di iniziativa economica e alla divisione del lavoro tra settore pubblico e privato.

Vi sono in merito due punti di vista: il primo che privilegia l'indifferenza per la natura pubblica o privata dei soci, egualmente legittimati allo svolgimento di attività economiche, e il secondo che fa leva sulla necessaria riconducibilità a un interesse pubblico di qualunque attività svolta da una pubblica amministrazione (a prescindere dal modello organizzativo).

C'è del vero in entrambe le posizioni perché certamente l'attività di impresa non è – e non deve essere – la principale delle pubbliche amministrazioni presentando intrinsecamente un rischio e ricordando che sulla bilancia vi sono pur sempre i soldi dei contribuenti, ma è anche vero che c'è sempre stata una “buona ragione” per costituire imprese pubbliche.

---

<sup>3</sup> In tal senso Napolitano G., *Il “governo” delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018.

<sup>4</sup> Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017.

Comunque sia, gli enti pubblici economici e le società partecipate da essi controllate hanno costituito per molti decenni il modello organizzativo in grado di coniugare l'indirizzo politico e l'autonomia imprenditoriale, finché, negli anni Novanta, tale equilibrio ha iniziato a vacillare.

A partire dal 1990, infatti, quasi tutti gli enti pubblici economici vennero trasformati in società per azioni a partecipazione pubblica con la conseguente assegnazione delle relative azioni allo Stato (cd. privatizzazione fredda), per poi proseguire con la vendita di tali azioni a soggetti privati (cd. privatizzazione calda)<sup>5</sup>: una duplice operazione il cui fine era certamente quello di assicurare una *governance* più trasparente, disciplinata dalle norme privatistiche.

Tuttavia, bisogna segnalare che mentre il numero delle società partecipate diminuiva – con le privatizzazioni calde – a livello statale, le società di capitali a partecipazione pubblica aumentavano a dismisura a livello locale, dopo che la loro costituzione è stata autorizzata dalla legge n. 142/1990.

Tali società – che spesso hanno la veste dell'*in house providing*, essendo integralmente partecipate da pubbliche amministrazioni ed essendo beneficiarie di affidamenti diretti, con la condizione che l'ente pubblico socio eserciti un controllo cd. “analogo” a quello esercitato sui suoi uffici burocratici – sono indistintamente preposte all'esercizio di un'impresa e alla gestione di servizi pubblici, così come allo svolgimento di attività strumentali all'amministrazione ovvero allo svolgimento di attività rivolte allo sviluppo del territorio.

Uno sviluppo così sproporzionato delle società partecipate da pubbliche amministrazioni locali<sup>6</sup> (si pensi che il rapporto Istat riferito al 2015 ha censito 4844 imprese attive) è dovuto alla circostanza che tali soggetti, in quanto persone giuridiche private, beneficiano del fatto di essere sottratti alle restrizioni che l'ordinamento giuridico pone a carico delle amministrazioni operanti in forma burocratica, sicché possono liberamente operare nei mercati finanziari, dispongono di ampia autonomia nel definire il trattamento economico del personale, si approvvigionano di beni e servizi strumentali senza essere vincolati all'osservanza di procedure di gara talvolta “paralizzanti” e, inoltre, sono sottratti ai vincoli di finanza pubblica<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> In tal senso si veda Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, Il Mulino, luglio 2019.

<sup>6</sup> La dottrina parla in tal senso di “neocapitalismo municipale”; Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017.

<sup>7</sup> In questi termini Napolitano G., in op. cit.

Le pubbliche amministrazioni hanno cercato in ogni modo di creare e mantenere i privilegi suddetti, in particolare quello derivante dall'affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai principi di concorrenza tra imprese e trasparenza<sup>8</sup>, sicché la gestione mediante società partecipate era solo formalmente rivolta all'aziendalizzazione dei servizi ed alla privatizzazione effettiva auspicata sin dal legislatore del '42<sup>9</sup>, essendo in realtà sostanzialmente diretta ad eludere i procedimenti a evidenza pubblica e a sottrarre comparti dell'amministrazione pubblica ai vincoli di bilancio.

Una situazione che ha avuto negli anni l'effetto di trasformare (ovviamente non in tutti i casi, ma solo in quelli patologici) il modello di gestione da strumento di efficienza in strumento di protezione e addirittura di elusione dei patti di stabilità e delle regole di contabilità pubblica.

Quindi, se da un lato si stringevano le regole sulla spesa complessiva degli enti locali, dall'altro lato si aggiravano tali vincoli costituendo società partecipate<sup>10</sup>, motivo per cui sono aumentate a dismisura prima del blocco imposto dai recenti interventi legislativi.

## **1.2 Uno sguardo al quadro europeo e alle linee guida dell'OCSE**

I recenti interventi legislativi cui si è fatto appena riferimento nascono su vari presupposti: innanzitutto la crescente ideologia liberista che ha spinto per restituire al libero mercato una serie di attività; *in secundis*, l'evoluzione tecnologica che ha consentito la concorrenza dove prima vi erano monopoli naturali; ed infine, la cornice sovranazionale, in particolare il diritto dell'Unione Europea, che mira alla salvaguardia della concorrenza, indipendentemente dalla titolarità pubblica o privata delle imprese<sup>11</sup>.

Per quanto riguarda quest'ultimo punto, l'attenzione delle istituzioni europee nei confronti del fenomeno delle partecipate pubbliche si giustifica per l'obiettivo di

---

<sup>8</sup> In tal senso Fimmanò F.-Catricalà A., *Introduzione. Profili generali della riforma.*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Catricalà A., Tomo 1, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016, p. 20.

<sup>9</sup> Nella Relazione al codice civile si legge in riferimento alle società pubbliche che lo Stato "si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici".

<sup>10</sup> In tal senso Cottarelli C., *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare.*, Giangiaco Feltrinelli Editore Milano, 2015.

<sup>11</sup> Per approfondire sul tema si veda Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l'innovazione nella pubblica amministrazione*, in op. cit.

assicurare un mercato interno basato su una concorrenza non distorta ai sensi dell'art. 3 TUE e del Protocollo 27 ai Trattati.

In quest'ottica, stante il principio di neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese (sancito dall'art. 345 TFUE), le imprese pubbliche sono soggette al divieto di intese restrittive della concorrenza, al divieto di abuso di posizione dominante, al controllo delle operazioni di concentrazione e alla disciplina degli aiuti di Stato.

L'art. 106, paragrafo 2, del TFUE stabilisce che anche quando si tratta di imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ovvero aventi carattere di monopolio fiscale i suddetti principi devono applicarsi, salvo che l'applicazione non osti all'adempimento della missione affidata a tali soggetti.

L'art. 106, paragrafo 1, del TFUE, invece, riguarda proprio le imprese pubbliche ed impone agli Stati di non emanare alcuna misura contraria alle norme del Trattato.

A specificare la nozione di impresa pubblica nel diritto europeo è intervenuta la direttiva della Commissione 80/723/CEE, successivamente modificata dalla direttiva 2006/111/CE, esplicitando che si fa riferimento ad "ogni impresa nei confronti della quale i pubblici poteri possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che le disciplina"<sup>12</sup>.

Individuata la nozione di impresa pubblica, la direttiva – come sintetizzato impeccabilmente in dottrina<sup>13</sup> – ha imposto:

- a) obblighi di trasparenza nelle relazioni finanziarie tra amministrazioni pubbliche e imprese pubbliche, da attuarsi mediante documentazione sia delle assegnazioni di risorse pubbliche in favore di tali imprese effettuate direttamente dalle amministrazioni o per il tramite di intermediari, sia del modo in cui tali risorse sono effettivamente utilizzate;
- b) obblighi di separazione contabile in presenza di compensazioni a carico delle risorse pubbliche in favore di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi o affidatarie di servizi di interesse economico generale che svolgono altre attività, a

---

<sup>12</sup> Art. 2, paragrafo 1, direttiva 2006/111/CE.

<sup>13</sup> Bruzzone G., *La cornice sovranazionale per le società pubbliche: regole europee e linee guida dell'OCSE*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018.

condizione che l'affidamento non sia ottenuto tramite procedura ad evidenza pubblica.

Una disciplina – quella degli aiuti di Stato alle imprese – modernizzata dai più recenti interventi in tema di trasparenza risalenti al triennio 2012-2014 che hanno lo scopo di limitare l'intervento a carico delle risorse pubbliche a sostegno di specifiche imprese e nei soli casi in cui:

- l'aiuto corrisponde ad un obiettivo di interesse comune identificato a livello politico;
- vi sia una carenza o fallimento del mercato;
- l'aiuto di Stato si riveli, confrontandolo con altri, lo strumento più idoneo;
- la misura abbia un effetto di incentivazione;
- sia rispettato il principio di proporzionalità e di stretta necessità, minimizzando le distorsioni della concorrenza.

Quindi, dati tali criteri, se si vuole evitare il rischio di vedersi applicata la disciplina degli aiuti di Stato, le scelte gestionali delle imprese pubbliche devono seguire strettamente i criteri che seguirebbe in condizioni analoghe un qualunque operatore in un'economia di mercato.

Sulla parità di condizioni concorrenziali fa leva anche l'OCSE che nel 2015, dopo numerose versioni precedenti, ha pubblicato la versione aggiornata delle linee guida sulla *governance* delle società a controllo pubblico.

Tali linee guida sono state adottate formalmente dal Consiglio dell'OCSE, che ne ha raccomandato l'utilizzo da parte degli Stati che hanno formalmente aderito alla Raccomandazione.

Le preoccupazioni che hanno indotto l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico a concentrarsi sull'argomento delle imprese pubbliche erano molteplici: da un lato vi era il rischio di un'eccessiva passività dell'azionista pubblico (che, bisogna ricordarlo, agisce pur sempre con il denaro dei contribuenti); dall'altro lato vi era il rischio di un'eccessiva interferenza nella gestione.

Per tali motivi, era necessario ponderare e precisare i poteri e le responsabilità degli azionisti pubblici e gli ambiti di autonomia e le responsabilità gestionali degli amministratori, sicché possono sintetizzarsi i seguenti obiettivi<sup>14</sup>:

---

<sup>14</sup> Bruzzone G., *La cornice sovranazionale per le società pubbliche: regole europee e linee guida dell'OCSE*, in op. cit.

- 1) rafforzamento della professionalità delle amministrazioni pubbliche nell'esercizio del ruolo di azionista;
- 2) assicurare che le società a controllo pubblico operino in condizioni di efficienza paragonabili a quelle di un'impresa privata ben gestita (parametro: l'*accountability* nei confronti della collettività deve essere almeno pari a quella di un'impresa privata nei confronti dei suoi azionisti);
- 3) assicurare la parità di condizioni concorrenziali tra le imprese pubbliche e gli altri operatori.

Per il raggiungimento dei suddetti obiettivi, secondo l'OCSE, era necessario, innanzitutto, giustificare le partecipazioni attraverso una definizione periodica di obiettivi perseguiti da una determinata pubblica amministrazione (*ownership policy*) e il modo in cui si intende perseguirli, in quanto solo in questo modo è possibile valutare l'effettivo contributo delle partecipazioni pubbliche al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio.

*In secundis*, le linee guida dell'OCSE fanno riferimento alla necessità che l'amministrazione pubblica agisca come un azionista attivo e informato, in modo trasparente, con professionalità ed efficacia, sicché le società a partecipazione pubblica devono essere disciplinate – per quanto possibile – dalle regole di diritto comune; inoltre la struttura responsabile dell'esercizio dei diritti sociali, deve essere chiaramente identificata all'interno dell'amministrazione pubblica, in modo tale che l'esercizio dei diritti di socio sia separato dall'attività dell'amministrazione pubblica, con la quale potrebbe astrattamente sorgere un conflitto di interessi.

Le linee guida dedicano un capitolo alla parità concorrenziale tra imprese pubbliche e private, prevedendo determinate conseguenze per quanto riguarda:

- il caso in cui una società a controllo pubblico svolga attività economiche al di fuori dei compiti di interesse pubblico, sicché è necessaria una chiara attribuzione dei costi e dei ricavi delle diverse attività per evitare sussidi incrociati;
- l'assoggettamento delle società a controllo pubblico alle regole che disciplinano le altre imprese, comprese quelle sul fallimento;
- evitare l'attribuzione di vantaggi rispetto ai concorrenti, sia per quanto riguarda l'accesso alle risorse finanziarie, sia per quanto riguarda il rendimento richiesto;
- il rispetto, in generale, dei principi di concorrenza e non discriminazione, nonché di adeguati standard di trasparenza, sia se la società costituisca un potenziale aggiudicatario del contratto sia se, invece, costituisca un soggetto aggiudicatore.

Si vedrà, all'interno del presente lavoro, che molte delle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016, sono attuative – nel nostro ordinamento – del quadro di regole sovranazionali, sia per quanto riguarda il diritto europeo, sia per quanto riguarda le linee guida emanate dall'OCSE: su tutte, le norme che sono il fulcro e il motivo del nostro lavoro, ossia quelle di cui agli artt. 20 e 24 del “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, che prevedono una revisione periodica dell'assetto delle partecipazioni delle pubbliche amministrazioni.

### **1.3 Gli interventi normativi di inizio decennio e la necessità di riordino: l'obiettivo della legge delega (legge n. 124/2015)**

Quelle appena delineate sono esigenze sovranazionali per tentare di risolvere problematiche comuni agli Stati membri dell'Unione Europea e dell'OCSE.

Tuttavia, bisogna tener conto – ai fini di un quadro completo in cui è nata l'esigenza di un testo unico di riordino di norme relative alle società a partecipazione pubblica – anche delle problematiche, accennate nel primo paragrafo, che affliggevano in modo specifico il sistema delle partecipate italiane.

È pacifico che le amministrazioni pubbliche possano partecipare a società di capitali sia per lo svolgimento di attività tipiche delle società, ossia l'impresa, sia per lo svolgimento di attività tipica delle amministrazioni stesse, cioè le funzioni amministrative<sup>15</sup>.

Praticamente, le amministrazioni pubbliche scelgono di volta in volta, relativamente all'uno ovvero all'altro tipo di attività, tra l'autoproduzione del servizio e l'acquisizione di esso sul mercato: scelta l'autoproduzione, bisogna individuare il modello organizzativo, che può essere di tipo tradizionale (un ufficio interno all'amministrazione) ovvero di tipo privatistico (una società); invero, per quanto riguarda i servizi strumentali, negli ultimi anni la tendenza è stata quella dell'esternalizzazione.

Ma cosa significa “esternalizzare”?

È una precisazione non di poco conto considerando che con detta espressione si fa riferimento sia al ricorso al mercato, attraverso una procedura ad evidenza pubblica, sia la trasformazione degli uffici amministrativi, preposti all'attività designata, in società di capitali.

---

<sup>15</sup> In tal senso Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017; Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, Il Mulino, luglio 2019; oltre che Corte Costituzionale, sentenza n. 326 del 2008.

Una tendenza – come rilevato dalla citata dottrina – che è stata agevolata dal diritto europeo in materia di affidamenti *in house*, consentendo, a determinate condizioni, di considerare le società controllate dalle pubbliche amministrazioni alla stregua di uffici interni delle amministrazioni stesse: una *longa manus* della pubblica amministrazione, che permette di coniugare in un unico strumento l'autonomia delle società per azioni con la possibilità di operare affidamenti diretti.

Sulla base di quanto detto, bisogna rilevare che la costituzione di tali tipi di società ha risposto spesso alla logica non di svolgere attività di impresa, bensì di sfuggire alle regole pubblicistiche applicabili alle pubbliche amministrazioni.

Una differenza non di poco conto se si pensa, ad esempio, che la disciplina privatistica si basa sul principio di autonomia, mentre quella pubblicistica su quello di legalità.

Un fenomeno come quello delle società pubbliche, per le motivazioni appena addotte, si è collocato negli anni a metà strada tra il diritto pubblico e quello privato; anzi, sarebbe più corretto dire – come detto a più riprese in dottrina – che la disciplina delle società a partecipazione pubblica è stata oggetto di un “moto pendolare” tra disciplina pubblicistica e disciplina privatistica.

L'oscillazione del modello dal privato al pubblico ha determinato un rischio di abuso di risorse pubbliche, perché – è bene sempre ricordarlo – in gioco vi sono i soldi dei contribuenti, sicché vi era la necessità, all'inizio del secondo decennio del nuovo secolo, di riattrarre il modello nella sfera pubblicistica, per imporre a tali società una disciplina (parzialmente) diversa da quella di diritto comune.

“Come in un gioco di guardie e ladri, le regole pubblicistiche tendono sempre a inseguire i poteri pubblicistici e le risorse pubbliche”: una frase<sup>16</sup> che spiega perfettamente la logica dei confusi interventi legislativi previgenti il Testo unico che hanno visto il venir meno del *favor* nei confronti delle società a partecipazione pubblica.

Interventi legislativi – che saranno approfonditi in modo specifico nel secondo capitolo – che hanno introdotto limiti e vincoli alla costituzione delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, obblighi rinvenibili in norme di condotta e di organizzazione rivolte a detti enti pubblici ovvero alle stesse società.

Innanzitutto, il comma 27 dell'art. 3 della legge n. 244/2008 ha introdotto il principio di stretta necessità della partecipazione alle finalità istituzionali

---

<sup>16</sup> Una frase tratta da Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017.

dell'amministrazione pubblica, prevedendo, in tal modo, limiti alla costituzione e al mantenimento delle partecipazioni in mano pubblica; una norma la cui *ratio* è dunque quella di creare una stretta correlazione tra utilizzo dello strumento societario e, da un lato, le finalità perseguite dalla pubblica amministrazione detentrici delle partecipazioni e dall'altro, l'inerenza della partecipazione stessa allo svolgimento di attività di competenza dell'amministrazione medesima.

Il successivo comma 28 prevedeva che la decisione di acquistare partecipazioni o di mantenere quelle detenute avvenisse mediante una delibera di autorizzazione – debitamente motivata alla luce dei principi di economicità, efficacia ed efficienza – rilasciata dall'organo competente.

Quindi, la Legge finanziaria 2008 ha previsto per la prima volta un obbligo di cedere le partecipazioni ritenute non strettamente necessarie per le finalità istituzionali dell'ente pubblico socio, concedendo a tal fine un termine di 18 mesi (successivamente prorogato).

L'art. 14 del d.l. n. 78/2010 ha agito dal punto di vista quantitativo, con riguardo, in particolare, alle partecipazioni detenute dai comuni di piccole dimensioni; una norma parzialmente abrogata dalla successiva legge n. 147/2013 che introduce un meccanismo di stabilizzazione finanziaria che prevedeva che a partire dal 2015, nel caso in cui i predetti soggetti presentavano un risultato d'esercizio o un saldo finanziario negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti dovevano accantonare nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione.

Il primo vero processo di razionalizzazione che ha prodotto risultati efficienti venne introdotto dall'art. 1, comma 611, della legge n. 190/2014: una razionalizzazione da attuare mediante l'adozione di un piano operativo che tenesse conto di alcuni criteri operativi ben delineati dalla norma e che in parte riprendevano le disposizioni delle precedenti norme.

Tali criteri fanno riferimento all'indispensabilità della partecipazione per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio, al numero degli amministratori che deve essere rigorosamente inferiore a quello dei dipendenti al fine di eliminare il fenomeno delle cd. "scatole vuote"<sup>17</sup>, alla necessità di accorpate società

---

<sup>17</sup> Espressione coniata dal Commissario straordinario Cottarelli C., in *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare.*, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 2015.

che svolgono attività analoghe o simili ed in generale al contenimento dei costi di funzionamento delle partecipate.

Tutti motivi poi ripresi dal d.lgs. n. 175/2016, recante il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, emanato in attuazione della legge delega (legge n. 124/2015).

Legge delega imponeva al legislatore delegato un “coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti”, la “risoluzione delle antinomie” e “l’aggiornamento delle procedure”, oltre che l’adeguamento della disciplina a principi e criteri innovativi ispirati alla chiarezza, all’eliminazione delle sovrapposizioni e soprattutto all’efficienza, alla trasparenza, all’efficacia dei controlli e alla riduzione del numero delle partecipazioni.

In particolare, l’art. 18, comma 1, richiedeva che il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche fosse adottato “al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori” nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi che la stessa norma individua e che si aggiungono a quelli di cui all’art. 16 della legge delega medesima<sup>18</sup>.

Quanto ai criteri direttivi suddetti, la norma fa riferimento alla “distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura ad evidenza pubblica dell’affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all’emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e all’individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi di impresa” (art. 18, comma 1, lett. a).

Inoltre, l’art. 18 prevedeva che il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche dovesse perseguire gli obiettivi di “razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità” attraverso la fissazione “delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l’assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti

---

<sup>18</sup> In questi termini Massa Felsani F., *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018.

istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale” e ciò sia per le partecipazioni future sia per le partecipazioni pubbliche già in essere (art. 18, comma 1, lett. b).

Quindi, la riduzione del numero delle partecipazioni era uno degli obiettivi che doveva perseguire il legislatore delegato, insieme al riordino normativo ed alla definizione dei confini tra pubblico e privato: tutte risposte da dare agli abusi del modello societario da parte delle pubbliche amministrazioni.

#### **1.4 Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175: gli ambiti di applicazione e i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione di pubbliche amministrazioni**

Nel perseguimento dei suddetti obiettivi, il d.lgs. n. 175/2016, recante il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, contiene una disciplina di diritto amministrativo derogatoria rispetto a quella di diritto comune<sup>19</sup>, non diversamente dal Testo unico del pubblico impiego e dal Codice dei contratti pubblici.

Infatti, l’art. 1, comma 3, del Testo unico prevede che “per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”.

Tuttavia, la disciplina di cui al Testo unico, è una disciplina generale rispetto a norme dotate di un maggior grado di specialità, ossia quelle riferite a singole società pubbliche; norme – queste ultime – che tengono conto delle peculiarità di singole società.

Dunque, il legislatore delegato, nella redazione del Testo unico, ha dovuto tener conto di varie esigenze: certamente, come detto, dell’esigenza di evitare abusi nell’utilizzo del modello societario, ma anche dell’esigenza di non rinnegare la natura privatistica dello stesso; ha, inoltre, dovuto tener conto delle peculiarità delle singole società, seppur dovendo emanare una disciplina generale unificante sotto certi punti di vista.

Una situazione intricata dovuta alla realtà dinanzi alla quale si è trovato il legislatore delegato; una realtà che vedeva – e tutt’ora vede – un variegato arcipelago di società pubbliche quanto a dimensioni delle stesse, quota di partecipazione detenuta da

---

<sup>19</sup> Si veda per tutti Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l’innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017; Mattarella B.G., *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018.

soggetti pubblici (di qui la differenza tra società controllate e meramente partecipate), soggetti pubblici che detengono le partecipazioni (Stato, enti locali, ma anche università, camere di commercio...), quotazione o meno in mercati regolamentati nonché per le numerose attività svolte (si pensi, ad esempio, alle varie deroghe relativamente alla dismissione di partecipazioni afferenti società che svolgono determinate attività).

La citata dottrina ha coniato il termine “sfumature di pubblicità” per far riferimento alla circostanza per cui le norme del Testo unico – o meglio, la loro incidenza ed applicabilità – variano a seconda del tipo di società.

In particolare, si potrebbe immaginare la collocazione delle società lungo un segmento:

- ad un estremo si collocano le società *in house* che, in quanto assimilabili ad uffici pubblici, sono soggette ad una disciplina decisamente penetrante e tanto più derogatoria rispetto a quella di diritto comune (art. 16 del Testo unico);
- all'estremo opposto si collocano, invece, le società quotate considerando che gli stimoli del mercato finanziario assicurano comportamenti efficienti, prevenendo gli abusi e rendendo superflui i vincoli pubblicistici (art. 1, comma 5);
- in mezzo a tali estremi si collocano le società controllate dalle pubbliche amministrazioni, alle quali si applicano la maggioranza delle disposizioni del Testo unico, e le società meramente partecipate, per le quali il decreto legislativo disciplina solo il comportamento degli azionisti pubblici, l'organizzazione e il funzionamento delle stesse.

In aggiunta, si devono segnalare eccezioni tassative di società sottratte alla disciplina di cui al Testo unico, elencate in un allegato (ad esempio grandi imprese pubbliche statali e le finanziarie regionali), nonché la possibilità di avviare, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, un procedimento di esenzione dal vincolo di attività posto dall'art. 4., oltre che le altre eccezioni che saranno trattate nel successivo capitolo e contenute sempre nell'art. 4.

Come sottolineato in dottrina<sup>20</sup>, il legislatore delegato, attuando la disposizione di cui all'art. 18, comma 1, lett. a), della legge delega, non ha effettuato una vera e propria distinzione tipologica, individuando le categorie di società sottoposte ad un regime differenziato, essendo lasciato all'interprete, almeno in parte, il compito di ricostruire la disciplina in concreto applicabile alle singole categorie di società partecipate.

---

<sup>20</sup> Massa Felsani F., *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, in op. cit.

I Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato, a tal proposito, che sarebbe stato opportuno inserire nello Schema di Testo unico una norma che prevedesse esplicitamente che le società partecipate da pubbliche amministrazioni devono distinguersi in società a partecipazione pubblica, società quotate, società a controllo pubblico, società strumentali e società *in house*, chiarendo, per ognuno dei suddetti tipi, la disciplina applicabile.

Secondo la citata dottrina, quindi, l'attuazione del criterio di distinzione dei tipi sociali contenuto nella legge delega sarebbe dovuta avvenire distinguendo le singole fattispecie di società a partecipazione pubblica, posto che l'art. 2 del Testo unico si limita a fornire delle definizioni, senza tuttavia specificare la disciplina in concreto applicabile.

Infatti, l'art. 3 del Testo unico – rubricato “tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica” – fa riferimento alle categorie civilistiche delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa, la cui disciplina è quella del codice civile e delle norme di diritto privato, per quanto non derogato dal Testo unico medesimo (ai sensi del rinvio di cui all'art. 1, comma 3, del Testo unico).

È esclusa, invece, la partecipazione di pubbliche amministrazioni a società di persone: un'esclusione dovuta alla mancanza di personalità giuridica (le società di persone non costituiscono soggetti giuridici autonomi rispetto ai soci), sicché i soci rispondono con il loro patrimonio delle obbligazioni societarie, essendo illimitatamente e solidalmente responsabili nei confronti dei creditori sociali.

La dottrina<sup>21</sup> ha evidenziato la *ratio* di una simile esclusione: verrebbe a mancare la preventiva copertura finanziaria dell'impegno di spesa, il cui ammontare non sarebbe quantificabile a priori.

Inoltre, l'art. 19 del d.l. n. 78/2009 ha escluso l'applicabilità allo Stato (e, secondo la dottrina, in via di interpretazione analogica, a tutti gli enti pubblici) della norma contenuta nell'art. 2497 del codice civile 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

---

<sup>21</sup> Sciascia M., *Ambito della capacità societaria delle pubbliche amministrazioni*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Catricalà A., Tomo 1, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016, p. 276.

partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società": una disposizione dalla quale la dottrina ha estrapolato il principio generale secondo cui è precluso agli enti pubblici assumere partecipazioni societarie che comportano responsabilità illimitata<sup>22</sup>.

### **1.5 Le finalità perseguibili dalle società partecipate: vincolo di scopo e vincolo di attività**

Ai fini del perseguimento degli obiettivi di razionalizzazione e riduzione del numero delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, assume importanza fondamentale la norma di cui all'art. 4 del Testo unico.

La rubrica recita "finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche" e, in effetti, la norma delinea il perimetro entro cui le società possono operare; un perimetro da rispettare non solo in sede di costituzione di una società ovvero di acquisto di partecipazioni, costituendo un fondamentale criterio per individuare – in sede di razionalizzazione annuale – le partecipazioni da dismettere.

La norma, quindi, ha la funzione di tipizzare le finalità, lo scopo sociale, che legittimano la partecipazione di una pubblica amministrazione al capitale sociale di un organismo societario compatibile con l'art. 3 (quindi di una S.p.A. ovvero una s.r.l., anche se in forma cooperativa), indicando quali attività possono svolgere tali società. Per quanto riguarda la struttura della norma in esame, il comma 1 individua una prima delimitazione di carattere generale, riprendendo in parte il dispositivo del comma 27 dell'art. 3 della legge n. 244/2007, statuendo che "le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società".

Una disposizione fortemente voluta dal Commissario straordinario per la revisione della spesa pubblica, Carlo Cottarelli, che tra i punti cardine della strategia di razionalizzazione delle partecipate e di riordino della disciplina – come si evince dal programma di razionalizzazione delle partecipate locali presentato nel mese di agosto del 2014 – aveva posto la delimitazione del campo di azione delle partecipate entro il perimetro stringente dei compiti istituzionali dell'ente pubblico socio.

---

<sup>22</sup> Cariello V., *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.

Il Consiglio di Stato ha sottolineato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo che si tratta di un “chiaro e stringente vincolo di scopo pubblico” teso a garantire il perseguimento dell’interesse pubblico, come specificato in una pronuncia precedente al suddetto parere, relativamente all’interpretazione dell’analogo norma contenuta nella Finanziaria 2008<sup>23</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha altresì chiarito che la norma “evidenzia un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche [...] di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall’ambito delle relative finalità istituzionali”<sup>24</sup>. Viene naturale cogliere le motivazioni per cui – per citare due esempi riportati dalla dottrina<sup>25</sup> – la partecipazione di un Comune ad una società mista che gestisce le operazioni di sbarco e imbarco da e su navi da crociera e traghetti non è stata fatta rientrare tra le finalità istituzionali dell’amministrazione comunale, avendone sottolineato il giudice amministrativo la rilevanza meramente economica<sup>26</sup>, mentre è stata considerata legittima la costituzione di una società per l’efficientamento energetico del patrimonio immobiliare di una provincia, rientrando siffatta attività tra le finalità istituzionali dell’amministrazione provinciale<sup>27</sup>.

La differenza sostanziale tra la norma di cui alla Finanziaria 2008 e quella di cui al Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica si rinviene nell’ulteriore vincolo posto dalla seconda: infatti, mentre l’art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 ammetteva in ogni caso la costituzione di società producenti beni e servizi strettamente necessarie alle finalità istituzionali dell’ente pubblico socio, l’art. 4 del Testo unico, al comma 2, individua l’ulteriore vincolo di attività che deve essere rispettato.

Per cui, nei limiti di quanto statuito dal comma 1 (vincolo di scopo), la partecipazione pubblica può riferirsi esclusivamente a società che svolgono le attività indicate dal comma 2 di seguito elencate:

- a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

---

<sup>23</sup> Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

<sup>24</sup> Cons. St., Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

<sup>25</sup> De Girolamo A., *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018, p. 68.

<sup>26</sup> T.A.R. Liguria, sez. II, 4 aprile 2016, n. 333.

<sup>27</sup> T.A.R. Lombardia, sez. I, 5 dicembre 2012, n. 2911.

- b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 50/2016;
- c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 del d.lgs. n. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'art. 17, commi 1 e 2;
- d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;
- e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016.

Si noti come, già per quanto riguarda il vincolo di attività, vi siano regole più stringenti per le società caratterizzate dal modello dell'*in house providing*, in quanto il comma 4 della norma in esame stabilisce che l'ambito di attività di suddette società è circoscritto solo ad alcune delle attività elencate dal comma 2.

In particolare, le società *in house* possono avere come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d), ed e) del comma 2, ed inoltre, salvo quanto previsto dall'art. 16 del Testo unico medesimo, esse operano in via prevalente con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti.

L'applicazione del regime vincolistico di cui all'art. 4 può essere derogata, ai sensi del comma 9 dell'art. 4 medesimo, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che individui esplicitamente le società a cui non si applica o si applica solo in parte, tenendo in considerazione la misura o la qualità della partecipazione, gli interessi pubblici ad essa connessa e il tipo di attività svolta dalla partecipata.

Deve segnalarsi che il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 ha conferito ai Presidenti di regione il potere di deliberare, attraverso un provvedimento debitamente motivato, l'esclusione totale o parziale dell'applicazione dell'art. 4 a singole società partecipate dalla regione stessa.

Un'ulteriore deroga è stata introdotta sempre dal decreto correttivo con l'introduzione del comma 9-bis che prevede che nel rispetto della disciplina europea, le pubbliche amministrazioni possono acquisire o mantenere partecipazioni in società che

producono servizi economici di interesse generale a rete (di cui all'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011) anche al di fuori dell'ambito territoriale della collettività di riferimento, purché l'affidamento di tali servizi avvenga (ovvero sia avvenuto) tramite una procedura ad evidenza pubblica.

Si conclude la disamina dell'articolo del Testo unico riguardante il vincolo di scopo e di attività precisando che siffatte norme si applicano, come già anticipato, non solo in sede di acquisto di partecipazioni e di costituzione di nuove partecipate, ma anche in sede di razionalizzazione periodica delle partecipazioni, fungendo da parametri fondamentali per individuare le partecipazioni da dismettere, anche se si avrà modo di vedere nel prossimo capitolo che il rispetto del vincolo di scopo e di attività non garantisce il mantenimento della partecipazione in mano pubblica.

## **1.6 Costituzione delle società a partecipazione pubblica: l'atto deliberativo e l'atto costitutivo**

Onde evitare che non venga rispettato il vincolo di scopo e il vincolo di attività, il Testo unico, in tema di costituzione delle società partecipate da pubbliche amministrazioni, prevede un procedimento caratterizzato dalla compresenza di regole privatistiche e pubblicistiche che devono essere rispettate per far sì che la società sia legittimata ad agire per la realizzazione di scopi pubblicistici<sup>28</sup>.

Innanzitutto, prima di esaminare il procedimento di costituzione di una società partecipata, bisogna affrontare una problematica che ha creato un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Negli anni, infatti, uno dei nodi che hanno dovuto sciogliere gli interpreti è quello relativo alla natura giuridica delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento alla questione della possibile alterazione della struttura societaria a causa della partecipazione al capitale sociale di un ente pubblico, dando vita ad una fattispecie societaria di diritto speciale.

Per ragioni espositive non si riportano le differenti posizioni, ma solo quella accolta dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza prevalente: le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni sono società di diritto comune e, dunque, non danno vita ad un "tipo" di società di diritto speciale.

---

<sup>28</sup> In questi termini Sabato Ambrosio V., *Costituzione e statuti delle società pubbliche: tra autonomia privata e tutela dell'interesse pubblico*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 3, 1° giugno 2020, pag. 441

Infatti, è stato rilevato che si potrebbe parlare di società di diritto speciale solo se una disposizione legislativa introducesse deroghe alle statuizioni del codice civile nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 del codice civile, il che comporterebbe l'identificazione del "nuovo tipo" di diritto speciale<sup>29</sup>.

Dunque, l'ente pubblico è legittimato a partecipare ad una società solo se la causa lucrativa sia compatibile con il proprio interesse che è diverso da quello della società, la quale ha comunque natura privatistica a nulla rilevando la partecipazione pubblica al capitale sociale.

Siffatta impostazione la si può evincere, nel Testo unico, dal rinvio generale alla disciplina di diritto comune operato dall'art. 1, comma 3, ed è proprio in virtù di tale rinvio che si può concludere che le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni nascono da un atto di natura negoziale – un contratto ovvero un atto unilaterale – che è rigorosamente un atto di natura privata al quale si applicano le regole di ermeneutica contrattuale<sup>30</sup>.

Posto che la società partecipata nasce con un atto di natura negoziale, per giustificare dal punto di vista dell'interesse pubblico la partecipazione di un ente pubblico ad una società di nuova costituzione ovvero ad una società già costituita (in caso di acquisto di partecipazioni) è necessario, ai sensi dell'art. 7, comma 1, del Testo unico, un atto amministrativo mediante il quale la pubblica amministrazione delibera la costituzione della società ovvero l'acquisto di partecipazioni; atto che deve essere pubblicato sui siti istituzionali dell'amministrazione pubblica partecipante (art. 7, comma 4).

Ai sensi del suddetto comma 1, è competente per tale deliberazione:

- a) il Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale provvede con decreto emanato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali;
- b) il competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali;
- c) il consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali;
- d) l'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche.

---

<sup>29</sup> In tal senso si veda Ibba C., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in Ibba C. (a cura di), *Le società pubbliche a tre anni dal Testo unico*, Roma, Giuffrè Editore, 2019, p. 27; si veda anche Fimmanò F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in Fimmanò F. (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, p. 13.

<sup>30</sup> Si veda ancora Sabato Ambrosio V., *Costituzione e statuti delle società pubbliche: tra autonomia privata e tutela dell'interesse pubblico*, in op. cit.

Una distinzione – quella tra atto deliberativo e atto costitutivo della società (ovvero di acquisto di partecipazioni) – che si riflette anche sulla giurisdizione, in quanto l’atto deliberativo è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, mentre l’atto costitutivo è impugnabile dinanzi al giudice ordinario.

Per quanto riguarda la competenza, secondo quanto stabilito dal comma 4 dell’art. 5 del Testo unico, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; infine, per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi.

Bisogna precisare ancora che l’atto deliberativo, in virtù del rinvio all’art. 5, comma 1, del Testo unico, operato dal comma 2 dell’art. 7, “deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all’art. 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”; motivazione che deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa.

Inoltre, l’atto deliberativo deve dare atto della compatibilità dell’intervento finanziario previsto con le norme dei Trattati europei, con particolare riguardo alle norme relative alla disciplina degli aiuti di Stato alle imprese.

La deliberazione – debitamente motivata – ai sensi del comma 3 dell’art. 5 del Testo unico deve essere inviata, a fini conoscitivi, alla Corte dei conti e all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che potrà esercitare i poteri di cui all’art. 21-bis della legge n. 287/1990<sup>31</sup>.

Quindi, la necessità della motivazione analitica sottolinea come l’azione amministrativa – che in questo caso si esplica attraverso l’emanazione di un atto

---

<sup>31</sup> In virtù dell’art. 21-bis della legge n. 287/1990, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (comma 1); inoltre, ai sensi del comma 2, qualora ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, l’AGCM emette, entro 60 giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate, al quale la pubblica amministrazione in questione deve conformarsi, altrimenti la suddetta Autorità può presentare ricorso tramite l’Avvocatura dello Stato, entro 30 giorni.

deliberativo di costituzione di una società (ovvero di acquisto di partecipazioni) – riproduce il paradigma della procedura ad evidenza pubblica, nell’ambito della quale le ragioni concrete di cura dell’interesse pubblico devono essere rese note attraverso una determinazione preventiva diretta a legittimare, secondo lo schema norma-potere-effetto, l’esercizio dell’autonomia privatistica della pubblica amministrazione<sup>32</sup>.

Dalla disciplina in tema di costituzione di una società a partecipazione pubblica contenuta nel Testo unico si evince che quest’ultima costituisce un accordo di diritto pubblico, in virtù del quale all’atto costitutivo e allo statuto societario si giunge attraverso una fattispecie a formazione progressiva nella quale assume ruolo fondamentale la motivazione analitica sottesa all’atto deliberativo che deve dar conto dell’interesse pubblico che si intende tutelare attraverso la costituzione della società; in altre parole, l’atto deliberativo ha la specifica funzione di consentire alla pubblica amministrazione di provvedere a soddisfare esigenze pubblicistiche attraverso uno strumento tipico dell’autonomia negoziale (facoltà concessa dall’art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990), con la condizione che le motivazioni pratiche di cura dell’interesse pubblico si consolidino in una determinazione a contrarre resa all’esito di un procedimento amministrativo.

Nel caso in cui manchi l’atto deliberativo ovvero sopravvenga una dichiarazione di nullità o annullamento del medesimo, sorge l’obbligo di liquidazione della partecipazione sociale secondo i criteri e le regole di cui agli artt. 2437-ter e 2437-quater del codice civile, in virtù del combinato disposto degli artt. 24, comma 5, e 7, comma 6, del Testo unico; quindi, la mancanza o l’invalidità dell’atto deliberativo determinano lo scioglimento *ex lege* del rapporto sociale<sup>33</sup>.

### **1.7 L’individuazione del soggetto che esercita i diritti sociali annessi ad una partecipazione pubblica**

Chi esercita i diritti sociali connessi ad una partecipazione pubblica?

È una domanda di importanza non trascurabile nell’ottica della razionalizzazione annuale delle partecipazioni che ci si appresta ad esaminare nel prossimo capitolo, considerando che la risposta non è immediata.

---

<sup>32</sup> In questi termini Sabato Ambrosio V., *Costituzione e statuti delle società pubbliche: tra autonomia privata e tutela dell’interesse pubblico*, in op. cit.

<sup>33</sup> In questi termini Sanna V., *La costituzione delle società a partecipazione pubblica e l’acquisto di partecipazioni in società già costituite*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018, p. 221.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui, all'esito dell'analisi delle partecipazioni, la pubblica amministrazione rilevi la necessità di dismettere una partecipazione, avendo riscontrato uno o più criticità di cui al comma 2 dell'art. 20, e di conseguenza intenda cedere la partecipazione, ovvero intenda esercitare il diritto di recesso.

Qual è il soggetto individuato per esercitare i diritti del socio pubblico?

Il legislatore delegato ha ritenuto di dover dedicare un intero articolo all'interno del Testo unico alla gestione delle partecipazioni pubbliche: l'art. 9.

I primi 4 commi dell'articolo individuano il soggetto chiamato ad esercitare i diritti del socio pubblico relativamente alle partecipazioni statali, regionali, degli enti locali e agli "altri casi" di partecipazioni pubbliche.

Per quanto riguarda le partecipazioni statali, il comma 1 dell'art. 9, ha stabilito che i diritti del socio siano esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri ministri competenti per materia.

Una disposizione – quella di cui al comma 1 – che ha fatto nascere un dibattito dottrinale<sup>34</sup> e giurisprudenziale<sup>35</sup> in quanto costituisce un evidente deroga al diritto societario in cui la titolarità della partecipazione attribuisce l'esercizio dei diritti sociali.

Il comma 2 dell'art. 9, invece, riguarda la gestione delle partecipazioni regionali e dispone che i relativi diritti sono esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni.

Una prima stesura della norma aveva individuato nel Presidente della regione (salvo diversa disposizione regionale) il soggetto a cui erano attribuiti i diritti di socio: una previsione da subito sembrata di sospetta incostituzionalità per violazione degli artt. 117 e 4 della Costituzione, in quanto vi sarebbe stata un'ingerenza statale in una materia – l'organizzazione amministrativa – di competenza legislativa esclusiva regionale.

Per questo motivo, su suggerimento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome<sup>36</sup> e dei Giudici di Palazzo Spada<sup>37</sup>, è stato corretto il potenziale infortunio,

---

<sup>34</sup> Si veda Abriani N. – Della Rocca S., *La gestione delle partecipazioni pubbliche*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018, p. 237.

<sup>35</sup> Il Consiglio di Stato ha sottolineato l'eccezionalità e l'ammissibilità della deroga per l'unicità dell'Amministrazione dello Stato; Cons. St., sentenza 11 gennaio 2013, n. 122.

<sup>36</sup> Osservazioni della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome rese sullo schema di decreto legislativo in data 14 aprile 2016.

<sup>37</sup> Cons. St., Adunanza della Commissione Speciale n. 698 del 21 aprile 2016.

rimettendo l'individuazione del soggetto incaricato di esercitare i diritti sociali annessi ad una partecipazione regionale alla regione medesima.

Per quanto riguarda le partecipazioni degli enti locali, il legislatore statale ha individuato al comma 3 il soggetto che ne esercita i relativi diritti sociali nel sindaco e nel presidente (ovvero un loro delegato).

L'individuazione ad opera della legislazione statale del soggetto incaricato di esercitare i diritti sociali – come rilevato nella citata dottrina – trova copertura costituzionale dell'art. 117, comma 2, lett. p), Cost., che riserva allo Stato la legislazione in materia di “organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane”, come peraltro ricordato dall'Adunanza della Commissione speciale (n. 698 del 21 aprile 2016).

Il comma 4 dell'art. 9 del Testo unico completa il quadro riferendosi agli “altri casi” in cui i diritti di socio sono di competenza dell'organo amministrativo dell'ente.

## **2. LA REVISIONE STRAORDINARIA E LA RAZIONALIZZAZIONE PERIODICA DELLE PARTECIPAZIONI**

SOMMARIO: 2.1 Gli interventi legislativi in materia di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche anteriori al TUSP – 2.2 Il piano di razionalizzazione disciplinato dalla Legge di Stabilità del 2015 – 2.3 La disciplina del TUSP in subiecta materia: la duplicazione dell’attività di razionalizzazione – 2.4 Gli obblighi di ricognizione e dismissione delle partecipazioni non consentite in sede di revisione straordinaria delle partecipazioni dopo l’entrata in vigore del TUSP: l’art. 24 – 2.4.1 (segue) I provvedimenti da adottare in esito alla ricognizione e le conseguenze in caso di mancata adozione degli stessi – 2.5 Razionalizzazione periodica delle partecipazioni – 2.6 La cancellazione d’ufficio delle società a controllo pubblico inerti

### **2.1 Gli interventi legislativi in materia di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche anteriori al TUSP**

Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni sono società formalmente private che presentano una partecipazione da parte di amministrazioni pubbliche al loro capitale sociale.

Queste ultime, infatti, possono partecipare a società di capitali sia per lo svolgimento dell’attività loro peculiare, ossia per lo svolgimento delle funzioni amministrative, sia per lo svolgimento dell’attività tipica delle società, cioè l’impresa.

Vi sono poi attività che intersecano i due mondi come ad esempio le attività strumentali allo svolgimento di funzioni amministrative e i servizi pubblici di rilevanza economica.

Nell’introduzione e nel capitolo I si è detto che le società pubbliche sono storicamente oggetto di un “moto pendolare” tra disciplina pubblicistica e disciplina privatistica<sup>38</sup>.

In dottrina<sup>39</sup> viene rappresentato il rapporto tra pubblico potere e modello societario come “una storia di snaturamenti, deroghe, abusi e inseguimenti”:

- gli snaturamenti sono stati necessari per poter trasportare il modello societario dal campo pubblicistico a quello privatistico per poi tornare nella sfera pubblica; tale

---

<sup>38</sup> Per approfondire sul tema vedi Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l’innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017; Mattarella B.G., *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018.

<sup>39</sup> Vedi nota 1

modello, infatti, è nato nel diritto pubblico per derogare le norme applicabili ai rapporti tra privati, quindi come “particolare modo di svolgimento di determinate imprese”, è stato successivamente assorbito dal diritto privato, divenendo quasi il modello “standard” per organizzare un’impresa, per poi tornare nuovamente nella sfera pubblicistica “per consentire alle pubbliche amministrazioni di fare ciò che normalmente le pubbliche amministrazioni non possono fare”, ossia svolgere attività d’impresa e gestire risorse umane e finanziarie senza vincoli pubblicistici;

- le deroghe, invece, sono servite proprio per consentire i suddetti oscillamenti, in quanto era necessario derogare prima a principi privatistici (responsabilità illimitata), poi a principi pubblicistici (assunzione per concorso);

- abusi, poiché, a causa delle deroghe, le società hanno talvolta esercitato in modo arbitrario poteri pubblicistici e gestito in modo altrettanto arbitrario le risorse pubbliche;

- inseguimenti, perché – come descritto dalla citata dottrina attraverso una similitudine quanto mai pertinente – “come in un gioco di guardie e ladri, le regole pubblicistiche tendono sempre a inseguire i poteri pubblicistici e le risorse pubbliche”. Proprio questi continui inseguimenti sono la causa degli interventi normativi degli ultimi due decenni che hanno progressivamente mostrato disfavore verso il modello societario introducendo vincoli e limiti sostanziali (tipi di società in cui è ammessa la partecipazione ovvero la costituzione) e formali (necessità di delibera di autorizzazione dell’organo competente), e determinando obblighi di dismissione delle partecipazioni per le amministrazioni (sino ad arrivare alla razionalizzazione delle partecipazioni come intesa dal d.lgs. n. 175/2016), permettendo la “riconquista” (almeno parziale) della materia da parte del diritto pubblico.

Per comprendere compiutamente il significato odierno della razionalizzazione negli artt. 20 e 24 del d.lgs. n. 175/2016 è necessario soffermarsi preliminarmente sugli orientamenti legislativi precedenti al Testo unico che occasionalmente hanno ammesso ovvero limitato l’impiego dello strumento societario per le pubbliche amministrazioni. Prima degli interventi legislativi che si andranno ad esaminare, bisogna precisare che l’assenza di limitazioni espresse e rigorose alla possibilità, per le pubbliche amministrazioni, di acquisire o mantenere quote in società di capitali, da esse costituite o partecipate, aveva innescato una serie di investimenti sfrenati, con evidenti ripercussioni sulla finanza pubblica.

L'abuso di formule privatistiche aveva determinato, inoltre, la presenza di soggetti pubblici in ambiti estranei alle competenze istituzionali degli enti detentori delle partecipazioni: in poche parole, le pubbliche amministrazioni esplicavano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò fosse imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, abusando della posizione di vantaggio per aggiudicarsi la gestione dei servizi, con evidenti ripercussioni sulla concorrenza e sul mercato.

Non solo, ma tali società erano per lo più inefficienti, sistematicamente in perdita, e crescevano sempre di più, fino ad arrivare alle (quasi) ottomila censite dal MEF: un numero sproporzionato rispetto alle effettive esigenze; un numero divenuto oggetto del celebre *slogan* del commissario straordinario alla *spending review*, Carlo Cottarelli.

Quanto costavano effettivamente tali inefficienze delle partecipate ai contribuenti?<sup>40</sup> È una domanda alla quale, secondo il commissario Cottarelli, era difficile dare risposta precisa, considerando che non tutte le pubbliche amministrazioni rispondevano al censimento (soprattutto gli enti locali) e che vi era il problema delle cd. “scatole cinesi”, ossia le partecipate indirette di secondo o addirittura di terzo grado.

Troppe, inefficienti ed eterogenee, le partecipate “costavano” almeno 1 miliardo ai contribuenti (tenendo conto dei bilanci delle partecipate censite dal MEF): era necessario intervenire almeno per “chiudere il rubinetto, se non si riesce a svuotare la vasca”, dunque evitare la creazione di nuove partecipate, o meglio, sottoporla ad una regolamentazione, eliminare quelle inefficienti (ad esempio le cd. “scatole vuote”, ossia partecipate senza dipendenti o con numero di essi inferiore a quello degli amministratori; quelle sistematicamente in perdita; quelle non combacianti con le finalità istituzionali dell'ente socio) nel perseguimento dell'auspicato obiettivo fissato al commissario Cottarelli di riduzione delle stesse “da 8000 a 1000”.

Disciplinare il fenomeno delle società a partecipazione pubblica era dunque necessario per prevenire e reprimere gli abusi, ma disposizioni incoerenti, dettate da logiche contingenti ed incostanti, spesso inserite in leggi di stabilità hanno creato ulteriore confusione intorno alla materia.

La prima norma che oggetto di esame è la legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008).

---

<sup>40</sup> Cottarelli C., *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare.*, Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2015.

L'art. 3, commi da 27 a 33, della legge n. 244/2007 ha posto una disciplina che vincola le amministrazioni sia dal punto di vista formale che dal punto di vista sostanziale per quanto riguarda la costituzione di nuove società e il mantenimento delle partecipazioni in società già precedentemente costituite<sup>41</sup>.

Il comma 27 dell'art. 3 stabilisce che “al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.”

La norma ammette un'eccezione per le società che producono servizi di interesse generale purché l'assunzione di partecipazioni ovvero la costituzione di dette società da parte delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 avvenga nel rispetto dei livelli di competenza.

Alla suddetta eccezione è stata successivamente aggiunta quella della partecipazione in società “che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale”<sup>42</sup>.

La *ratio* del comma 27 dell'art. 3 è dunque quella di creare una stretta correlazione tra utilizzo dello strumento societario e, da un lato, le finalità perseguite dall'ente pubblico e dall'altro, l'inerenza della partecipazione allo svolgimento di attività di competenza dell'ente medesimo.

Praticamente il divieto riguardava le cd. società strumentali, essendo sempre ammessa la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producevano servizi di interesse generale, purché era rispettato l'obbligo motivazionale<sup>43</sup>.

Dunque, se l'attività riguardava la produzione di beni e servizi “non strettamente necessari” per le finalità istituzionali dell'ente, la partecipazione era interdetta e vi era l'obbligo per l'ente di alienarla a terzi attraverso una procedura ad evidenza pubblica; se, invece, si trattava di una società avente ad oggetto la produzione di servizi di interesse generale o funzioni committenza (dunque le già richiamate eccezioni), la

---

<sup>41</sup> Pettinari C., *I piani di razionalizzazione*, in *Le società pubbliche nel testo unico*, a cura di Cerioni F., Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. 427.

<sup>42</sup> Si veda a tal proposito l'art. 18, comma 4-octies, del d.l. n. 185/2008, convertito con modificazioni dalla legge n.2/2009.

<sup>43</sup> Roma G., *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. speciale 6/2018.

partecipazione era ex lege consentita, purché nell'ambito della competenza dell'ente partecipante<sup>44</sup>.

Secondo alcuni autori, l'introduzione di un vincolo di scopo per quanto riguarda le società a partecipazione pubblica “dava rilievo al troppo spesso dimenticato (quando non addirittura negato) principio della funzionalizzazione nell'azione societaria degli enti pubblici” e dunque poneva “un chiaro limite all'esercizio dell'attività d'impresa dell'amministrazione rappresentata dalla funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico”<sup>45</sup>.

Vincolo che, secondo la Corte Costituzionale, perseguiva il duplice obiettivo di rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici e di evitare lo svolgimento della seconda attraverso privilegi tipici di una pubblica amministrazione, dunque in violazione delle regole sulla concorrenza<sup>46</sup>.

Dal punto di vista formale, il comma 28 dell'articolo in esame prevedeva che la decisione di acquistare partecipazioni o di mantenere quelle detenute avvenisse mediante una delibera di autorizzazione rilasciata dall'organo competente.

Delibera che doveva essere congruamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti sostanziali di cui al precedente comma e veniva trasmessa alla Sezione competente della Corte dei conti ai fini dell'esame e della pronuncia su tali atti.

Tale tipo di controllo, richiamato anche successivamente dal comma 612 dell'art. 1 della legge n. 190/2014 e dagli artt. 20 e 24 del d.lgs. n. 175/2016, rientrava – e tutt'oggi rientra – nell'ambito dei controlli di legalità finanziaria<sup>47</sup>, ossia del rispetto da parte dell'ente della norma di legge che ne conforma l'operato nella prospettiva dell'impiego delle risorse pubbliche.

Dunque, accertata una violazione di legge, oltre a configurarsi procedure di autocorrezione ad opera dell'amministrazione, “scattavano” i rimedi generali previsti dall'ordinamento per tale violazione, anche nella prospettiva soggettiva della responsabilità erariale del soggetto agente; inoltre, deve ritenersi che, come sottolineato dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia<sup>48</sup>, pur in assenza di

---

<sup>44</sup> Ibidem, Pettinari C.

<sup>45</sup> Dugato M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, n. 8-9, p. 857.

<sup>46</sup> Corte Cost., sent. n. 148/2009, su giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi da 27 a 32, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, promosso dalla Regione Veneto.

<sup>47</sup> Ibidem, Pettinari C.

<sup>48</sup> Deliberazioni nn. 488, 503, 519, 520 e 521, del 2011.

un termine perentorio, la trasmissione degli atti al Giudice contabile doveva obbligatoriamente essere celere, senza ritardo.

La legge finanziaria 2008 aveva poi concesso diciotto mesi (dalla sua entrata in vigore) alle pubbliche amministrazioni per cedere, attraverso procedure ad evidenza pubblica, le partecipazioni ritenute “non strettamente necessarie”, dunque vietate (art. 3, comma 29).

Possiamo concludere la disamina riguardante l’art. 3, commi 27-33, della legge n. 244/2007 precisando in definitiva come la scelta circa l’assunzione o il mantenimento di una partecipazione societaria ad opera di un’amministrazione pubblica doveva essere innanzitutto debitamente motivata, alla luce dei principi di economicità, efficacia ed efficienza; la motivazione doveva far riferimento anche alla situazione economica e patrimoniale delle società, atteso che questa costituisce il presupposto di fatto necessario della valutazione di efficacia ed economicità, in ottica del rispetto del principio costituzionale di buon andamento dell’azione amministrativa (art. 97 della Costituzione), rafforzato oggi (grazie alla legge cost. n. 1/2012), nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall’introduzione dell’obbligo di equilibrio di bilancio per tutte le amministrazioni pubbliche.

In secundis, la scelta doveva tenere in considerazione “l’attitudine della società ad improntare effettivamente la propria attività al criterio economico, attesa l’incompatibilità sussistente tra ricorso allo strumento societario e risultati economici sistematicamente negativi”<sup>49</sup>.

Tuttavia, si deve segnalare che:

- nonostante l’obbligo motivazionale riguardante la strumentalità della partecipazione rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali, non vi erano meccanismi idonei a garantirne il rispetto;
  - il termine fissato per l’alienazione delle partecipazioni era inizialmente di diciotto mesi ed è stato più volte prorogato, vanificando l’efficacia delle disposizioni.
- Per entrambi i suddetti motivi le pubbliche amministrazioni non erano incentivate ad avviare il processo di razionalizzazione così descritto dalla norma.

Successivamente alla legge n. 244/2007 è intervenuto il d.l. n. 78/2010 che all’art. 14, comma 32, ha introdotto una serie di restrizioni all’utilizzo dello strumento societario per i comuni di minori dimensioni con l’obiettivo di evitare che operino sul mercato

---

<sup>49</sup> Ibidem, Pettinari C.

società sottodimensionate, prive delle risorse sufficienti per operare in modo autonomo ed efficiente, con conseguente pregiudizio per la finanza pubblica.

A tal uopo, la disposizione in esame ha introdotto un sistema basato su un criterio di dimensione demografica così delineato:

a) I comuni con popolazione inferiore a 30000 abitanti non solo non potevano costituire società ma, entro il 31 dicembre 2013 (termine successivamente prorogato dall'art. 29, comma 11-bis, del d.l. n. 216/2011, convertito con la legge n. 14/2012), dovevano anche mettere in liquidazione le società già costituite ovvero alienarne le partecipazioni ad eccezione dei casi in cui tali società avessero nei tre esercizi precedenti il bilancio in utile, non avessero subito, negli esercizi precedenti, riduzioni di capitale dovute a perdite di bilancio e non avessero subito, sempre nei precedenti esercizi, perdite di bilancio comportanti per il comune l'obbligo di procedere al ripiano delle medesime. Inoltre, le disposizioni di cui al comma 32 non si applicavano "alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30000 abitanti";

b) I comuni con popolazione compresa tra i 30000 e i 50000 abitanti, invece, potevano detenere la partecipazione di un'unica società e dunque entro il 31 dicembre 2013 dovevano mettere in liquidazione le altre società già costituite.

La Corte Costituzionale ha precisato che tale disposizione "presenta i caratteri di una sanzione nei confronti degli enti le cui società partecipate non presentino bilanci in utile negli ultimi tre esercizi o abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, per effetto delle quali il Comune sia stato gravato dall'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime", infatti, sui cd. "enti non virtuosi" incombe l'obbligo di mettere in liquidazione le società già costituite al momento di entrata in vigore del decreto-legge in parola, mentre tale obbligo non sussiste per quanto riguarda gli enti le cui società siano "virtuose"<sup>50</sup>.

Si noti come le due norme esaminate, contenute nelle due leggi finanziarie, colpivano profili differenti, infatti, mentre l'art. 14, comma 32, incideva sul piano numerico ed operativo, l'art. 3, comma 27, incideva sulle finalità e sugli scopi strettamente istituzionali che l'ente era autorizzato a raggiungere attraverso la partecipazione societaria.

---

<sup>50</sup> Per approfondimenti sul tema si veda la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 148 del 2009

Dunque, alla luce del combinato disposto dell'art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 e dell'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, entro i limiti numerici delle partecipazioni che ciascun ente poteva detenere, le stesse avrebbero dovuto in ogni caso essere conformi ai canoni previsti.

Per quanto riguarda le c.d. società strumentali, l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 – rubricato “riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche” – convertito con legge n. 135/2012, ha previsto che per le società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 che avessero conseguito, nell'anno 2011, un fatturato derivante da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% dell'intero fatturato, gli Enti locali procedessero alternativamente: allo scioglimento entro il 31 dicembre del 2013 ovvero all'alienazione delle partecipazioni, detenute alla data di entrata in vigore del decreto, entro il 30 giugno 2013 (con procedure ad evidenza pubblica), ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal gennaio 2014.

Ove l'amministrazione non avesse proceduto secondo quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012, a decorrere dal gennaio 2014 le predette società non solo non avrebbero potuto essere destinatarie di affidamenti diretti di servizi ma non avrebbero nemmeno potuto fruire del rinnovo di affidamenti di cui già fossero titolari (art. 4, comma 2, d.l. n. 95/2012).

Il comma 3 conteneva deroghe al comma 1 precisando che le disposizioni dell'art. 4, ad eccezione del comma 5, “non si applicano alle società che erogano servizi in favore dei cittadini, alle società che svolgono compiti di centrale di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché alle società di cui all'articolo 23-quinquies, commi 7 e 8, del presente decreto, e alle società finanziarie partecipate dalle regioni, ovvero a quelle che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari, individuate, in relazione alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare su proposta del Ministro o dei Ministri aventi poteri di indirizzo e vigilanza, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri”.

Nei successivi periodi, il comma 3 prevedeva ulteriori deroghe stabilendo che le disposizioni di cui al comma 1 non trovassero applicazione qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento, non fosse possibile per l'amministrazione pubblica controllante ricorrere al mercato in modo utile ed efficace.

In tal caso, quindi, l'amministrazione doveva predisporre un'analisi del mercato, entro il termine di cui al comma 1, e trasmettere una relazione contenente gli esiti dell'analisi stessa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'acquisizione di un parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione (con contestuale comunicazione del parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri). Il comma 3-sexies dell'art. 4 precisava inoltre che entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (termine prorogabile con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri), le pubbliche amministrazioni interessate potessero predisporre appositi piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate.

Detti piani dovevano essere approvati previo parere favorevole del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi (istituito con d.l. n. 52/2012) e dovevano individuare le attività che potessero essere riorganizzate e accorpate attraverso società c.d. in house providing, come disciplinate dalla normativa comunitaria in materia.

Successivamente, i commi 550 ss. dell'art. 1 della legge n. 147/2013 hanno notevolmente alterato siffatto sistema normativo, abrogando il comma 32 dell'art. 14 del d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122/2010 e modificando l'art. 4 del d.l. n. 95/2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 135/2012, e introducendo un "meccanismo di stabilizzazione finanziaria per le aziende speciali, le istituzioni e le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196".<sup>51</sup> Tale meccanismo di stabilizzazione finanziaria prevedeva, innanzitutto, che a partire dal 2015, nel caso in cui i predetti soggetti presentavano un risultato d'esercizio o un saldo finanziario negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti dovevano accantonare nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota

---

<sup>51</sup> In tal senso, Pettinari C., in op. cit., p. 434.

di partecipazione; importo accantonato che era reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripianava la perdita di esercizio o dismetteva la partecipazione ovvero nel caso in cui il soggetto partecipato veniva posto in liquidazione (art. 1, comma 551, legge n. 147/2013).

Inoltre, ai sensi del comma 554 dello stesso articolo, a decorrere dall'esercizio 2015, le aziende speciali e le istituzioni titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80% del valore della produzione e partecipate in maggioranza dalle stesse pubbliche amministrazioni locali, se nei tre esercizi precedenti avevano conseguito un risultato economico negativo, dovevano procedere alla riduzione del 30% del compenso dei componenti degli organi di amministrazione, a meno che il risultato economico, benché negativo, era coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante.

Gli stessi soggetti, a decorrere dall'esercizio 2017, in caso di risultati negativi per quattro dei cinque precedenti esercizi, dovevano essere posti in liquidazione entro sei mesi decorrenti dall'approvazione del bilancio o del rendiconto relativo all'ultimo esercizio, ad eccezione delle società che svolgevano servizi pubblici locali.

Il comma 569 prevedeva, inoltre, che "il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'art. 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, (fosse) prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della (stessa) legge, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura ad evidenza pubblica (cessava) ad ogni effetto"; entro i dodici mesi successivi alla cessazione, la società doveva liquidare in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti dal codice civile all'art. 2437-ter, secondo comma<sup>52</sup>.

Si noti come il comma 569 dell'art. 1 della Legge di stabilità 2013 era finalizzato a permettere la cessazione degli effetti della partecipazione non inerente nel caso di assenza di acquirenti, assimilandola, in un certo senso, ad un recesso civilistico almeno per quanto riguarda il diritto di ottenere la liquidazione del valore della quota di proprietà secondo criteri predeterminati dal codice civile; un meccanismo, questo, richiamato dall'art. 24, commi 4 e 5, del Testo unico e che verrà ampiamente analizzato nel prossimo capitolo.

---

<sup>52</sup> Op. cit. Pettinari C., p. 435 in cui l'autore precisa che il comma è stato poi modificato, in punto di termine di proroga, dall'art. 2, comma 1, lett. b, del d.l. 6 marzo 2014, n. 16, convertito dalla legge 2 maggio 2014, n. 68.

## **2.2 Il piano di razionalizzazione disciplinato dalla Legge di Stabilità del 2015**

Un ulteriore *step* per quanto riguarda il restringimento della possibilità di detenere partecipazioni in società da parte di pubbliche amministrazioni è stato fatto con la l. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità per l'anno 2015).

L'art. 1, comma 611, prevede che “fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n.244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015”.

Razionalizzazione delle partecipazioni che prevedeva l'adozione di un piano operativo che, ai fini della dismissione delle partecipazioni, tenesse conto di alcuni criteri operativi ben delineati dalla norma e che in parte riprendevano le disposizioni delle precedenti norme già analizzate:

- a) Eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;
- b) Soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) Eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;
- d) Aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;
- e) 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.

Risultano palesi i richiami (peraltro anche espliciti) ai commi 27 e 28 dell'art. 3 della legge n. 244/2007, in particolare nella lett. a), ma con una differenza terminologica da non sottovalutare.

In particolare, il comma 27 dell'art. 3 della predetta legge fa riferimento a società aventi ad oggetto la produzione di beni e di servizi “non strettamente necessarie” per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente; diversamente, l'art. 1, comma 611, lett. a), fa riferimento al concetto dell'”indispensabilità” per il perseguimento della *mission* istituzionale.

Sulla differenza sostanziale tra le due disposizioni si è espressa la Corte dei conti riscontrando, innanzitutto, che la norma del 2007 si riferisce alle partecipazioni dirette, mentre quella del 2014 coinvolge anche quelle indirette.

Il Giudice contabile precisa altresì che, mentre la legge n. 244, prevedendo il divieto di mantenere società non coerenti con le finalità istituzionali dell'ente, ha sancito un principio di funzionalizzazione, il legislatore del 2014 va oltre, imponendo la dismissione di quelle società che, pur coerenti con i fini istituzionali dell'ente, non sono indispensabili al loro perseguimento<sup>53</sup>.

L'indispensabilità, dunque, fa riferimento all'utilizzo dello strumento societario rispetto ad altre differenti forme organizzative, o addirittura alla scelta di fondo tra internalizzazione ed esternalizzazione, o ancora all'indispensabilità dell'attività svolta dalla partecipata rispetto al conseguimento dei fini istituzionali.

Il requisito della particolare rilevanza ed attinenza con le finalità istituzionali regna comunque in entrambe le norme in esame, dunque l'investimento di una pubblica amministrazione in un organismo societario doveva – e deve tutt'oggi – garantire una stretta connessione tra oggetto sociale e fini istituzionali dell'ente pubblico partecipante, con la differenza che mentre la legge del 2007 consentiva, senza limiti, la costituzione o l'affiliazione societaria per svolgere servizi di interesse generale, la legge del 2014 e, ancor di più, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, non la consentono *de plano*.

Il successivo comma 612 ha previsto che il piano di razionalizzazione (con indicazione delle modalità e dei tempi di attuazione), definito e approvato dagli organi di vertice delle amministrazioni considerate, doveva essere trasmesso alla competente Sezione

---

<sup>53</sup> Per approfondimenti sulla differenza tra la portata della norma del 2007 e quella del 2014 vedi Corte dei conti, Deliberazione n. 5/2016/SRCPIE/PAR

regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato sul sito internet dell'amministrazione interessata secondo le modalità previste dal d.lgs. n. 33/2013.

Nel piano dovevano essere indicate le modalità e i tempi di attuazione del piano stesso, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire; inoltre i predetti organi di vertice delle amministrazioni dovevano, entro il 31 marzo 2016, predisporre una relazione sui risultati conseguiti, da trasmettere con le medesime forme.

Secondo la Corte dei conti<sup>54</sup>, è evidente come il legislatore abbia "intestato alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una specifica funzione, da un lato, di verifica della conformità della costituzione o dell'adesione ad una società al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio (art. 3, comma 28, della legge n. 244 del 2007) e, dall'altro, di esame dei processi di razionalizzazione delle società partecipate, sia in fase di predisposizione dei relativi piani che di esame dei risultati conseguiti"; tale verifica, precisa il giudice contabile, "non si traduce in un'attività invasiva dell'autonomia delle amministrazioni ma è diretta, nell'interesse di queste ultime e della comunità amministrata, a rappresentare agli organi di governo le irregolarità riscontrate, in modo che gli stessi possano promuovere eventuali misure correttive".

È, dunque, un controllo al servizio di successivi processi di autocorrezione degli enti interessati al controllo stesso, nonché, funzionale all'accertamento di possibili fattispecie di illegalità finanziaria, prodromiche all'eventuale contestazione della responsabilità erariale, secondo i principi generali dell'ordinamento<sup>55</sup>.

### **2.3 La disciplina del TUSP in *subiecta* materia: la "duplicazione" dell'attività di razionalizzazione**

Ricostruire il percorso legislativo previgente rispetto all'emanazione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica è utile per evidenziare come, in realtà, le previsioni contenute in quest'ultimo siano intervenute a riordinare e modificare un quadro normativo che, seppur in modo frammentato, aveva già verificato l'efficienza degli istituti in esso previsti (per lo meno di una maggioranza di essi).

---

<sup>54</sup> Vedi tra le varie deliberazioni, *Indirizzi operativi per la razionalizzazione delle partecipazioni societarie*, Sezione regionale di controllo per la Lombardia 9 febbraio 2017, n. 21.

<sup>55</sup> Op. cit. Pettinari C., p. 439.

Tuttavia, in ottica del riordino normativo auspicato, era necessario colmare alcuni vuoti e risolvere delle antinomie che erano evidenti nel momento in cui le disposizioni venivano raccolte<sup>56</sup>.

Tali obiettivi erano ricercati dalla stessa legge delega che imponeva al legislatore delegato un “coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti”, la “risoluzione delle antinomie” e “l’aggiornamento delle procedure”, oltre che l’adeguamento della disciplina a principi e criteri innovativi ispirati alla chiarezza, all’eliminazione delle sovrapposizioni e soprattutto all’efficienza, alla trasparenza, all’efficacia dei controlli e alla riduzione del numero delle partecipazioni.

La riduzione del numero delle partecipazioni era, quindi, uno degli obiettivi della legge delega insieme al riordino normativo e alla definizione dei confini tra pubblico e privato: si può dire che era l’obiettivo per dare una risposta agli abusi del modello societario da parte delle pubbliche amministrazioni.

Alle disfunzioni di alcune società partecipate da pubbliche amministrazioni si è cercato di rimediare prima con le disposizioni esaminate nel paragrafo precedente che, come abbiamo visto avevano verificato l’efficienza di alcuni istituti, ma a seguito delle continue modifiche del quadro normativo le suddette si sono rivelate inefficienti.

Il numero spropositato e quanto mai incerto di società partecipate nel panorama italiano ha fatto emergere la repressibile “strategia” delle amministrazioni locali: utilizzare lo strumento societario “per sfuggire alle discipline pubblicistiche che regolano l’uso di risorse pubbliche e che consentono il controllo su di esso; e, quindi, per gestire risorse finanziarie al di fuori di quelle regole e di quel controllo, spesso senza realmente ed efficacemente perseguire interessi generali”.

La legge 124 del 2015 menzionava tra i principi e i criteri direttivi generali la “razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità” e tra quelli specificamente riferiti alle partecipazioni degli enti locali la “riduzione dell’entità e del numero delle partecipazioni e l’incentivazione dei processi di aggregazione”.

Nel paragrafo precedente abbiamo visto come già la legge di stabilità per il 2015 (legge n. 190/2014) aveva previsto l’obbligo per le pubbliche amministrazioni di predisporre piani di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o

---

<sup>56</sup> Op cit. Mattarella B.G, *Burocrazia e riforme: l’innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017.

indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015.

Anche per quanto riguarda la disposizione contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, riguardante l'onere motivazionale in merito alla costituzione di una società o all'acquisto di una partecipazione da parte di una pubblica amministrazione, può farsi un discorso analogo, discendendo dall'art. 3, comma 28, della legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008).

Stesso dicasi per quanto riguarda la sterilizzazione dei diritti sociali in caso di mancata alienazione della partecipazione entro il termine fissato dal comma 29 dell'art. 3 della legge n. 244/2007 (prorogato di dodici mesi), prevista dall'art. 1, comma 569, della legge n. 147/2013.

Visti i richiami alle disposizioni contenute in leggi precedenti, oltre che a pronunce della giurisprudenza amministrativo-contabile, come accennato ampiamente all'interno di questo capitolo, non possiamo considerare il testo unico come uno *ius novum*; piuttosto, come precisato in dottrina, va considerato “quale frutto di un'azione di consolidazione delle previsioni previgenti”<sup>57</sup>.

Del resto, è la stessa Legge n. 124 del 2015 che richiede al legislatore delegato una “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”, ai fini prioritari di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e la promozione della concorrenza nonché di razionalizzare e ridurre le partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

Il fatto che la delega non sia meramente compilativa lo si evince dalle novità che comunque ha portato con sé l'adozione del nuovo Testo unico.

Ad esempio, nel capitolo precedente è stato precisato che per quanto riguarda le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, il TUSP chiarisce che “le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità

---

<sup>57</sup> Si veda Pettinari C., *I piani di razionalizzazione*, in *Le società pubbliche nel testo unico*, a cura di Cerioni F., Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. 440.

istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società” (art. 4, comma 1, d. lgs. n.175/2016).

Non solo, è stato anche chiarito come la grande innovazione del TUSP per quanto riguarda le finalità perseguibili dall’ente pubblico attraverso l’acquisizione e la gestione di partecipazioni societarie, è data dal secondo comma dell’art. 4 che, all’interno dell’area circoscritta dal primo comma, delinea le attività che possono svolgere tali società, recando intrinsecamente una valutazione di massima positiva già operata a livello legislativo per quanto riguarda l’ammissibilità di una società che svolge una delle attività indicate dalla disposizione di cui al suddetto comma 2.

Pronunce della giurisprudenza contabile sono richiamate dal Testo unico anche per quanto riguarda l’onere di motivazione analitica, laddove all’art. 5 è stabilito che questa è necessaria “ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l’acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumenti di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative” (deliberazioni della Sezione controllo per la Lombardia nn. 26, 79, 87, 140/2016/VSG).

L’innovazione portata dal Testo unico, in questo caso, si rinviene nella circostanza che la previsione legislativa richiamata in astratto dall’art. 5 del TUSP, compie preventivamente la valutazione circa la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente, di cui all’art. 4, e la valutazione circa la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria dell’operazione, nonché circa l’opportunità di gestione diretta o esternalizzata del servizio e la compatibilità con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa (come peraltro sottolineato da numerose amministrazioni all’interno dei piani di razionalizzazione per esonerarsi dall’obbligo di motivazione analitica di cui all’art. 5). Tuttavia, la vera novità del decreto legislativo n. 175 del 2016 è rappresentata dalla duplicazione dell’attività di razionalizzazione<sup>58</sup> delle partecipazioni societarie.

Il Testo unico, infatti, prevede un piano di revisione straordinaria delle partecipazioni, da effettuare *una tantum* ed entro il 30 settembre 2017, per quanto riguarda le partecipazioni possedute alla data di entrata in vigore del decreto, individuando quelle che devono essere alienate e un piano ordinario di razionalizzazione da adottare ogni anno.

---

<sup>58</sup> Op. cit. Pettinari C.

Con la previsione dei due piani, disciplinati rispettivamente dagli artt. 24 e 20 del Testo unico, il legislatore delegato ha inteso cristallizzare la situazione delle partecipazioni delle pubbliche amministrazioni attraverso l'adozione del piano straordinario – che per le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 611, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, si pone come aggiornamento del piano operativo di razionalizzazione previsto dal comma 612 del medesimo articolo – per avviare successivamente la razionalizzazione con cadenza annuale sulla situazione definita dall'attuazione dei piani straordinari di ogni amministrazione.

A questo punto, per completare la disamina delle norme che disciplinano i piani di razionalizzazione, i criteri adottati per la valutazione sulle singole partecipazioni e dunque i contenuti dei piani e dei documenti allegati, dopo aver esaminato gli antecedenti normativi che hanno condotto alla disciplina di cui agli artt. 24 e 20 del TUSP, non resta che analizzare tale disciplina come prevista oggi dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

#### **2.4 Gli obblighi di ricognizione e dismissione delle partecipazioni non consentite in sede di revisione straordinaria delle partecipazioni dopo l'entrata in vigore del TUSP: l'art. 24**

Come precisato a più riprese, la legge n. 124/2015, nel capo IV contiene la delega per l'adozione da parte del Governo di decreti legislativi volti alla semplificazione normativa.

I principi da rispettare nell'esercizio della delega per quanto riguarda la materia delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche risultano dal combinato disposto dell'art. 16, comma 2, e dell'art. 18.

In particolare, ai sensi del suddetto comma 2, il Governo doveva elaborare un testo unico delle disposizioni vigenti in ciascuna delle materie oggetto di delega “apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo”, risolvendo le antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline che regolano le varie materie, indicando esplicitamente le norme abrogate, aggiornando le procedure attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione a disposizione, anche nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa.

L'art. 18 della legge delega, invece, aveva ad oggetto specifico il “riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche” ed indicava fra gli obiettivi da perseguire “la razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità...” attraverso la fissazione “delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l’assunzione o 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” e ciò sia per le partecipazioni future sia per le partecipazioni pubbliche già in essere (art. 18, comma 1, lett. b).

Dalla lettura del decreto legislativo n. 175 del 2016 emanato in attuazione della delega conferita dal Parlamento al Governo si evince come il legislatore delegato abbia recepito la delega seguendo due percorsi<sup>59</sup>: da un lato, ha stabilito, attraverso l’adozione di regole imperative, le condizioni sostanziali legittimanti l’acquisizione e il mantenimento di partecipazioni pubbliche (la cd. “buona ragione”<sup>60</sup>), dall’altro, ha disciplinato le procedure che mirano alla razionalizzazione delle partecipazioni stesse. I due percorsi seguiti dal legislatore nel recepire la delega si intersecano, nel senso che le disposizioni che delineano il procedimento di revisione straordinaria e di razionalizzazione periodica “sono finalizzate all’alienazione anche, ma non solo, delle partecipazioni che non rientrano nel perimetro di quelle consentite, tracciato dal primo gruppo di disposizioni, in quanto sono prive di uno dei presupposti di ammissibilità stabiliti dal T.U.”<sup>61</sup>

Abbiamo già analizzato il primo gruppo di norme nel capitolo I, sicché, in questa sede, analizzeremo le norme che disciplinano le procedure che mirano alla razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche, le quali richiamano a loro volta le norme sostanziali che legittimano l’acquisizione e il mantenimento.

---

<sup>59</sup> Sul punto Marasà G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Rivista delle società*, fasc. 4, 1° agosto 2017, p. 795.

<sup>60</sup> In tal senso, Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l’innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017; l’autore sostiene che la struttura logica del TUSP può essere descritta in termini di premesse, ovvero condizioni alle quali si giustifica per una pubblica amministrazione l’assunzione o il mantenimento di una partecipazione societaria, e conseguenze che invece attengono alla condotta degli azionisti pubblici e al regime giuridico delle società partecipate. Premesse per l’assunzione o il mantenimento delle partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni sono una “buona ragione” e una “decisione meditata” (condizione sostanziale e condizione procedurale).

<sup>61</sup> Op. cit. Marasà G.

L'art. 24 del Testo unico delle società partecipate, nel suo testo originario, stabiliva che le amministrazioni pubbliche erano tenute ad effettuare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (23 settembre 2016), la ricognizione delle partecipazioni detenute direttamente o indirettamente.

Successivamente, l'art. 15 del d.lgs. n. 100/2017 (decreto correttivo intervenuto a seguito della sentenza della Corte Costituzionale, n. 251, del 2016) ha prorogato il termine di sei mesi inizialmente previsto per il suddetto adempimento, fissandolo nel 30 settembre 2017.

Tale operazione di natura straordinaria, come evidenziato nelle linee di indirizzo per la revisione straordinaria emanate dalla Corte dei conti<sup>62</sup>, costituiva la base per la revisione periodica delle partecipazioni pubbliche disciplinata dall'art. 20 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, nonché un aggiornamento del piano operativo di razionalizzazione già adottato ai sensi dell'art. 1, comma 612, della l. n. 190/2014, come peraltro precisato dal comma 2 dell'art. 24 del Testo unico.

È doveroso precisare che l'obbligo di provvedere alla revisione straordinaria non ha fatto assolutamente venir meno gli obblighi di cui alla legge n. 190/2014, in particolare l'obbligo previsto dal comma 612 dell'art. 1 di predisporre, entro il 31 marzo 2016, una relazione sui risultati conseguiti, da trasmettere alla competente Sezione regionale della Corte dei conti e da pubblicare sul sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata.

Veniamo ai passaggi procedurali che caratterizzano il processo di revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche previsti dal combinato disposto degli artt. 24, 20 e 5 del testo unico.

Il piano di revisione straordinaria delle partecipazioni dirette e indirette (così come quello di razionalizzazione periodica) prendeva le mosse da uno "stato dell'arte": un provvedimento di ricognizione debitamente motivato che doveva precisare quali, tra le partecipazioni possedute, l'amministrazione intendeva alienare<sup>63</sup>.

In sede di revisione straordinaria, i criteri delineati dal Testo unico all'art. 24 cui doveva attenersi ogni pubblica amministrazione nelle suddette valutazioni erano i seguenti.

---

<sup>62</sup> Per approfondimenti sul punto si veda la Deliberazione n. 19/SEZAUT/2017/INPR

<sup>63</sup> Roma G., *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. speciale 6/2018.

Innanzitutto, bisognava predisporre un piano di riassetto per la razionalizzazione, fusione o soppressione delle partecipazioni, anche mediante messa in liquidazione o cessione delle stesse, se esse afferivano a società non riconducibili ad alcune delle categorie di cui all'art. 4 del Testo unico<sup>64</sup>.

---

64

Art. 4 T.U.S.P.:

1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;

e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.

3. Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato.

4. Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti.

5. Fatte salve le diverse previsioni di legge regionali adottate nell'esercizio della potestà legislativa in materia di organizzazione amministrativa, è fatto divieto alle società di cui al comma 2, lettera d), controllate da enti locali, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società. Il divieto non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali, salvo il rispetto degli obblighi previsti in materia di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti.

6. È fatta salva la possibilità di costituire società o enti in attuazione dell'articolo 34 del regolamento (CE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 e dell'articolo 61 del regolamento (CE) n. 508 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio 15 maggio 2014.

7. Sono altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili.

8. È fatta salva la possibilità di costituire, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari previste dall'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca. È inoltre fatta salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche.

9-bis. Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lettera a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi,

Inoltre, era necessario predisporre i summenzionati piani di riassetto, altresì nel caso in cui le partecipazioni che non soddisfacevano i requisiti di cui all'art. 5, commi 1 e 2, del Testo unico<sup>65</sup>.

In particolare, il fatto che l'art. 24 richiami l'art. 5 del Testo unico rendeva necessaria una nuova motivazione analitica ("nuova" rispetto a quella effettuata *illo tempore* al momento di costituzione della società ovvero di acquisto delle partecipazioni) circa la necessità della partecipazione per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4.

Motivazione che, ai sensi del comma 1 dell'art. 5 del Testo unico, doveva evidenziare ragioni e finalità della scelta circa il mantenimento o la dismissione della partecipazione, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché dell'opportunità di gestire direttamente il servizio affidato ovvero di esternalizzarlo e doveva avere riguardo della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Doveva darsi atto, anche in occasione della revisione straordinaria delle partecipazioni, della compatibilità dell'intervento finanziario con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Infine, predisporre un piano di riassetto per razionalizzazione, fusione o soppressione delle partecipazioni anche mediante messa in liquidazione o cessione delle stesse, se ricadevano in una delle ipotesi di cui all'art. 20, comma 2<sup>66</sup>, del testo unico.

---

sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l'articolo 20, comma 2, lettera e). Resta fermo quanto previsto dall'articolo 16.

Nb: testo in vigore al momento di adempiere alla revisione straordinaria.

<sup>65</sup> Art. 5, commi 1 e 2, T.U.S.P.:  
1. A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 da' atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.

<sup>66</sup> Da testo del comma 2 dell'art. 20 del Testo unico si evincono i seguenti "fattori critici":

- a) partecipazioni societarie che non rientrano in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4;
- b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;

L'art. 20 del Testo unico disciplina la razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche e la circostanza che sia richiamato dalla norma che disciplina la revisione straordinaria garantisce una soluzione di continuità tra la revisione da effettuare *una tantum* e quella periodica con cadenza annuale per quanto riguarda i criteri della ricognizione delle partecipazioni e dell'adozione delle misure di razionalizzazione stesse.

Dalla lettera dell'art. 20 del Testo unico si evince la novità che il legislatore delegato ha introdotto rispetto ai preesistenti criteri di razionalizzazione che erano per lo più soggetti a una valutazione discrezionale.

Ad esempio, il criterio della “stretta necessarietà” rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente socio (art. 4 del Testo unico) è un criterio che ha origine nella legge n. 244/2007, ripreso dalla legge finanziaria 2015 (seppur con qualche differenza sulla quale si è espressa la Corte dei conti) e cristallizzato dal Testo unico all'art. 4 richiamato dall'art. 20, comma 2, lett. a).

Non è l'unico criterio ripreso dalla normativa previgente (ampiamente analizzata all'interno del presente capitolo): la legge finanziaria per il 2015 aveva già spianato la strada alla soppressione di società composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti (le cd. “scatole vuote”), nonché all'eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali<sup>67</sup>.

L'art. 20, comma 2, del Testo unico contempla, inoltre, con una formulazione ben più generica rispetto a quella della legge finanziaria 2015, la necessità di contenimento dei costi di funzionamento.

Con il Testo unico, come evidenziato in dottrina<sup>68</sup>, sono stati introdotti alcuni parametri oggettivi, basati sulla *performance* dell'impresa.

Sotto questo punto di vista è innovativa la previsione di due criteri basati su dati di bilancio: l'art. 20, comma 2, alle lettere d) ed e) fa riferimento rispettivamente a

- 
- c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
  - d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro;
  - e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;
  - f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento;
  - g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite dall'articolo 4.

<sup>67</sup> Tali criteri sono stati ripresi dal legislatore delegato e inseriti nel Testo unico all'art 20, comma 2, lett b) e lett c).

<sup>68</sup> Roma G., *Ambiti di intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in op. cit.

“partecipazioni in società che nel triennio precedente abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro” e a “partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d’interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti”.

Come sottolineato nella stessa dottrina, i criteri perseguono finalità parzialmente distinte in quanto il primo mira all’eliminazione di società di piccole dimensioni attraverso l’aggregazione, indicata dal Testo unico come una delle soluzioni alla proliferazione delle società partecipate in Italia.

Tale criterio è stato oggetto di rivendicazioni da parte delle Regioni e degli Enti locali svantaggiati dalla circostanza di possedere società di ridotte dimensioni, sicché in sede di decreto correttivo è stato inserito nel testo dell’art. 26 il comma 12-quinquies che prevede espressamente la posticipazione del triennio rilevante ai fini dell’applicazione dell’art. 20, comma 2, lett. d), al triennio 2017-2019, oltre che la riduzione della soglia di fatturato medio da un milione a cinquecentomila euro per i trienni precedenti al suddetto (2015-2017, 2016-2018).

Il criterio di cui all’art. 20, comma 2, lett. e), invece, è diretto in modo più inequivocabile a sanzionare le *performance* negative delle partecipate, considerando che le perdite subite dalle stesse si riflettono sui bilanci degli enti soci.

È previsto, infatti, che in caso di risultato negativo, le amministrazioni locali che adottano la contabilità finanziaria accantonino nell’anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo d’esercizio non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione.

#### **2.4.1 (segue) I provvedimenti da adottare in esito alla ricognizione e le conseguenze in caso di mancata adozione degli stessi**

La razionalizzazione delle partecipazioni societarie è la sintesi di una valutazione complessiva effettuata dal socio pubblico, alla stregua dei criteri analizzati nel precedente paragrafo, circa la convenienza a mantenere partecipazioni rispetto ad altre soluzioni che possono prevederne la dismissione.

Gli enti soci, per questo motivo, sono tenuti a proceduralizzare ogni decisione in materia che investe le partecipazioni pubbliche, sia in fase di acquisizione delle partecipazioni, sia in sede di revisione straordinaria (così come in sede di razionalizzazione periodica), di conseguenza, l’atto ricognitivo, oltre a costituire un

inderogabile adempimento dell'ente (a breve vedremo le sanzioni previste in caso di inadempimento), è "l'espressione più concreta dell'esercizio dei doveri di socio"<sup>69</sup>.

L'esito della ricognizione di cui all'art. 24 del Testo unico, anche in assenza di partecipazioni ovvero di decisione di mantenimento senza interventi di razionalizzazione, doveva essere comunicato attraverso l'applicativo del Dipartimento del tesoro, di cui all'art. 17 del d.l. n. 90/2014, al fine di rendere disponibili le informazioni ivi contenute alla competente Sezione della Corte dei conti, nonché alla Struttura del MEF competente per il monitoraggio, l'indirizzo e il coordinamento delle società a partecipazione pubblica di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 175/2016<sup>70</sup>.

La Sezione competente della Corte dei conti è quella individuata dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016, ossia:

- Le Sezioni Riunite in sede di controllo per quanto riguarda gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali;
- La Sezione regionale di controllo per quanto riguarda gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione;
- La Sezione del controllo sugli enti medesimi per quanto riguarda gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259.

Il termine per l'adozione del provvedimento di ricognizione delle partecipazioni era inizialmente fissato al 23 marzo 2017 (sei mesi dall'entrata in vigore del Testo unico) ed è stata posticipato al 30 settembre 2017 dal decreto correttivo, in ossequio alla sentenza della Corte costituzionale, n. 251, del 2016<sup>71</sup>.

Al fine di rendere effettivo l'obbligo di adottare il provvedimento di ricognizione, l'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 175/2016 ne sanziona l'inadempimento con la preclusione all'esercizio dei diritti sociali per il socio pubblico nei confronti della società, ferma restando la possibilità di alienare la partecipazione che altrimenti sarà liquidata

---

<sup>69</sup> Corte dei conti, Sezione delle autonomie, n. 19/SEZAUT/2017/INPR, testo disponibile al link: <https://www.self-entilocali.it/wp-content/uploads/2017/07/CC-Sez.-Autonomie-del.-n.-19-17.pdf>

<sup>70</sup> Istruzioni per la comunicazione della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche, 27 giugno 2017, sul sito [www.dt.mef.gov.it](http://www.dt.mef.gov.it)

Il documento precisa che "ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di comunicazione nei confronti della Struttura di cui all'art. 15 del T.U., la trasmissione del provvedimento motivato avviene esclusivamente attraverso l'applicativo Partecipazioni al termine della procedura di validazione".

<sup>71</sup> Art. 15 del d.lgs. n. 100/2017

secondo i criteri civilistici di cui all'art. 2437-ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all'art. 2437-quater del codice civile.

Quella delineata dalla norma in esame, come si vedrà nel prossimo capitolo, è a tutti gli effetti una procedura di recesso forzata tesa a sospendere sia i diritti patrimoniali che i diritti amministrativi dell'amministrazione pubblica sociale.

L'art. 1, comma 723, della legge n. 145/2018 (legge di bilancio 2019) ha introdotto il comma 5-bis all'art. 24 del Testo unico, stabilendo una deroga all'obbligo di alienazione di cui al comma 4 dell'art. 24 senza che siano applicate sanzioni.

Più precisamente, il comma 5-bis sospende l'efficacia, fino al 31 dicembre 2021, del comma 4 dell'art. 24 del Testo unico, relativo all'obbligo di alienazione entro un anno dalla revisione straordinaria, e del comma 5 del medesimo articolo, relativo al divieto per il socio pubblico di esercitare diritti sociali e alla successiva liquidazione coatta delle partecipazioni, nel caso in cui le partecipate in questione abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente alla ricognizione.

Tuttavia, come evidenziato in dottrina e come si evince dalla lettura della norma, l'amministrazione pubblica è esonerata esclusivamente dall'obbligo di alienazione, permanendo l'obbligo di ricorrere alle altre misure di razionalizzazione eventualmente necessarie in conseguenza della sussistenza dei fattori critici di cui all'art. 20 del Testo unico.

Tale sistema impone delle riflessioni riguardanti le conseguenze degli atti di natura privatistica posti in essere dal socio pubblico che non ha posto in liquidazione le proprie quote entro i termini imposti dall'art. 24, commi 4 e 5, del Testo unico ovvero che non ha predisposto un piano di razionalizzazione sulle partecipazioni che non necessitano di alienazione in virtù della deroga contenuta nel comma 5-bis dell'art. 24 (si pensi al caso in cui il socio pubblico, successivamente al termine previsto per la dismissione o ricognizione della partecipazione, partecipi con proprio voto all'adozione di una delibera assembleare).

Le leggi precedenti al testo unico si erano occupate principalmente di disciplinare le modalità di liquidazione della quota, senza considerare:

- a) l'individuazione del momento in cui il recesso produce i suoi effetti;
- b) le conseguenze degli atti posti in essere dal socio pubblico all'interno della compagine societaria a seguito dell'inadempimento degli obblighi di dismissione e/o ricognizione della partecipazione delineati dall'art. 24.

L'argomento sarà puntualmente trattato all'interno del prossimo capitolo, nel paragrafo dedicato al recesso.

In questa sede, ricordiamo sinteticamente che, in ossequio all'art. 4 del Testo unico, l'agire funzionalizzato verso fini strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione pubblica socia costituisce l'unico motivo che può giustificare la partecipazione ad una compagine societaria di natura privatistica del socio pubblico, di conseguenza la causa pubblicistica sottesa alla partecipazione è presupposto che condiziona la validità degli atti posti in essere dal socio pubblico.

Quindi, il fine teleologico si pone in "un rapporto di pregiudizialità tale da condizionare l'estrinsecazione degli effetti dell'atto privatistico, in guisa da determinare una sorta di invalidità derivata tra il venir meno della causa pubblicistica – a causa della mancata dismissione o razionalizzazione delle partecipazioni – e l'atto adottato quale socio nel caso concreto", in ossequio al principio secondo il quale i diritti e i doveri che il Titolo V del codice civile riconosce ai soci sono riconosciuti all'amministrazione pubblica che partecipa in qualità di socio ad una compagine societaria a patto che vi sia a monte una causa pubblicistica che sorregge la partecipazione<sup>72</sup>.

Come poc'anzi accennato, nel paragrafo del capitolo III dedicato al recesso chiariremo se la privazione dell'esercizio dei diritti sociali è immediata ovvero recettizia e soprattutto analizzeremo il regime giuridico degli atti posti in essere dal socio pubblico successivamente alla mancata dismissione delle quote.

## **2.5 Razionalizzazione periodica delle partecipazioni**

Si è accennato circa la previsione del Testo unico di una duplicazione dell'attività di razionalizzazione in una revisione straordinaria, da effettuare *una tantum* e che costituisce eventualmente un aggiornamento del piano predisposto ai sensi dell'art. 1, commi 611 e ss., della legge n. 190/2014, e in una razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, ordinaria e con cadenza annuale.

Tale collegamento è sottolineato anche dall'art. 26, comma 11, del Testo unico che stabilisce che la disciplina di cui all'art. 24 è immediatamente applicata (con annessi i criteri che rinviano alla disciplina di cui all'art. 20), mentre si procede alla

---

<sup>72</sup> In questi termini, Ambrosio V. S., *Socio pubblico, obblighi di dismissione e diritti sociali*, in Rivista del Notariato, fasc. 1, 1° febbraio 2020, pag. 19.

razionalizzazione periodica di cui all'art. 20 a partire dal 2018, con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017.

L'art. 20, comma 1, del Testo unico stabilisce che: “fermo quanto previsto dall'articolo 24, comma 1, le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti di cui al comma 2, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione”.

Le amministrazioni su cui grava l'obbligo di effettuare la suddetta analisi sono quelle indicate nell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità del sistema portuale<sup>73</sup>.

Per quanto riguarda il perimetro oggettivo della razionalizzazione periodica, abbiamo più volte sottolineato all'interno del presente elaborato come le disposizioni del Testo unico si applicano alle partecipazioni detenute dalle amministrazioni in società a totale o parziale partecipazione pubblica, sia diretta che indiretta (art. 1, comma 1, del Testo unico)<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Perimetro soggettivo della razionalizzazione periodica precisato dal documento contenente gli “indirizzi per gli adempimenti relativi alla revisione e al censimento delle partecipazioni pubbliche” pubblicato dal Dipartimento del Tesoro e disponibile al link [http://www.dt.mef.gov.it/modules/documenti\\_it/programmi\\_cartolarizzazione/patrimonio\\_pa/2019\\_11\\_20\\_INDIRIZZI.pdf](http://www.dt.mef.gov.it/modules/documenti_it/programmi_cartolarizzazione/patrimonio_pa/2019_11_20_INDIRIZZI.pdf)

In particolare, l'art.1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, stabilisce che: “Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e i loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300”.

<sup>74</sup> L'art. 2 del Testo unico contiene le nozioni di “società”, “società a controllo pubblico”, “società a partecipazione pubblica”, “partecipazione”, “partecipazione indiretta”.

- Partecipazione: “la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi” (art. 2, comma 1, lett. f).
- Partecipazione indiretta: “la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica” (art. 2, comma 1, lett. g).
- Società: “gli organismi di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile, anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile” (art. 2, comma 1, lett. l).
- Società a controllo pubblico: “le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)” (art. 2, comma 1, lett. m). È richiamata la nozione di “controllo” di cui all'art. 2, comma 1, lett. b): “la situazione descritta dall'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione delle norme di legge o statutarie o

Da un punto di vista procedurale, anche la razionalizzazione periodica, così come per la revisione straordinaria, prende le mosse da uno “stato dell’arte”: è previsto un provvedimento, da adottare con cadenza annuale, contenente “un’analisi dell’assetto complessivo delle società” in cui l’amministrazione detiene partecipazioni dirette o indirette.

Successivamente, a seguito di tale analisi, l’amministrazione deve valutare se procedere con un piano di riassetto per la razionalizzazione, fusione o soppressione delle partecipate, anche mediante messa in liquidazione o cessione.

Per effettuare tale valutazione, l’amministrazione deve verificare la sussistenza di uno o più dei “fattori critici” di cui all’art. 20, comma 2, del Testo unico:

- a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all’articolo 4;
- b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
- d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro;
- e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d’interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;
- f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento;
- g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite dall’articolo 4.

È stato sottolineato<sup>75</sup> come su alcune delle fattispecie sopra elencate incidano anche altre disposizioni del Testo unico:

- ad esempio, il comma 12-ter dell’art. 26 che stabilisce che per le società previste dall’art. 4, comma 8, del Testo unico, ossia quelle con caratteristiche di spin off o start up universitari o degli enti di ricerca, ovvero le società costituite dalle

---

di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”

- Società a partecipazione pubblica: “le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico” (art. 2, comma 1, lett. n).

<sup>75</sup> Servizio Studi – Dipartimento Bilancio, *Testo unico sulle società a partecipazione pubblica – D. Lgs. 175/2016*, Atti del Governo, n. 402/1, del 13/09/2017. Documento disponibile al link: <https://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/BI0402a.pdf>

università per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche, le disposizioni di cui all'art. 20 si applicano decorsi 5 anni dalla istituzione delle stesse<sup>76</sup>;

- il comma 12-quater dell'art. 26 del Testo unico prevede che per le società di cui all'art. 4, comma 7, del Testo unico, ossia quelle aventi per attività la gestione o l'organizzazione di spazi ed eventi fieristici, la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva in aree montane, ovvero la produzione di energia da fonti rinnovabili, nel caso in cui debba essere applicato il criterio di cui all'art. 20, comma 2, lett. e), si considerano solo gli esercizi successivi al 2017<sup>77</sup>;
- il comma 12-quinquies dell'art. 26 dispone che, ai fini dell'applicazione dell'art. 20, comma 2, lett. d), il primo triennio rilevante è il periodo 2017-2019. Inoltre, nelle more della prima applicazione del suddetto criterio, si applica la soglia di fatturato medio non superiore a cinquecentomila euro per i trienni 2015-2017 e 2016-2018 ai fini dell'adozione dei piani di razionalizzazione previsti dall'art. 20 in esame e per il triennio precedente l'entrata in vigore del testo unico (2014-2016) ai fini dell'adozione dei piani di revisione straordinaria;
- quanto ai criteri di cui alle lettere a) ed e) del comma 2 dell'art. 20 del Testo unico, a norma del comma 12-sexies dell'art. 26, questi non si applicano alle società partecipate che gestiscono case da gioco già autorizzate (ai sensi della legislazione vigente) al momento dell'entrata in vigore del Testo unico in esame.

Abbiamo più volte ricordato come il comma 2 dell'art. 20 e il comma 2 dell'art. 4 del Testo unico concorrano a delimitare il perimetro applicativo del Testo unico

---

<sup>76</sup> L'Università Politecnica delle Marche suddivide il piano di razionalizzazione in due parti: nella prima parte, è effettuata la ricognizione delle partecipazioni in società, nella seconda parte è effettuata la ricognizione delle società con caratteristiche di spin off o start up universitarie. In particolare, nel piano operativo di razionalizzazione delle partecipazioni del 2019, le seconde sono suddivise per "anno di costituzione" ed è precisato che, in relazione a quanto previsto dall'art. 26, comma 12-ter, del d.lgs. n. 175/2016, gli spin off interessati dal piano di razionalizzazione periodica delle partecipazioni, di cui all'art. 20 del medesimo decreto, risultano essere: OPENMOB S.r.l. (costituita nel 2010), FOR.LEX. S.r.l. (costituita nel 2013), BIOMEDFOOD S.r.l. (costituita nel 2014), EVE S.r.l. (costituita nel 2014) e META S.r.l (costituita nel 2014). Servizio affari generali, istituzionali e legali, Università Politecnica delle Marche, *Piano di razionalizzazione periodica delle partecipazioni societarie detenute dall'Università Politecnica delle Marche*, anno 2019.

<sup>77</sup> La Firenze Fiera S.p.A. (partecipata dal Comune di Firenze) è un esempio di società di cui all'art. 4, comma 7, del Testo unico, svolgendo prevalentemente attività di gestione delle strutture fieristico-congressuali del Palazzo dei Congressi, del Palazzo degli Affari e della Fortezza da Basso per l'organizzazione di eventi, fiere, convegni e per la promozione economica e sociale del territorio del Comune di Firenze. Allegato A alla Delibera del Consiglio comunale di Firenze n. 2019/C/64, *Piano di razionalizzazione periodica delle partecipazioni*, anno 2019, testo disponibile al link: [https://www.comune.fi.it/system/files/2020-01/All.1-Razional2019\\_con%20Delib%20CC%2064%20ec-1.pdf](https://www.comune.fi.it/system/files/2020-01/All.1-Razional2019_con%20Delib%20CC%2064%20ec-1.pdf)

medesimo, nonostante il primo riguardi i fattori critici in presenza dei quali l'amministrazione pubblica debba predisporre un piano di riassetto delle partecipazioni, mentre il secondo delinea le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche.

Tale quadro è completato da disposizioni del Testo unico che escludono alcune società o tipologie di società dall'ambito applicativo del Testo unico stesso, tra le quali<sup>78</sup>:

- l'art. 4, comma 9, in cui è previsto che con D.P.C.M., ovvero con provvedimento del Presidente della Regione nel caso di partecipate regionali, possa essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 4 a singole società; da segnalare che il decreto correttivo ha riconosciuto tale facoltà anche ai Presidenti delle Province autonome di Trento e Bolzano per singole partecipate delle Province autonome;
- l'art. 26, comma 2, del Testo unico che rinvia all'elenco delle società escluse di cui all'Allegato A del provvedimento.

Aggiungerei le seguenti disposizioni non menzionate nel documento citato:

- 1) Il comma 3 dell'art. 4 del Testo unico che stabilisce che al fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo dei beni immobili facenti parte del patrimonio delle pubbliche amministrazioni, queste ultime possono, in deroga al comma 1 dello stesso articolo, "acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato. Ne costituisce un esempio la IVE S.r.l.<sup>79</sup> (La Immobiliare Veneziana – Società a responsabilità limitata) controllata, in via diretta e indiretta (tramite AVM S.p.A.) dal Comune di Venezia che, in sede di revisione straordinaria prima e di razionalizzazione periodica poi, ha optato per il

---

<sup>78</sup> In op. cit. Servizio Studi – Dipartimento Bilancio, *Testo unico sulle società a partecipazione pubblica – D. Lgs. 175/2016*.

<sup>79</sup> Dall'Allegato A alla Delibera del Consiglio comunale di Venezia n. 75 del 18/12/2019, predisposto in esito alla ricognizione e sulla base della stessa, si evince che la società ha lo scopo di intervenire sui problemi della tensione abitativa, della riqualificazione urbana, del rilancio e riconversione di aree industriali dismesse, della carenza di infrastrutture urbane e di servizio. Per realizzare detto scopo, l'oggetto sociale è così delineato: acquisto, permuta, gestione, locazione, manutenzione ordinaria e straordinaria di fondi rustici e urbani o di costruzioni di qualsiasi natura, nonché il compimento di tutte le attività materiali o giuridiche connesse alla proprietà immobiliare, sia della stessa società sia di terzi, ivi compresa la possibilità di costituire diritti reali di godimento o di garanzia, oneri reali e servitù personali. Testo dell'Allegato A alla Delibera del Consiglio comunale di Venezia n. 75 del 18/12/2019 disponibile al link: [https://www.comune.venezia.it/sites/comune.venezia.it/files/documenti/Partecipate/DC\\_2019\\_75\\_35874\\_007\\_All\\_A\\_Piano\\_razionalizzazione\\_.pdf](https://www.comune.venezia.it/sites/comune.venezia.it/files/documenti/Partecipate/DC_2019_75_35874_007_All_A_Piano_razionalizzazione_.pdf)

mantenimento della partecipazione, evidenziando che la società “non ricade in alcuna delle ipotesi di cui all’art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016 e produce beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente, ai sensi dell’art. 4 del Testo unico. In particolare, svolge attività rientranti fra quelle ammesse dall’art. 4 del Testo unico (comma 3: valorizzazione del patrimonio immobiliare dell’amministrazione partecipante)”.

- 2) Il comma 6 dell’art. 4 del Testo unico che stabilisce che è possibile costituire società o enti in attuazione dell’art. 34 del regolamento (CE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, che prevede a costituzione di gruppi di azione locale (GAL) per l’elaborazione e l’attuazione di strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo.
- 3) Il comma 9-bis dell’art. 4, aggiunto con decreto correttivo (d.lgs. n. 100/2017), introduce una deroga alla previsione di cui all’art. 4, comma 2, lett. a), disponendo che, nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all’art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, anche fuori dall’ambito territoriale della collettività di riferimento, purché l’affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Nella parte finale del testo, il comma in esame precisa che trova comunque applicazione l’art. 20, comma 2, lett. e), che impone l’obbligo di presentare piani di razionalizzazione qualora sia rilevato, in sede di analisi annuale, un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;
- 4) Il successivo comma 9-ter che fa salva la possibilità di acquisire o mantenere partecipazioni, non superiori all’1% del capitale sociale, in società bancarie di finanza etica e sostenibile, come definite dall’art. 111-bis del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d.lgs. n. 385/1993, senza che vi siano ulteriori oneri finanziari rispetto a quelli derivanti dalla partecipazione medesima. Ad esempio, per quanto riguarda la Banca Etica S. Coop. PA., il Comune di Firenze ha optato per il mantenimento della partecipazione facendo leva sulla dimensione della stessa (inferiore all’1%)<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Ad esempio, la Banca Popolare Etica S. Coop. PA., partecipata in misura inferiore all’1% dal Comune di Firenze e “primo esempio di banca costituita in Italia che si ispira ai principi universali di finanza etica ed orienta la propria attività creditizia verso iniziative socio – economiche finalizzate all’utilità sociale, ambientale e culturale, sostenendo in particolar modo le iniziative di promozione umana, come risulta dall’oggetto sociale all’art. 4 dello statuto”. Allegato A alla Delibera del Consiglio comunale di

5) Il comma 9-quater del medesimo articolo, aggiunto dall'art. 1 della legge n. 119/2019, che stabilisce che le disposizioni dell'art. 4 non si applicano né alla costituzione né all'acquisizione o al mantenimento di partecipazioni da parte delle amministrazioni pubbliche in società aventi per oggetto sociale prevalente la produzione, il trattamento, la lavorazione e l'immissione in commercio del latte, comunque trattato, e dei prodotti lattiero-caseari.

Il termine per l'adozione del piano di razionalizzazione periodica è fissato al 31 dicembre di ogni anno ed entro il 31 dicembre dell'anno successivo le amministrazioni pubbliche sono gravate dall'ulteriore obbligo di redigere una relazione in cui deve darsi conto dell'attuazione del contenuto del piano dell'anno precedente (art. 20, comma 4, del Testo unico).

Il comma 3 dell'art. 20 stabilisce che i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, ossia il provvedimento contenente l'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui la pubblica amministrazione in questione detiene partecipazioni dirette o indirette, e l'eventuale piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, nonché la relazione sullo stato di attuazione del piano precedente, devono essere trasmessi con le modalità di cui all'art. 17 del d.l. n. 90/2014 (convertito con modificazioni dalla legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114) e resi disponibili alla struttura competente per il monitoraggio, l'indirizzo e il coordinamento sulle società a partecipazione pubblica istituita presso il MEF ex dell'art. 15 e alla Sezione di controllo della Corte dei conti competente ai sensi dell'art. 5, comma 4<sup>81</sup>.

Nel paragrafo precedente abbiamo sottolineato la novità nel regime sanzionatorio rispetto ai provvedimenti precedenti al Testo unico.

È previsto, inoltre, che in caso di inadempimento degli obblighi relativi alla ricognizione delle partecipazioni, all'adozione del piano di razionalizzazione e alla trasmissione dello stesso, sia comminata all'ente inadempiente una sanzione

---

Firenze n. 2019/C/64, *Piano di razionalizzazione periodica delle partecipazioni*, anno 2019, testo disponibile al link: [https://www.comune.fi.it/system/files/2020-01/All.1-Razional2019\\_con%20Delib%20CC%2064%20ec-1.pdf](https://www.comune.fi.it/system/files/2020-01/All.1-Razional2019_con%20Delib%20CC%2064%20ec-1.pdf)

<sup>81</sup> Come specificato più volte all'interno del presente elaborato, la Sezione competente della Corte dei conti individuata dall'art. 5, comma 4, del Testo unico, è:

- le Sezioni Riunite in sede di controllo per quanto riguarda gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali;
- la Sezione regionale di controllo per quanto riguarda gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione;
- la Sezione del controllo sugli enti medesimi per quanto riguarda gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259.

amministrativa consistente nel pagamento di una somma da un minimo di cinquemila a un massimo di cinquecentomila euro, salvo il danno eventualmente rilevato in sede di giudizio amministrativo contabile (art. 20, comma 7).

In merito, in dottrina sono stati evidenziati due profili di criticità, nonostante viene sottolineato che la previsione di una sanzione rende effettivo l'obbligo di razionalizzazione che invece in passato era rimasto inattuato<sup>82</sup>.

Il primo profilo fa riferimento all'individuazione del soggetto in capo al quale la sanzione deve essere comminata, considerando che l'art. 9 del Testo unico identifica negli organi di vertice delle amministrazioni i soggetti incaricati della gestione delle relative partecipazioni, ma al tempo stesso, l'art. 7 rinvia alla competenza degli organi collegiali o rappresentativi per l'adozione delle deliberazioni di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società.

Dunque, l'adozione dei provvedimenti relativi alla razionalizzazione non sembra ascrivibile al solo vertice amministrativo, la cui responsabilità sarebbe sanzionata in caso d'inadempimento dei relativi obblighi.

Secondo la stessa dottrina, un altro profilo di criticità riguarda il fatto che il decreto correttivo abbia circoscritto l'irrogazione della sanzione ai soli enti locali.

Tale correzione è conseguenza di un parere del Consiglio di Stato<sup>83</sup> in cui è stato rilevato un "evidente eccesso di delega" nell'applicazione generalizzata del regime sanzionatorio, in quanto la legge delega limita l'introduzione di "un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia" (art. 18, comma 1, lett. m, n. 5) alle sole società partecipate da enti locali.

Limitazione che, secondo la dottrina in questione, appare ingiustificata e richiede un intervento del Parlamento, considerando che "il processo di razionalizzazione, inteso in particolare come periodica verifica della strumentalità della partecipazione rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali, dell'adeguatezza dell'assetto delle partecipazioni detenute ai fini di una gestione efficiente e dei buoni risultati economici delle società partecipate dovrebbe riguardare indistintamente tutte le amministrazioni e tutte le società a partecipazione pubblica".

---

<sup>82</sup> In questi termini, Roma G., *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. speciale 6/2018.

<sup>83</sup> Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968.

Giova ricordare, a completamento del quadro sanzionatorio, che il comma 7 dell'art. 20 del Testo unico richiama i commi dal 5 al 9 dell'art. 24, sicché, anche in sede di razionalizzazione periodica con cadenza annuale, in caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo o del piano di riassetto ovvero in caso di mancata alienazione della partecipazione entro il termine di un anno, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società, fermo restando il potere di alienare o liquidare la partecipazione e le deroghe a tale disciplina già trattate nel precedente paragrafo.

## **2.6 La cancellazione d'ufficio delle società a controllo pubblico inerti**

Il d.lgs. n. 175/2016, recante il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, contiene una norma che attribuisce al conservatore del registro delle imprese il potere, in via del tutto eccezionale rispetto alla disciplina civilistica, di cancellare “le società a controllo pubblico che, per oltre tre anni consecutivi, non abbiano depositato il bilancio d'esercizio ovvero non abbiano compiuto atti di gestione”.

Una norma dal carattere transeunte secondo la dottrina<sup>84</sup>: l'ufficio del registro delle imprese non potrà adottare il provvedimento di cancellazione una volta spirato il termine di un anno decorrente dall'entrata in vigore del Testo unico, sicché, applicando esclusivamente la disciplina civilistica, una società potrà essere cancellata per mancato deposito del bilancio d'esercizio solo se in stato di liquidazione.

Dunque, quello attribuito al conservatore del registro delle imprese è un potere eccezionale, esercitabile in un determinato arco temporale e solo nel caso stabilito dalla legge.

Per quanto riguarda il campo di applicazione dell'art. 20, comma 9, del Testo unico, dal punto di vista soggettivo la norma si riferisce alle “società a controllo pubblico” la cui definizione è contenuta all'art. 2, comma 1, lett. m)<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Niccolini G., *La cancellazione ex officio delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Catricalà A., Tomo 2, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016, p. 1103 e ss.

<sup>85</sup> Ai sensi della lett. m) dell'art. 2 del Testo unico sono “società a controllo pubblico” le “società in cui una o più amministrazioni esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)”. La lettera b) dello stesso articolo cui fa invio la lettera m) identifica la nozione di “controllo” nella “situazione descritta dall'articolo 2359 del codice civile” fermo restando che “il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Tuttavia, bisogna sottolineare – come peraltro sottolineato dalla citata dottrina – che la norma crea dei dubbi interpretativi dal punto di vista del campo di applicazione soggettivo.

Infatti, la struttura del registro delle imprese non conosce una sezione differente per le società a controllo pubblico, sicché non è detto che sia agevole per il conservatore identificare le società alle quali applicare tale norma, soprattutto quando il controllo pubblico è esercitato dall'ente in via indiretta.

Inoltre, tenendo presente che lo scopo del legislatore delegato è quello di eliminare società inerti, ci si deve chiedere se è necessario, ai fini dell'applicazione di tale norma, che il controllo pubblico sussista per tutti e tre gli anni in cui non sia stato depositato il bilancio d'esercizio o in cui non siano stati compiuti atti gestori: la dottrina dà risposta affermativa a tale interrogativo, dunque, se avessimo una società meramente partecipata che non abbia depositato il bilancio d'esercizio nel primo anno computato dalla norma, e nel secondo anno la medesima società diventi a controllo pubblico, pur non depositando i successivi due bilanci d'esercizio, la norma non si potrebbe applicare.

Devono segnalarsi problemi applicativi anche per quanto riguarda il procedimento di cancellazione.

In particolare, la norma precisa che l'adozione del provvedimento di cancellazione è subordinata al preventivo interpello della società a controllo pubblico: infatti, prima di procedere alla cancellazione, il conservatore del registro delle imprese comunica l'avvio del procedimento agli amministratori o ai liquidatori; questi, entro sessanta giorni, possono presentare formale e motivata domanda di prosecuzione dell'attività, corredata dell'atto deliberativo delle amministrazioni pubbliche socie, adottata con forme e contenuti previsti dall'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016; in caso di regolare presentazione della domanda, non si dà seguito al procedimento di cancellazione.

Una disposizione definita “bizzarra” dalla citata dottrina la quale adduce varie motivazioni che trovano d'accordo chi scrive.

*In primis*, pur essendo la società il soggetto interessato al procedimento, la notizia di avvio del procedimento deve essere data non a questa, bensì ai suoi amministratori o liquidatori.

*In secundis*, si hanno dubbi circa l'efficacia di tale regola nel caso in cui l'organo amministrativo o liquidativo sia composto da più soggetti, considerando che – ai sensi dell'art. 8 della l. n. 241/1990 – debba trattarsi di comunicazione “personale” e che

debba essere data a tutti; infatti, solo quando l'ultima delle comunicazioni sia stata perfezionata inizia a decorrere il termine di sessanta giorni entro il quale gli amministratori o i liquidatori possono presentare la domanda di prosecuzione dell'attività.

Dalla lettura della norma si evince un'ulteriore anomalia nel fatto che sembra quasi che il conservatore del registro delle imprese abbia il potere di accordare la prosecuzione dell'attività in relazione alle motivazioni addotte nella domanda: una previsione che mal si concilia con il prosieguo della norma che subordina "la mancata prosecuzione del procedimento di cancellazione" alla sola "regolare presentazione della domanda"; dovrebbe ritenersi, invece, che il conservatore non abbia il potere di valutare il contenuto della domanda, ma solo di assodarne la regolarità formale.

La norma aggiunge che gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sono quelli di cui all'art. 2495 cod. civ.: l'estinzione della società e la responsabilità dei soci e dei liquidatori (questi ultimi se in colpa) per le obbligazioni sociali inadempite, nei limiti di quanto percepito dai soci stessi in base al bilancio di liquidazione.

Nonostante non vi sia un bilancio finale di liquidazione in quanto la norma è diretta alla cancellazione non solo di società già in liquidazione che non hanno compiuto atti gestori per tre anni ma anche di società *in integro statu*, la dottrina citata fa ulteriormente notare come non sia impedito ai creditori sociali rimasti insoddisfatti di agire verso i soci "per quanto i soci, lasciando cancellare la società senza completare la liquidazione, hanno rinunciato ad apprendere come quota di liquidazione", fermo restando che la mancanza della tavola contabile di chiusura della società potrebbe causare problemi applicativi.

La previsione della cancellazione *ex officio* di società a controllo pubblico inerti e la previsione di una revisione straordinaria da effettuare *una tantum*, spianando la strada alla successiva razionalizzazione periodica con cadenza annuale dovevano costituire una sorta di "filtro" in attesa della razionalizzazione periodica da attuare con cadenza annuale; tuttavia, a causa delle suddette difficoltà, il comma 9 dell'art. 20 del Testo unico ha trovato scarsa applicazione.

### **3. L'ATTUAZIONE DEL CONTENUTO DEI PIANI DI RAZIONALIZZAZIONE: MODALITÀ DI DISMISSIONE DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE**

SOMMARIO: 3.1 Introduzione alla fase di attuazione delle misure previste dai piani di razionalizzazione – 3.2 L'alienazione delle partecipazioni: la distinzione tra delibera di alienazione e l'atto civilistico "a valle" – 3.2.1 La concreta declinazione dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione nella procedura di alienazione – 3.2.2 La salvaguardia dei diritti di prelazione degli altri soci – 3.3 Il recesso dell'ente dalla società e la liquidazione della quota secondo principi civilistici – 3.4 Lo scioglimento e la liquidazione della società – 3.5 Analisi di alcuni casi concreti di dismissione delle partecipazioni – 3.5.1 Un quadro generale sulla prassi della dismissione nei primi tre anni di applicazione del Testo unico – 3.5.2 La Legge Delrio ha rimischiato il mazzo di carte delle società pubbliche – 3.5.3 L'alienazione delle partecipazioni indirette detenute dalla Regione Campania in "CEINGE Biotecnologie Avanzate S.c.a.r.l." avvenuta mediante trattativa privata – 3.5.4 Il recesso esercitato dalla Città metropolitana di Milano nella "Navigli Lombardi S.c.a.r.l." – 3.5.5 Lo scioglimento di una società partecipata "antieconomica"

#### **3.1 Introduzione alla fase di attuazione delle misure previste dai piani di razionalizzazione**

Quello della dismissione delle partecipazioni pubbliche è uno dei problemi più delicati tra quelli riferibili al fenomeno delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni in quanto la concreta attuazione degli obiettivi del Testo unico – volendo allargare lo spettro visivo, di una buona fetta della Riforma Madia – passa dalla concreta realizzazione del contenuto dei piani di riassetto per la razionalizzazione, fusione o soppressione delle società partecipate; piani imposti dalla sussistenza dei cd. "fattori critici" di cui all'art. 20, comma 2, del Testo unico.

Nel capitolo precedente abbiamo analizzato le norme che disciplinano il processo di razionalizzazione: prima le norme contenute nelle varie leggi finanziarie o di stabilità preventivi rispetto a quelle emanate a seguito della menzionata "Riforma Madia" (*rectius*, della legge n. 124/2015), successivamente quelle di cui al d.lgs. n. 175/2016 (emanato in attuazione della suddetta legge delega), recante il "Testo unico in materia

di società a partecipazione pubblica” con le integrazioni e correzioni apportate dal decreto correttivo<sup>86</sup>.

Un’analisi, quella effettuata nei due precedenti capitoli, “statica” rispetto a quella che verrà ora affrontata, nel senso che ci si è “limitati” a provare a ricostruire l’ordinamento giuridico delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni.

Ora, invece, il *focus* si sposta sull’attuazione delle norme che sono state finora esaminate; l’attuazione, in particolare, dei piani di riassetto per la razionalizzazione che possono prevedere, quali esiti dell’analisi ricognitiva delle partecipazioni, la dismissione ovvero il mantenimento delle stesse, in applicazione della disciplina di cui al Testo unico.

Nella disamina che segue, oltre ad analizzare le norme che guidano le pubbliche amministrazioni nei vari procedimenti di dismissione, si farà riferimento a casi concreti, per verificare come sono stati attuati gli obblighi dai soggetti pubblici tenuti ad effettuare l’analisi delle partecipazioni.

Innanzitutto, bisogna distinguere i casi in cui un’amministrazione pubblica opti per la dismissione delle partecipazioni dai casi in cui, invece, opti per il mantenimento delle partecipazioni<sup>87</sup>.

Laddove, all’esito della ricognizione effettuata ai sensi dell’art. 24 del Testo unico ovvero all’esito dell’analisi dell’assetto complessivo delle società in cui una pubblica amministrazione detiene partecipazioni effettuata ai sensi dell’art. 20 del Testo unico, una pubblica amministrazione ritenga di mantenere una partecipazione, lo formalizzerà all’interno del piano di riassetto conseguentemente adottato nel quale saranno indicate le (eventuali) misure da adottare relativamente a quella determinata partecipazione.

I profani della materia potrebbero rilevare una discrasia in quanto appena affermato: se la pubblica amministrazione ritiene di dover (e poter) mantenere la partecipazione, perché dovrebbe adottare misure di razionalizzazione in relazione alla stessa?

I motivi possono essere molteplici e vanno da casi in cui è necessario semplicemente ridurre i costi di funzionamento della partecipata, essendo rispettato il vincolo di attività (strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente pubblico socio), a casi in cui è opportuna una ridefinizione della *mission aziendale*, da operare con modifica dell’oggetto sociale, al fine di far rientrare l’attività

---

<sup>86</sup> D.lgs. 16 giugno 2017, n.100.

<sup>87</sup> L’analisi dei secondi avverrà in modo compiuto nel capitolo quarto.

della partecipata tra quelle consentite (idem in caso di nuovo affidamento a favore della società).

Queste sono solo alcune delle possibili strade percorribili dalle pubbliche amministrazioni.

Vi sono, altresì, numerosi casi in cui è necessario accorpate società che svolgono attività analoghe, ovvero casi in cui è necessario trasformare la società in “consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni d’azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni”<sup>88</sup>; ad esempio al fine di creare le condizioni affinché gli enti soci possano concedere in affidamento diretto il servizio ad una comune società partecipata, spesso si ricorre alla trasformazione (cd. eterogenea) di una società di capitali in una partecipata consortile o cooperativa<sup>89</sup>.

Tuttavia, come ribadito da autorevole dottrina<sup>90</sup>, era la dismissione inizialmente l’unico sbocco previsto per l’eliminazione (o comunque riduzione del numero) delle partecipazioni, anche se nel testo definitivo del decreto legislativo sono previste anche le altre misure alle quali abbiamo brevemente accennato.

Soluzioni radicali come lo scioglimento, la liquidazione e la successiva estinzione delle società partecipate sono considerate “esiti eccezionali da evitare quanto più possibile”, sicché l’obiettivo primario nonché “via maestra” per dismettere una partecipazione sembra essere la sua alienazione, volontaria o forzos<sup>91</sup>.

Ma chi avrebbe interesse ad acquistare partecipazioni (o quote, se la partecipata è una società per azioni) di una società priva di dipendenti ovvero con il bilancio sistematicamente in perdita?

Probabilmente è proprio per la prevedibile difficoltà di reperire acquirenti per partecipazioni di società non efficienti che il legislatore delegato ha inserito nella versione definitiva dell’art. 24, comma 1, del Testo unico la possibilità di applicare le

---

<sup>88</sup> Art. 2500-septies c.c., rubricato “trasformazione eterogenea da società di capitali”.

<sup>89</sup> L’art. 31 del d.lgs. n. 267/2000, recante il “Testo unico degli Enti Locali”, stabilisce che gli enti locali, ai fini della gestione associata di uno o più servizi e l’esercizio associato di funzioni, possono costituire un consorzio al quale partecipano diversi enti pubblici, quando sono a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti.

<sup>90</sup> Marasà G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Rivista delle società*, fasc. 4, 1° agosto 2017, p. 795, [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

<sup>91</sup> Si rimanda alla disciplina tracciata dal combinato disposto dei commi 4 e 5 dell’art. 24 del Testo unico: ai sensi del comma 4 “l’alienazione, da effettuare ai sensi dell’articolo 10, avviene entro un anno dalla conclusione della ricognizione di cui al comma 1”; il comma 5 prevede poi che “in caso di mancata adozione dell’atto ricognitivo ovvero di mancata alienazione entro i termini previsti dal comma 4, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in danaro in base ai criteri stabiliti all’articolo 2437-ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all’articolo 2437-quater del codice civile”.

“misure di cui all’art. 20, commi 1 e 2”); si fa riferimento alla predisposizione di piani di riassetto che possono indicare, quale misura di razionalizzazione delle partecipazioni societarie, anche la fusione o la soppressione delle società, mediante messa in liquidazione o cessione.

Più precisamente, la norma prevede la possibilità che, in caso di difficoltà nell’alienazione delle partecipazioni, le misure possano colpire direttamente le società, attraverso una “riorganizzazione il cui esito può essere anche la soppressione della società partecipata mediante messa in liquidazione”<sup>92</sup>.

Da quanto detto in questa breve introduzione si evince che i comportamenti che possono essere adottati dalle pubbliche amministrazioni in esito alla ricognizione delle partecipazioni da effettuare in sede di revisione straordinaria *una tantum* e di razionalizzazione periodica con cadenza annuale possono essere molteplici e non seguono uno schema preciso: si potrebbero riscontrare comportamenti diversi in situazioni simili da parte di più pubbliche amministrazioni.

Negli ultimi due capitoli del presente elaborato verranno trattate singolarmente le misure di razionalizzazione conseguenti ad una scelta di dismissione (capitolo III) e di mantenimento (capitolo IV) delle partecipazioni, analizzandone le problematiche e alcuni esempi utili a verificare cosa accade nella prassi.

### **3.2 L’alienazione delle partecipazioni: la distinzione tra la delibera di alienazione e l’atto civilistico “a valle”**

All’interno del Testo unico vi è un gruppo di norme che disciplinano i comportamenti delle pubbliche amministrazioni in relazione alle partecipazioni ossia: la costituzione di società a partecipazione pubblica (art. 7), l’acquisto di partecipazioni in società già costituite (art. 8), la gestione delle partecipazioni pubbliche (art. 9) ed infine l’alienazione di partecipazioni sociali (art. 10).

Norme che da un lato “riportano la disciplina delle società a partecipazione pubblica nell’alveo di quella privatistica”, dall’altro “rafforzano i vincoli in capo alle amministrazioni pubbliche socie al fine di garantire una più efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, la tutela e la promozione della concorrenza e del mercato, nonché la razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> In questi termini Marasà G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. n. 100/2017)*, 1° agosto 2017, op. cit.

<sup>93</sup> In questi termini H. Bonura, *L’alienazione delle partecipazioni pubbliche*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018.

Non è casuale che un costante motivo di dibattito in materia di alienazione di partecipazioni pubbliche attiene storicamente all'evidente conflitto tra soggezione a regole pubblicistiche e regime ordinario che insiste sulle società a capitale misto pubblico-privato: dobbiamo sempre ricordare che, anche nelle società miste, il principio della libera circolazione delle partecipazioni (artt. 2355, 2355-bis e 2469 c.c.) si pone quale principio cardine, sebbene mitigato dalla circostanza che nella compagine sociale si rinvengano soggetti pubblici; circostanza quest'ultima che impone l'esigenza di coniugare la disciplina civilistica attinente al funzionamento delle società di capitali in un'ottica pubblicistica, necessariamente rivolta al rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza<sup>94</sup>.

Nell'ottica di dare piena attuazione ai summenzionati principi, l'art. 10 del Testo unico dispone che “gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche sono adottati secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1”, cioè attraverso un provvedimento espresso dell'organo individuato come competente dalla norma, sicché l'iter procedurale di cessione delle partecipazioni è parificato a quello di costituzione di una società ovvero di acquisto di partecipazioni.

Dunque, ai sensi del rinvio al comma 1 dell'art. 7 del Testo unico la delibera di alienazione è adottata con:

- a) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali;
- b) provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali;
- c) deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali;
- d) delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche.

Il terzo comma dell'art. 10 riguarda le conseguenze della mancata adozione dell'atto deliberativo dell'alienazione; in particolare la norma fa riferimento a due ipotesi alle

---

<sup>94</sup> Di Fava E. G., *La cessione delle partecipazioni e la variazione della compagine sociale nelle società miste costituite a seguito di gara*, in [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it), 1° giugno 2017, testo disponibile al link <https://www.mediappalti.it/la-cessione-delle-partecipazioni-e-la-variazione-della-compagine-sociale-nelle-societa-miste-costituite-a-seguito-di-gara/>

quali ricollega l'inefficacia dell'atto di alienazione: la mancanza totale dell'atto deliberativo e l'invalidità dello stesso<sup>95</sup>.

Tale sistema, secondo la già richiamata dottrina<sup>96</sup>, è coerente, innanzitutto, con il principio in materia di contratti pubblici di cui all'art. 32, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 per cui “prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”; inoltre, è un sistema che attua pienamente il principio della rilevanza del fine, secondo il quale “la pubblica amministrazione, anche quando agisce nel campo del diritto privato, è tenuta a esternare il fine che determina e giustifica la sua azione”, sicché, per realizzare qualsivoglia negozio è necessario un previo provvedimento amministrativo attraverso il quale essa dichiari quale scopo persegue e come intende realizzarlo<sup>97</sup>.

Anche il Consiglio di Stato, nel parere sul testo del decreto, ha richiamato la necessità di distinguere tra atto amministrativo che si pone “a monte” e quello civilistico che lo segue<sup>98</sup>: in particolare, la Commissione Speciale (che ha emanato il parere) ha manifestato dubbi in merito alla mancata previsione, nello schema di decreto legislativo, di procedure concorsuali da osservare una volta assunta la decisione di acquistare (ovvero alienare) partecipazioni pubbliche.

Quindi, vero è che le partecipazioni devono poter circolare liberamente, ma è altrettanto vero che l'alienazione di partecipazioni (al pari dell'acquisto ovvero della costituzione di nuove società) è un'operazione (nel nostro caso) compiuta da soggetti pubblici; un'operazione per la quale il legislatore richiede l'espletamento di un procedimento amministrativo che implica il rispetto di una pluralità di condizioni volte a garantire i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'attività amministrativa.

---

<sup>95</sup> In accordo con la previsione del legislatore delegato, si veda Bonura H., *L'alienazione delle partecipazioni pubbliche*, in op. cit.; in particolare l'Autore, ritiene corretta la conseguenza prevista dal comma 3 dell'art. 10 del Testo unico “laddove si consideri che la stessa consegue, appunto, al caso di radicale mancanza del provvedimento amministrativo autorizzatorio (il che avvicina la fattispecie a un'ipotesi di esercizio dell'attività amministrativa in difetto assoluto di attribuzione), come a quello di invalidità del provvedimento stesso (in questo caso, secondo lo schema tradizionale di relazione tra invalidità del provvedimento amministrativo ed efficacia del contratto che ad esso si ricollega)”, p. 275.

<sup>96</sup> Bonura H., *L'alienazione delle partecipazioni pubbliche*, op. cit.

<sup>97</sup> Sepe O., *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, vol. IX, 991.

<sup>98</sup> Cons. St., Commissione speciale, n. 968/2016. Giova precisare che la valutazione è stata effettuata in merito alla costituzione delle società, ma può riferirsi pacificamente al procedimento di alienazione.

Come riportato da uno Studio pubblicato sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato<sup>99</sup>, l'espletamento di tali procedimenti amministrativi incide "sulla corretta adozione della decisione di compiere le predette operazioni societarie, la quale consiste, a sua volta, in un atto amministrativo distinto e separato rispetto al conseguente atto negoziale con cui la pubblica amministrazione sottoscrive, acquista o cede le partecipazioni sociali".

Bisogna sottolineare però che, mentre in caso di costituzione di una nuova società ovvero di acquisto di partecipazioni il Testo unico impone un onere di motivazione analitica e un obbligo di trasmissione della delibera motivata alla Corte dei conti e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>100</sup>, l'alienazione delle partecipazioni e la costituzione di vincoli sulle stesse non sono operazioni soggette a tale disciplina, come si evince dal mancato rinvio al secondo comma dell'art. 7 e dunque agli oneri motivazionali e agli obblighi di trasmissione imposti dall'art. 5.

L'art. 10, come abbiamo visto, si limita infatti a prevedere, attraverso il rinvio al solo comma 1 dell'art. 7, le modalità di adozione della deliberazione contenente la decisione di alienare le partecipazioni (ovvero di costituire vincoli sulle stesse); dunque, per garantire il rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza nelle

---

<sup>99</sup> Boggiali D. e Silva M., *Procedimenti amministrativi in materia di sottoscrizione, acquisto, cessione di partecipazioni sociali da parte di pubbliche amministrazioni ed onere di controllo notarile*, Studio n. 229-2017/I, 4 dicembre 2017. Testo disponibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato al link di seguito riportato: <https://www.notariato.it/sites/default/files/229-2017-I.pdf>

<sup>100</sup> Si fa riferimento alla disciplina di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016:

1. A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'art. 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.
2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo le modalità da essi stessi disciplinate.
3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.
4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati al controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi.

procedure di alienazione, in luogo del procedimento di motivazione analitica di cui all'art. 5 del Testo unico, il comma 2 dell'art. 10, con una disposizione "suggerita" dai Giudici di Palazzo Spada nel citato parere, prevede che "l'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione" e che solo "in casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente", fermo restando che "è fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto".

Il mancato rinvio all'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5 è una chiara espressione del maggior *favor* del legislatore nei confronti di atti che comportano la dismissione delle partecipazioni, in coerenza con gli obiettivi della Riforma di razionalizzazione e riduzione del numero delle partecipazioni.

### **3.2.1 La concreta declinazione dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione nella procedura di alienazione**

Bisogna, però, chiarire quando effettivamente si può ricorrere alla negoziazione diretta e quando, invece, è più stringente il rispetto dei suddetti principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione: la possibilità di scelta per la pubblica amministrazione dipende dall'esame della singola fattispecie.

Si può senz'altro affermare che i principi a cui rinvia l'art. 10 sono principi generali e consolidati validi per ogni tipo di procedimento amministrativo di tipo competitivo o concorsuale avviato da una pubblica amministrazione al fine di selezionare gli aspiranti a una risorsa scarsa e a formare la nozione di "evidenza pubblica"<sup>101</sup>, in ossequio al *diktat* costituzionale<sup>102</sup>.

L'art. 10, comma 4, del Testo unico fa salva la disciplina in materia di alienazione delle partecipazioni dello Stato: trattasi della disciplina di cui al d.l. 31 maggio 1994, n. 332; disciplina che si basa sull'esclusione dell'applicabilità delle norme sulla contabilità generale dello Stato, in quanto troppo rigide per realizzare efficacemente e celermente le operazioni di privatizzazione.

---

<sup>101</sup>In questo senso Bonura H., *L'alienazione delle partecipazioni pubbliche*, in op.cit.

<sup>102</sup>Corte Cost., 23 novembre 2011, n. 407. La Corte precisa che "l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost."

Il d.l. n. 332/1994 introduce, infatti, un sistema che tiene conto del tipo di partecipazioni detenute dalla pubblica amministrazione (di controllo o non) e del valore delle stesse (superiore o non a 50 milioni):

- per le partecipazioni non di controllo e di valore inferiore a 50 milioni, le modalità di alienazione sono individuate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze "secondo tecniche in uso nei mercati finanziari";
- per le partecipazioni di valore superiore, le modalità di alienazione sono individuate con D.P.C.M., su proposta del Ministro dell'economia e delle Finanze, di concerto con il ministro delle attività produttive, tenuto conto del parere delle competenti commissioni parlamentari ex comma 2-ter dell'art. 1 del suddetto decreto-legge che richiama il comma 2 dell'art. 1 della l. 14 novembre 1995, n. 481.

Il comma 3 dell'art. 1 del decreto-legge in esame prevede che debba essere garantito, in caso di alienazione mediante negoziazione diretta, un nucleo stabile di azionisti di riferimento; a tal uopo, i potenziali acquirenti devono presentare requisiti di idonea capacità imprenditoriale e devono avanzare offerte comprensive dell'impegno di garantire condizioni finanziarie, economiche e gestionali; inoltre può essere previsto, all'interno del contratto di cessione, il divieto di ulteriore alienazione della partecipazione e dell'azienda per un determinato periodo di tempo.

In poche parole, il d.l. n. 332/1994 aggrava l'iter di formazione della decisione di alienare, consentendo l'utilizzo, nella fase di attuazione della decisione medesima, di strumenti e modelli tipici delle transazioni private e dei mercati finanziari; uno schema che permette di tutelare l'interesse pubblico attraverso un bilanciamento di oneri pubblicistici e modelli privatistici e che possiamo considerare più "affine" al presidio della correttezza e imparzialità dell'azione amministrativa che non al presidio della concorrenza e del mercato.

Si ricorda che tale disciplina è applicabile solo alle partecipazioni detenute dallo Stato e dagli enti pubblici in società per azioni; dunque, sorge spontaneo chiedersi, ai fini di una visione d'insieme della disciplina dell'alienazione delle partecipazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni, quale sia la disciplina applicabile nel caso in cui debbano essere alienate partecipazioni detenute da amministrazioni diverse da quelle espressamente previste dal d.l. n. 332/1994.

Per queste ultime il legislatore ha storicamente fatto riferimento alla necessità dell'esperimento di procedure ad evidenza pubblica<sup>103</sup>, sì da garantire, oltre che il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, anche il rispetto del principio di pubblicità; il che, a primo impatto potrebbe sembrare un controsenso, considerando che si applicherebbero regole più stringenti alla cessione di partecipazioni di valore mediamente inferiore.

In realtà, la dottrina<sup>104</sup> sottolinea come in ambedue i casi, in assenza di modelli predeterminati, la scelta della procedura, da adottare con provvedimento motivato, è rimessa all'amministrazione pubblica che detiene la partecipazione; motivazione che deve far riferimento alle finalità perseguite attraverso l'alienazione e alle modalità dell'alienazione stessa.

Quindi, atteso che entrambe le situazioni sono riconducibili alla nozione di evidenza pubblica, è necessario che i principi di trasparenza, non discriminazione e pubblicità siano attuati in modo proporzionato e congruo alle peculiarità di ciascuna fattispecie: in quest'ottica è giustificata l'ammissibilità di procedure alternative di dismissione, come ad esempio quella negoziata prevista dall'eccezione di cui al secondo periodo del secondo comma dell'art. 10 del Testo unico.

La declinazione dei suddetti principi, nel caso concreto, dipende dall'eventuale incidenza della cessione sui contratti intrattenuti dalla società le cui partecipazioni sono oggetto di cessione con l'amministrazione pubblica cedente.

Se si tratta di affidamento *in house*, ovvero di affidamento "diretto" del contratto senza previo espletamento di una procedura di gara sono due le soluzioni possibili:

- a) la prima prevede che la società rinunci al rapporto contrattuale che cesserà di produrre effetti nel momento in cui subentra nella compagine societaria il nuovo acquirente, sicché solo le partecipazioni saranno oggetto di cessione e la procedura sarà graduata sulla base del valore delle stesse, in ossequio alle norme di cui al d.l. n. 332/1994;
- b) la seconda soluzione possibile è costituita dalla cd. "gara a doppio oggetto", ossia una gara avente per oggetto sia il contratto di appalto o di concessione, sia il

---

<sup>103</sup> Il riferimento alle procedure ad evidenza pubblica è contenuto nelle seguenti norme: art. 113, comma 12, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 13, comma 3, d.l. 4 luglio 2006, n. 233; art. 3, comma 29, l. 24 dicembre 2007, n. 244; art. 4, comma 1, lett. b), d.l. 6 luglio 2012, n. 95; art. 1, comma 568-bis, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

<sup>104</sup> In questi termini Bonura H., *L'alienazione delle partecipazioni pubbliche*, in op. cit.

contratto associativo; in questo caso la procedura dovrà rispettare i requisiti procedurali previsti dal d.lgs. n. 50/2016 per il tipo di contratto da affidare.

In tale ipotesi, l'ANAC e il Consiglio di Stato hanno precisato che non può essere considerata una mera modificazione della compagine societaria, in quanto il privato acquirente, in questo modo, è immesso nella gestione di un servizio pubblico; da qui la necessità del “doppio oggetto”<sup>105</sup>.

In particolare, secondo i Giudici di Palazzo Spada, ogni volta che attraverso l'alienazione ovvero altra operazione straordinaria muta la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto e si viene a creare una società mista ovvero muta il soggetto affidatario del servizio pubblico stesso (perché identificabile una nuova figura imprenditoriale associata al capitale sociale e alla gestione della società), “allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico”.

Se, invece, il contratto è stato ricevuto all'esito di una regolare procedura di gara, la sua presenza non rileva ai fini della scelta della procedura di dismissione, se non per il fatto che il valore residuo dello stesso sarà parte della valutazione della partecipazione oggetto di cessione.

Inoltre, se per effetto della cessione di partecipazioni (*rectius*, per effetto dell'ingresso nel capitale sociale di un privato) vengono meno le condizioni legittimanti gli affidamenti diretti disposti da altre amministrazioni diverse dalla cedente, per non provocare danni ingiustificati alla società il criterio della gara “cede il passo” alla negoziazione diretta con le altre amministrazioni presenti nel capitale sociale, considerando che sia l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016 che l'art. 5, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 escludono che nel capitale dell'affidataria possa esservi partecipazione diretta di capitali privati (ad eccezione dei casi in cui la partecipazione sia prescritta da norme di legge e avvenga in forme che non comportino controllo, potere di veto o esercizio di un'influenza dominante sulla controllata).

Infine, bisogna ricordare che un ulteriore elemento di valutazione è costituito dal fine e dagli effetti della cessione.

Un'operazione di dismissione, infatti, può essere indirizzata alla fuoriuscita definitiva dell'amministrazione cedente dal capitale sociale della società ovvero al mero riassetto delle proprie partecipazioni, con una semplice revisione delle stesse (che vengono semplicemente diminuite e non cedute per intero).

---

<sup>105</sup> ANAC, deliberazione n. 20 del 12 novembre 2014; Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376.

A chiarire le differenze procedurali tra le due situazioni sopra descritte è intervenuta la giurisprudenza amministrativa.

In particolare, il T.A.R. Lazio ha invitato a distinguere tra processi di privatizzazione, ossia di fuoriuscita definitiva di un asset dal perimetro del settore pubblico, e processi di riallocazione di partecipazioni all'interno del perimetro stesso<sup>106</sup>; da segnalare che il Consiglio di Stato era precedentemente giunto a medesime conclusioni escludendo la sussistenza di specifici oneri pubblicistici nel caso di operazioni di riallocazione di partecipazioni all'interno del perimetro pubblico o, comunque, quando l'operazione di alienazione "non ha alcuna rilevanza sul mercato dei servizi"<sup>107</sup>.

### **3.2.2 La salvaguardia dei diritti di prelazione degli altri soci**

Come si è detto in precedenza, vige il principio di libera circolazione delle partecipazioni sancito dagli artt. 2355, 2355-bis e 2469 del codice civile.

Tuttavia, la libera trasferibilità può essere limitata o esclusa per legge in alcune ipotesi.

Ad esempio, si ricorda:

- l'art. 2343, comma 3, c.c., che stabilisce che le azioni liberate con conferimenti diversi dal denaro non possono essere alienate prima del controllo sulla valutazione effettuato dagli amministratori e devono restare depositate presso la società;
- l'art. 2345, comma 2, c.c., che prevede il consenso del consiglio di amministrazione per la trasferibilità delle azioni con prestazioni accessorie;

Vi sono numerosi altri esempi di limiti legali alla circolazione delle partecipazioni<sup>108</sup>, ma ciò che rileva, in questa sede, è che il codice civile prevede anche dei limiti convenzionali alla circolazione delle partecipazioni.

Tali limiti hanno la funzione di evitare che soci non graditi entrino a far parte della compagine societaria e vengono distinti dalla dottrina<sup>109</sup> in:

- limiti contenuti in patti parasociali, definiti sindacati di blocco, che vincolano solo le parti contraenti, sicché la loro violazione non comporta invalidità dell'alienazione e la società non potrà rifiutare l'iscrizione dell'acquirente nel libro dei soci;

---

<sup>106</sup> Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369.

<sup>107</sup> T.A.R. Lazio, sez. III, 31 maggio 2017, n. 6417.

<sup>108</sup> Ad es., i limiti alla trasferibilità delle azioni in società fiduciarie e di revisione (art. 3, comma 2, legge 1966/1939) ovvero i limiti alla trasferibilità di partecipazioni rilevanti o di controllo.

<sup>109</sup> Per approfondimenti sul tema si veda Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., 9° edizione, Torino, UTET giuridica, 2015, p. 224 e ss.

- limiti statutari, con efficacia reale, la cui introduzione è consentita (per le società per azioni) dall'art. 2355-bis c.c. che può prevedere limiti alla circolazione o vietarla del tutto.

Proprio grazie alla loro efficacia reale, spesso si preferisce inserire nello statuto accordi per evitare di dover “accogliere” nuovi soci non graditi; accordi che possono assumere la “veste” di clausole di prelazione, clausole di gradimento e clausole di riscatto.

In particolare, la clausola di prelazione è la clausola “che impone al socio, che intende vendere le azioni, di offrirle preventivamente agli altri soci e di preferirli ai terzi a parità di condizioni”.

È pacifico, e lo si evince anche dalla lettera del secondo comma dell'art. 10 del Testo unico, che siano fatti salvi i diritti di prelazione dei soci eventualmente previsti dalla legge o dallo statuto.

Il problema è, piuttosto, quello di stabilire in che misura sono fatti salvi tali diritti di prelazione, ma soprattutto quello di coniugare siffatta previsione con l'esigenza dell'evidenza pubblica, atteso che attraverso l'esercizio del diritto di prelazione l'aggiudicazione della partecipazione avverrebbe non già in seguito ad una vittoria in una procedura competitiva pubblica, bensì mediante una rendita di posizione<sup>110</sup>.

A tal proposito è necessaria un'ulteriore specificazione che riguarda la classificazione delle clausole di prelazione; infatti è possibile distinguere clausole di prelazione “proprie”, ossia clausole di prelazione che prevedono il diritto del socio di acquistare le azioni con preferenza e a parità di condizioni rispetto ai terzi, e clausole “improprie”, ossia clausole di prelazione che prevedono altresì il diritto del socio di acquistare le azioni con preferenza rispetto ai terzi ma ad un prezzo predeterminato nel patto di prelazione ovvero stabilito da un arbitratore.

Dottrina e giurisprudenza amministrativa sono concordi nel ritenere compatibili con gli obblighi di evidenza pubblica solo le clausole di prelazione proprie<sup>111</sup>, sebbene, anche in questo caso, si rende necessario un'analisi della singola fattispecie ai fini della concreta azionabilità della clausola.

Infatti, una clausola che impone alla pubblica amministrazione di preferire gli altri soci rispetto ai terzi in caso di alienazione di una partecipazione propria è compatibile, sul

---

<sup>110</sup> In questi termini Sodano M.R., *Aspetti privatistici e pubblicistici della cessione di quote di società-enti*, nella sezione “contributi scientifici” del sito [www.tutormagistralis.it](http://www.tutormagistralis.it), testo disponibile al link di seguito riportato: <https://www.tutormagistralis.it/contributi-scientifici/aspetti-privatistici-e-pubblicistici-della-cessione-di-quote-di-societa-enti>

<sup>111</sup> In tal senso si veda Bonelli F. – Roli M., *Procedure di privatizzazione e clausole di prelazione*, in *Giur. Comm.*, 2, 2001, p. 259 e ss.; Cons. St., sez. V, 28 settembre 2016, n. 4041.

piano teorico, con il previo esperimento di una procedura a evidenza pubblica se la successiva cessione avviene alle condizioni proposte dai terzi.

Tuttavia, non sempre ciò è facilmente realizzabile, o almeno non in tutte le fattispecie concrete: ad esempio, quando entra in gioco anche una valutazione soggettiva sull'acquirente, ovvero quando la procedura selettiva sia stata aperta alle imprese private nel presupposto che possano fornire gli apporti tipici di tali figure e i diritti di prelazione spettino, invece, ad altri soci pubblici.

Dunque, come precisato dalla dottrina<sup>112</sup>, in questo caso non è contestabile la clausola in quanto tale, bensì la sua azionabilità nel caso concreto; a conferma di ciò, la giurisprudenza più volte ha adottato interpretazioni prudenti e particolarmente restrittive in materia di concreta azionabilità della clausola in caso di operazioni "atipiche"<sup>113</sup>.

Invece, se la clausola di prelazione è "impropria" (dunque il prezzo è predeterminato), il valore dell'iter selettivo dato dalla procedura ad evidenza pubblica è completamente nullo; da qui l'incompatibilità di siffatte clausole con i principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

In realtà, il legislatore delegato non ha previsto nel Testo unico alcuna distinzione quanto all'azionabilità dei diversi tipi di clausole di prelazione, sicché, come visto, la varietà di interessi e funzioni sottesi alle diverse operazioni di cessione delle partecipazioni potrebbe entrare in conflitto con la salvaguardia dei diritti di prelazione. Sembra preferibile, quindi, una lettura della previsione di cui al secondo comma dell'art. 10 non già come norma volta a far prevalere *tout court* i diritti di prelazione, bensì come norma volta ad escluderne l'automatica decadenza a seguito dell'entrata in vigore del Testo unico: è necessario un test di compatibilità delle clausole di prelazione con la concreta struttura dell'operazione di alienazione deliberata dall'amministrazione pubblica<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Bonura H., *L'alienazione delle partecipazioni pubbliche*, in op. cit.

<sup>113</sup> La giurisprudenza ha ritenuto, ad esempio, che la clausola di prelazione non potesse essere azionata nei casi di trasferimento delle partecipazioni ad un fiduciario (Cass. Civ., 2 maggio 2007, n.10121), nei casi di fusione (Trib. Milano, 17 ottobre 2008), in caso di conferimento in favore di società unipersonale posseduta integralmente dal medesimo conferente (Trib. Venezia, 7 novembre 2003), nel caso in cui il trasferimento delle azioni si realizzi per effetto di un conferimento in natura (Trib. Milano, 9 aprile 2008), nel caso di donazione (Trib. Milano, 29 maggio 2003) o di trasferimenti a titolo gratuito (Cass. Civ., 12 gennaio 1989, n. 93).

<sup>114</sup> In questi termini Bonura H., *L'alienazione delle partecipazioni pubbliche*, in op. cit.

### **3.3 Il recesso dell'ente dalla società e la liquidazione della quota secondo principi civilistici**

Il recesso dell'amministrazione pubblica dalla società è un'altra modalità per dismettere una partecipazione vietata dal Testo unico; una misura di razionalizzazione delle partecipazioni diversa dall'alienazione, ma il cui procedimento, in un certo senso, "si innesta" in quello di alienazione.

L'art. 24, sotto questo punto di vista, crea una stretta connessione tra le due modalità di dismissione delle partecipazioni: in particolare, si ricorda la previsione di cui al comma 5 che ricollega alla mancata alienazione delle partecipazioni (ovvero alla mancata adozione dell'atto ricognitivo) entro il termine previsto dal precedente comma 4, oltre che la perdita da parte del socio dei diritti sociali, la liquidazione della partecipazione in denaro in base ai criteri di cui all'art. 2437-ter, secondo comma, attraverso il procedimento di cui al successivo art. 2437-quater del codice civile.

Giova aprire una parentesi: dalla richiamata norma contenuta nel Testo unico si evince un netto distacco rispetto alla *ratio* del recesso esercitato da un socio "non pubblico". Il legislatore del '42 (nonché il legislatore delle varie riforme di diritto societario, non ultimo quello del 2003) pensò l'istituto del recesso come uno strumento di "difesa", di tutela della minoranza verso decisioni "drastiche" prese dalla maggioranza dei soci. Fino al 2003 erano previste solo 3 cause di recesso: cambiamento dell'oggetto sociale, trasformazione e trasferimento della sede sociale all'estero.

L'attuale disciplina (art. 2437 c.c.) ha ampliato notevolmente le stesse che possono essere distinte in cause inderogabili di recesso, cause derogabili dallo statuto della società e cause statutarie, alle quali vanno aggiunte le cause di recesso per le società facenti parte di un gruppo<sup>115</sup>.

Il legislatore delegato del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, invece, mirava alla necessità di adeguare l'assetto delle partecipazioni possedute da una pubblica amministrazione ai principi delineati dal Testo unico stesso.

Infatti, il d.lgs. n. 175/2016 impone una gestione efficiente, efficace e razionale delle partecipazioni pubbliche, individuando i casi in cui è possibile acquistarle o mantenerle e obbligando le pubbliche amministrazioni a dismetterle laddove non consentite.

---

<sup>115</sup> Per approfondimenti sul tema si veda Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., 9° edizione, Torino, UTET giuridica, 2015, p. 497 e ss.

A tal uopo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24 e 20 del Testo unico<sup>116</sup>, ogni anno le pubbliche amministrazioni sono tenute ad effettuare una ricognizione delle partecipazioni possedute, individuando quelle non consentite al fine di un celere intervento di razionalizzazione: sussistente l'obbligo di dismissione e disposta l'alienazione con il piano di riassetto elaborato successivamente all'analisi delle partecipazioni, la pubblica amministrazione ha a disposizione un anno per procedervi. Come visto nel precedente paragrafo, l'alienazione deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, e solo "in casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1 che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente"; sono, inoltre, fatti salvi i diritti di prelazione (con riferimento solo ai cd. diritti di prelazione "propri") dei soci eventualmente previsti dalla legge o dallo statuto della società.

Quindi, il senso della procedura ad evidenza pubblica è quello di garantire il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, non tanto nella scelta del cessionario, considerando la possibilità per i soci di azionare il proprio diritto di prelazione eventualmente previsto, bensì nella determinazione delle condizioni di vendita.

Tuttavia, qualora l'alienazione non venga disposta ovvero, pur essendo stata disposta, non avvenga entro un anno "dalla conclusione della ricognizione"<sup>117</sup>, ai sensi del comma 5 dell'art. 24 del Testo unico, il socio pubblico perde i diritti sociali e la partecipazione è liquidata in denaro in base ai criteri civilistici di cui alle norme poc'anzi richiamate.

A ben vedere, già la legge 27 dicembre 2013, n. 147, rafforzava l'obbligo normativo di dismissione delle partecipazioni non consentite: l'art. 1, comma 569, prevedeva, quale conseguenza di un esito negativo della procedura di vendita, che la partecipazione cessasse "ad ogni effetto" e la successiva liquidazione in denaro del controvalore da parte della società al socio.

In tal modo, nell'ottica di razionalizzare e ridurre le partecipazioni societarie, era permesso al socio pubblico di dismettere la sua quota di minoranza anche contro il

---

<sup>116</sup> Si veda il cap. II.

<sup>117</sup> Il comma 4 dell'art. 24 del Testo unico dispone quanto segue: "l'alienazione, da effettuare ai sensi dell'art. 10, avviene entro un anno dalla conclusione della ricognizione di cui al comma 1".

volere degli altri soci<sup>118</sup>: si ricordano, infatti, le disposizioni del codice civile che stabiliscono che al fine di procedere allo scioglimento della società occorre possedere la maggioranza delle partecipazioni (art. 2484 del cod. civ.), e le disposizioni poc' anzi richiamate inerenti ai limiti al diritto di recesso del socio.

La dottrina<sup>119</sup> si è a lungo interrogata circa la differenza nella produzione degli effetti tra le due fattispecie (la “cessazione ad ogni effetto” e la “perdita dei diritti sociali”). Si sottolinea, a tal proposito, che mentre la legge di stabilità per il 2014 configurava una “conversione della partecipazione in un diritto di credito”, nella nuova formulazione adottata dal Testo unico viene specificato che la mancata alienazione determina la perdita dei diritti sociali, distinguendoli dai diritti patrimoniali, sicché l'Ente che non è riuscito a reperire acquirenti entro i termini stabiliti, certamente conserverà i suoi diritti patrimoniali sulla partecipazione (come si evince dalla disposizione che fa salva la possibilità di alienare la stessa in un momento successivo, nonché dal fatto che la società deve liquidare il controvalore in denaro della partecipazione), ma non potrà, ad esempio, esercitare il diritto di voto in assemblea<sup>120</sup>. Dall'analisi dei piani di razionalizzazione di numerose pubbliche amministrazioni si riscontra che sovente l'alienazione non avviene entro il termine fissato dal Testo unico perché le gare sono deserte, gli altri soci non hanno intenzione di esercitare il diritto di prelazione e non è sempre immediato reperire acquirenti tramite trattativa privata, sicché, nonostante l'alienazione della partecipazione è preferibile sul piano teorico – tanto che in dottrina è considerata la “via maestra” per la dismissione di partecipazioni pubbliche<sup>121</sup> – in quanto si evita che la società possa risultare insolvente per mancanza di liquidità necessaria (dovendo liquidare la partecipazione al socio pubblico recedente), nella prassi risulta essere una modalità di dismissione della partecipazione molto frequente.

---

<sup>118</sup>In tal senso Centrone D., *I piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e la revisione straordinaria*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Caticcalà A., Tomo 2, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016, p. 1027.

<sup>119</sup> Per una sintesi delle varie posizioni si veda tra gli altri Renna L., *Note in tema di invalidità delle delibere assembleari e di recesso nella società per azioni nella disciplina societaria riformata*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1567; Maffei Alberti A., *sub art. 2437bis*, in *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011; Genghini L.-Simonetti P., *Le società di capitali e cooperative*, Milano, 2015, p. 712 e ss.

<sup>120</sup>Si veda tra gli altri Fabbiani E., *Società pubbliche non necessarie, obblighi di dismissione e diritto di recesso*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Caticcalà A., Tomo 1, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016, p. 431 e ss.; Centrone D., *I piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e la revisione straordinaria*, p. 1027 e ss. in op. cit.; Deliberazione Sez. Reg. di Controllo Reg. Friuli-Venezia Giulia, n. 158/2015/PAR.

<sup>121</sup> Marasà G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Rivista delle società*, fasc. 4, 1° agosto 2017, p. 795.

Dunque, onde evitare l'insolvenza e garantire continuità aziendale anche nel caso in cui la società sia "costretta" a liquidare il valore delle partecipazioni al socio pubblico (laddove non intervenga l'alienazione entro i termini di legge), le pubbliche amministrazioni hanno spesso utilizzato l'espedito della dismissione graduale delle partecipazioni.

Per comprenderne l'utilità, ricordiamo che la liquidazione del valore della quota va effettuata attraverso il procedimento di cui all'art. 2437-quater del codice civile, richiamato dal Testo unico.

Tale procedimento prevede, innanzitutto, l'offerta in opzione delle azioni del socio recedente agli altri soci in proporzione al numero di azioni possedute da ognuno; offerta che è depositata, ai sensi del comma 2 dell'articolo in esame, presso il registro delle imprese entro 15 giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione e deve essere concesso un termine non inferiore a 30 giorni decorrenti da tale deposito per l'esercizio del diritto di opzione.

Se residuano azioni inoplate, gli amministratori potranno collocarle presso terzi, ma qualora non riescano neanche in tal modo a reperire acquirenti entro 180 giorni dalla comunicazione del recesso, la società dovrà procedere all'acquisto delle azioni proprie utilizzando le riserve disponibili, eventualmente derogando a quanto previsto dall'art. 2357, comma 3, del codice civile; in caso di mancanza di utili e riserve disponibili, ai sensi del comma 6 dell'art. 2437-quater del codice civile, deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società.

Risulta palese, alla luce del procedimento di liquidazione della quota, il motivo per cui le amministrazioni pubbliche sovente hanno deliberato una graduale dismissione delle partecipazioni non più consentite ai sensi del Testo unico: è una mossa attendista che permette alla società, *in primis* di guadagnare tempo per trovare degli acquirenti, *in secundis* di realizzare utili *medio tempore* attraverso i quali dovrà liquidare il valore di partecipazioni esigue, "anticipando" il rischio di gare deserte<sup>122</sup>; addirittura, in alcuni

---

<sup>122</sup> A sostegno di quanto affermato, il Comune di Torino, come si evince dal *Piano di razionalizzazione periodica per l'anno 2019*, ha chiesto un chiarimento alla Struttura di Monitoraggio e Controllo delle Partecipazioni Pubbliche presso il MEF in ordine alla corretta interpretazione della fattispecie "in caso di mancata alienazione" di cui al comma 5 dell'art. 24 del Testo unico, essendo andata deserta la gara disposta per la cessione delle partecipazioni (nella misura del 5%) detenute dal comune stesso nella *Environment Park S.p.A.*; in particolare, nel quesito posto si rappresentava come la corretta interpretazione da un lato doveva tenere in considerazione l'esigenza di tutelare una pubblica amministrazione ottemperante agli obblighi di dismissione per aver deliberato e adottato tutte le procedure di propria competenza per alienare le partecipazioni non consentite, dall'altro lato doveva

casi, la circostanza che il socio pubblico abbia disposto una dismissione graduale delle proprie partecipazioni, ha permesso alla partecipata di eliminare la “criticità” che imponeva l’obbligo di dismissione<sup>123</sup>, ad esempio modificando l’oggetto sociale e facendo rientrare, con tale espediente, l’attività tra quelle consentite dal Testo unico. Quindi, può concludersi dicendo che il legislatore delegato, al fine di favorire una celere dismissione delle partecipazioni non consentite e superare possibili stalli relativi alla mancata alienazione entro termini ragionevoli, ha introdotto una nuova fattispecie di recesso *ex lege*, prevista per i soli enti pubblici; ipotesi di recesso che si aggiunge alle altre ipotesi, disciplinate dal codice civile, in cui il socio pubblico può comunque recedere dalla compagine societaria<sup>124</sup>.

Non resta che esaminare, per quanto concerne il recesso, la disciplina della determinazione del valore delle partecipazioni: anche in questo caso vi è un rinvio ad una norma contenuta nel codice civile (art. 2437-ter) operato dall’art. 24 del Testo unico.

La richiamata norma del codice civile stabilisce che nelle società non quotate il valore delle azioni da rimborsare è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, “tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell’eventuale valore di mercato delle azioni”.

Non è questa la sede per entrare nel dettaglio delle problematiche relative alla determinazione del valore che si evincono dalla tortuosità del procedimento delineato

---

salvaguardare l’interesse della società preservandone la continuità aziendale ed evitando anche le conseguenze irreversibili di un eventuale fallimento per crisi derivante da illiquidità.

<sup>123</sup> Sempre con riguardo al caso della *Environment Park S.p.A.*, dal *Piano di razionalizzazione periodica per l’anno 2018* si apprende che, successivamente al momento in cui il Comune di Torino ha richiesto l’avvio della procedura di cui all’art. 24, comma 5, del Testo unico, la società ha rappresentato al comune iniziative idonee ad integrare, pro-futuro, il requisito di interesse generale di cui all’art. 2, comma 1, lett. h), del Testo unico. Per tale motivo, il Comune di Torino, nonostante avesse deliberato la dismissione delle partecipazioni detenute nella suddetta società a seguito della revisione straordinaria, nel successivo *Piano di razionalizzazione per l’anno 2018* ha ritenuto di poter considerare il mantenimento della partecipazione, subordinatamente al duplice requisito della formalizzazione delle modifiche statutarie e dell’effettivo esercizio delle iniziative.

<sup>124</sup> In tal senso Bonelli L., Liberatore G., Mazzi F., *Problematiche valutative in caso di recesso degli enti pubblici dalle società partecipate. Il caso di partecipazioni in un istituto di credito.*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc. 4, 1° agosto 2017, pag. 31; Centrone D., *I piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e la revisione straordinaria*, p. 1027 e ss. in op. cit.; Fabbiani E., *Società pubbliche non necessarie, obblighi di dismissione e diritto di recesso*, p. 431 e ss. in op. cit.; in senso parzialmente diverso le deliberazioni di altre Sezioni Regionali di Controllo della Corte dei conti, tra le quali si segnala la Deliberazione Sez. Reg. di Controllo Reg. Marche, n. 25/2014/PAR, che evidenzia come la disciplina non appare riconducibile all’istituto del recesso tipico del diritto societario, non rilevando in tal senso il richiamo normativo all’art. 2437-ter, comma 2, del cod. civ., in quanto attiene unicamente all’individuazione dei criteri per la liquidazione del controvalore della partecipazione del socio cessato, non assumendo, dunque, a criterio qualificatorio della fattispecie.

dall'art. 2437-ter del codice civile<sup>125</sup>; si precisa semplicemente che tali problematiche valutative sono dovute ai numerosi interessi in gioco, peraltro già ampiamente analizzati nel presente paragrafo: *in primis* il diritto di recesso del socio pubblico che è obbligato a dismettere la partecipazione in una società non consentita dal testo unico, *in secundis* la salvaguardia del patrimonio sociale nell'interesse della società, degli altri soci e dei creditori sociali.

### **3.4 Lo scioglimento e la liquidazione della società**

Quello della dismissione delle partecipazioni è un processo che ha un punto d'inizio certamente rinvenibile nell'obbligo di dismettere la partecipazione sussistente all'esito dell'analisi ricognitiva della stessa, ma non sempre vi è un finale preventivabile al momento in cui viene disposta la dismissione.

Non sempre – anzi, come detto a più riprese, quasi mai – l'alienazione della partecipazione, considerata la corsia preferenziale<sup>126</sup> per la dismissione delle partecipazioni pubbliche, ha esito positivo.

Infatti, sussistente l'obbligo di dismissione di una partecipazione in capo alla pubblica amministrazione e disposta, in ossequio a tale obbligo, l'alienazione della stessa nel rispetto dei principi di evidenza pubblica, la gara potrebbe risultare – e spesso risulta – deserta.

Non è neanche detto si trovino acquirenti tramite trattativa privata (si ricorda la previsione di cui al comma 2 dell'art. 10 che permette la negoziazione diretta con il singolo acquirente “in casi eccezionali”), così come non è detto che gli altri soci vogliano – e possano – esercitare i loro diritti di prelazione, fatti salvi dal Testo unico. A salvaguardare la necessità di dismissione non è sufficiente neanche la già esaminata previsione di cui all'art. 24, comma 5, del Testo unico, riguardante il recesso *ex lege* nel caso in cui l'alienazione non avvenga entro un anno dalla conclusione della ricognizione.

---

<sup>125</sup> Per approfondimenti sul tema si veda Bonelli L., Liberatore G., Mazzi F., *Problematiche valutative in caso di recesso degli enti pubblici dalle società partecipate. Il caso di partecipazioni in un istituto di credito.*, in op. cit.; in particolare, gli autori sottolineano che le problematiche relative alla valutazione delle quote fanno riferimento a:

- a) la data a cui riferire la valutazione;
- b) la configurazione di valore da adottare;
- c) la scelta del metodo di valutazione;
- d) la base informativa da impiegare nel processo valutativo;
- e) l'unità di valutazione e l'applicazione di premi di maggioranza e sconti di minoranza.

<sup>126</sup> Si veda quanto affermato da Marasà G., in op. cit., in merito alla considerazione dell'alienazione come “via maestra”.

Nel caso in cui non vi siano né utili né riserve disponibili utilizzabili dalla società per provvedere alla liquidazione della quota al socio cessato, il legislatore delegato ha previsto che si applichino anche i commi 6 e 7 dell'art. 2437-quater del cod. civ., sicché la società è posta in liquidazione.

I suddetti commi, richiamati dall'art. 24, comma 6, del Testo unico, configurano una delle ipotesi di scioglimento<sup>127</sup> delle società di capitali di cui all'art. 2484 cod. civ., disciplina applicabile in quanto non derogata da alcuna norma del Testo unico<sup>128</sup>; anzi, la disciplina si sposa perfettamente con la necessità di razionalizzare e ridurre le partecipazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni.

Si pensi al caso in cui debba essere disposto lo scioglimento di una società per avere la stessa conseguito l'oggetto sociale (art. 2484, comma 1, n. 2, cod. civ.) essendo stata costituita da un ente pubblico per la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica (art. 4, comma 2, lett. b), ormai realizzata.

Ancora, si ipotizzi che sia disposto lo scioglimento della società per riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale (art. 2484, comma 1, n. 4, cod. civ.) a causa della produzione di risultati negativi per quattro dei precedenti cinque esercizi (art. 20, comma 2, lett. e, del Testo unico).

Al verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori hanno l'obbligo di procedere al suo accertamento e all'iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione di scioglimento o della delibera assembleare che dispone lo scioglimento (art. 2485, comma 1, cod. civ.); inoltre, alla denominazione della società deve essere aggiunta l'indicazione che si tratta di società in stato di liquidazione (art. 2487-bis, comma 2, cod. civ.).

---

<sup>127</sup>L'art. 2484 cod. civ., rubricato "cause di scioglimento", stabilisce che le società di capitali si sciolgono:

- 1) per il decorso del termine;
  - 2) per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie;
  - 3) per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea;
  - 4) per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter;
  - 5) nelle ipotesi previste dagli articoli 2437-quater e 2473;
  - 6) per deliberazione dell'assemblea;
  - 7) per le altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto;
- 7-bis) per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e della liquidazione controllata.

Inoltre – aggiunge il comma 3 – “le società di capitali si sciolgono per le altre cause previste dalla legge; in queste ipotesi le disposizioni dei seguenti articoli si applicano in quanto compatibili”.

<sup>128</sup> Si ricorda la disposizione di cui all'art. 1, comma 3, del Testo unico: “per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”.

Tuttavia, verificatasi la causa di scioglimento, la società non è estinta: deve provvedersi, attraverso il procedimento di liquidazione, al pagamento dei creditori sociali e alla ripartizione tra i soci dell'eventuale residuo attivo.

La disciplina è quella delineata dal codice civile, sicché si procede alla nomina dei liquidatori da parte dell'assemblea straordinaria (art. 2487 cod. civ.) che nella relativa delibera ne fissa il numero, le regole di funzionamento e i poteri.

Gli amministratori, seppur con poteri limitati, restano in carica fino alla nomina dei liquidatori i cui poteri, doveri e responsabilità sono modellati su quelli degli stessi amministratori (art. 2489 cod. civ.).

Come già anticipato, l'attività dei liquidatori è diretta, innanzitutto, al pagamento dei creditori sociali, sicché essi non possono ripartire tra i soci i beni della società finché non siano integralmente soddisfatti tutti i creditori (o almeno siano state accantonate le somme).

Ai sensi dell'art. 2490 del codice civile, se la liquidazione si protrae oltre l'anno, i liquidatori devono redigere il cd. bilancio annuale di liquidazione; inoltre, se per tre anni tale obbligo non viene ottemperato, è disposta la cancellazione d'ufficio della società dal registro delle imprese ai sensi del comma 6 dello stesso articolo.

Al termine della liquidazione i liquidatori devono redigere il bilancio finale di liquidazione ex art. 2492 del codice civile e il piano di riparto nel quale indicano la parte spettante a ciascun socio nella divisione dell'attivo.

Il bilancio finale di liquidazione deve essere approvato dai soci singolarmente (non dall'assemblea) in quanto è in gioco il loro singolo interesse all'ottenimento della quota di liquidazione.

Il procedimento di liquidazione si chiude con la cancellazione della società dal registro delle imprese su istanza dei liquidatori ex art. 2495 del codice civile, con contestuale deposito dei libri della società presso l'ufficio del registro delle imprese.

Intervenuta la cancellazione dal registro delle imprese, nonostante la società sia estinta, i creditori sociali rimasti insoddisfatti, ai sensi del comma 2 dell'art. 2495 del codice civile, possono far valere le loro ragioni nei confronti dei soci, nei limiti delle somme da loro riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi.

Praticamente la disciplina è quella civilistica<sup>129</sup>, a nulla rilevando che il socio sia un soggetto pubblico che, infatti, non ha l'obbligo di accollarsi i debiti di una propria partecipata, sicché spetterà al creditore sociale insoddisfatto l'onere di agire affinché l'ente sia chiamato a rispondere dei debiti della società; si precisa tuttavia, come affermato in vari pareri del giudice contabile<sup>130</sup>, che l'accollo dei debiti è comunque permesso in fattispecie valutate caso per caso in relazione alle motivazioni specifiche riportate negli atti amministrativi dall'ente allo scopo di dimostrarne la legittimità e la convenienza.

Quindi, tale accollo, rientra tra le scelte discrezionali dell'ente, ma deve essere debitamente motivato in quanto con esso si rinuncia al beneficio della responsabilità limitata accollandosi un debito altrui.

Tale scelta impone che si individui lo schema causale di contratto al quale ricondurre l'operazione di assunzione del debito, che si dia conto delle ragioni di utilità e di vantaggio per l'ente che la giustificano e che si verifichi se la situazione finanziaria dell'ente la permetta.

### **3.5 Analisi di alcuni casi concreti di dismissione delle partecipazioni**

#### **3.5.1 Un quadro generale sulla prassi della dismissione nei primi tre anni di applicazione del Testo unico**

Viste le modalità di dismissione delle partecipazioni non consentite dalle norme contenute nel Testo unico, conviene provare ad addentrarsi nella logica delle scelte operate delle pubbliche amministrazioni relativamente all'una ovvero all'altra misura di razionalizzazione.

Come detto più volte, effettuata la ricognizione delle partecipazioni ai sensi dell'art. 24 ovvero l'analisi delle società ai sensi dell'art. 20, qualora una pubblica amministrazione riscontri la sussistenza delle criticità di cui all'art. 20, comma 2, del Testo unico, deve procedere alla redazione di un piano che contenga idonee misure di razionalizzazione al fine di eliminare le suddette criticità.

---

<sup>129</sup> La giurisprudenza civile ha chiarito che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che un ente pubblico ne possieda, in tutto o in parte, le azioni. (Cass. Civ., Sez. Un., n. 7799/2005; Cass. Civ., Sez. Un., 17287/2006)

<sup>130</sup> Tra i quali si menzionano:

- Corte dei conti, sez. contr. Regione Basilicata, par. n. 2806/2011;
- Corte dei conti, sez. contr. Regione Lombardia, par. n. 5191/2012, par. 337/2013
- Corte dei conti, sez. contr. Regione Veneto, par. n. 980/2012;
- Corte dei conti, sez. contr. Regione Piemonte, delib. n. 487/2012.

In prima analisi, si può affermare che la compresenza di più criticità indirizza le decisioni delle pubbliche amministrazioni in sede di redazione del piano di riassetto in merito alla partecipazione in esame.

In fin dei conti, il Testo unico contiene delle regole stringenti per la detenibilità di una partecipazione societaria in capo ad una pubblica amministrazione, con l'obiettivo – palesato dalla legge delega, oltre che dai precedenti interventi normativi – di ridurre il numero; parametri che devono essere compresenti nelle società al fine di legittimare la partecipazione pubblica.

Qualora uno o più di tali parametri non sussistano, la pubblica amministrazione deve intervenire con un piano di riassetto che contenga le misure di razionalizzazione idonee a seconda del caso concreto; quindi, il Testo unico prevede un obbligo di razionalizzazione ma, come si evince dalla prassi che vede pubbliche amministrazioni disporre differenti misure in casi simili, la misura in concreto da adottare dipende da una molteplicità di fattori.

Ridurre il numero delle partecipazioni non ha, quindi, come unica strada l'alienazione delle stesse, sebbene questa sia considerata la “via maestra” dalla dottrina<sup>131</sup>.

Certamente la si può considerare “via maestra” – come si evince dalla prassi dei primi tre anni di applicazione del Testo unico – nel caso in cui l'unico fattore critico sussistente relativamente ad una partecipazione detenuta sia dato dalla circostanza che quest'ultima afferisca ad una società che svolge un'attività non strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio (art. 20, comma 2, lett a, che rinvia all'art. 4).

In questo caso, infatti, non si tratta di un difetto strutturale dato dalla presenza di un numero maggiore di amministratori rispetto al numero dei dipendenti, né vi è la necessità di ridurre i costi ovvero di aggregare due società che svolgono attività analoghe o simili: si tratta di dovere effettivamente eliminare una partecipata dall'organigramma societario di una pubblica amministrazione in quanto svolge un'attività irrimediabilmente incompatibile con le finalità istituzionali di quest'ultima.

L'avverbio “irrimediabilmente” lascia uno spiraglio per quei casi in cui la pubblica amministrazione possa deliberare in merito ad una modifica dell'oggetto sociale per far sì che l'attività della società rientri tra quelle consentite dall'art. 4 del Testo unico:

---

<sup>131</sup> Marasà G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. n. 100/2017)*, 1° agosto 2017, op. cit.

una strada non sempre percorribile, specie nei casi in cui l'ente pubblico detenga una quota di minoranza che non permette di modificare lo statuto agevolmente<sup>132</sup>.

Bisogna precisare che il numero di azioni o di quote possedute da una pubblica amministrazione in una società avente ad oggetto la produzione di beni e servizi non strettamente necessaria alle sue finalità istituzionali incide non solo sulla scelta tra la dismissione e il mantenimento, potendosi (ad esempio) in questo secondo caso ricorrere ad una modifica dell'oggetto sociale (nei limiti di quanto permesso), ma anche sulle stesse modalità di dismissione.

Infatti, se la pubblica amministrazione possiede la maggioranza delle quote o delle azioni è più facile che si proceda alla dismissione delle partecipazioni mediante lo scioglimento della società e la liquidazione, altrimenti, quando l'ente pubblico detiene partecipazioni di minoranza in una società, la dismissione è comunque attuabile mediante l'alienazione delle quote o delle azioni detenute dall'ente pubblico nella società in questione.

Qualora l'alienazione – da attuarsi secondo le modalità di cui all'art. 10 del Testo unico – non avvenga entro un anno dalla ricognizione, si procede alla liquidazione della partecipazione in denaro in base ai criteri di cui all'art. 2437-ter, secondo comma, attraverso il procedimento di cui al successivo art. 2437-quater del codice civile.

Nelle motivazioni ai piani di riassetto adottati all'esito della revisione straordinaria<sup>133</sup> con riferimento alle partecipazioni societarie che non rientravano nelle categorie di cui all'art. 4 (art. 20, comma 2, lett. a) la Regione Marche ha evidenziato la questione disponendo l'alienazione in quanto “non possedendo la maggioranza delle azioni non si può procedere alla liquidazione della società”.

Si può avere un analogo riscontro prendendo visione dei piani di revisione straordinaria e di razionalizzazione della Provincia di Pesaro e di Urbino.

In particolare, la suddetta amministrazione provinciale marchigiana (attraverso il suo Consiglio provinciale) – all'interno del piano di revisione straordinaria<sup>134</sup> – ha previsto la dismissione delle partecipazioni in società che non rispettavano i requisiti richiesti

---

<sup>132</sup> Basti pensare che per la modifica dell'oggetto sociale, la cui delibera deve essere adottata dall'assemblea straordinaria, è necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentano più della metà del capitale sociale in prima convocazione, mentre, in seconda convocazione è necessaria una maggioranza rafforzata di più di un terzo del capitale sociale; per approfondimenti sul tema si veda Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., 9° edizione, Torino, UTET giuridica, 2015, p. 314 e ss.

<sup>133</sup> Revisione straordinaria delle partecipazioni societarie detenute dalla Regione Marche contenuta nella Deliberazione della Giunta regionale n. 1101 del 25/09/2017.

<sup>134</sup> Delibera Consiglio provinciale n. 32/2017.

dall'art. 20, comma 2, del Testo unico, potendo procedere alla liquidazione solo quando deteneva la totalità delle partecipazioni, come nel caso della società denominata “Valore Immobiliare s.r.l.” che presentava perdite reiterate.

In altre società in cui la Provincia di Pesaro e di Urbino deteneva una quota di partecipazione esigua e che non rispettavano i requisiti di cui al suddetto art. 20, l'amministrazione provinciale ha dovuto disporre l'alienazione mediante gara pubblica ovvero, subordinatamente all'infruttuosità di quest'ultima, il recesso e la liquidazione della quota.

### **3.5.2 La Legge Delrio ha rimischiato il mazzo di carte delle società pubbliche**

La forte crisi economica ed istituzionale che ha accompagnato la fine del primo decennio degli anni duemila, evidenziò delle piaghe nel sistema amministrativo italiano quali il policentrismo, il sovraccarico dei livelli di rappresentanza, l'inefficienza degli apparati amministrativi, la sovrapposizione delle competenze e la dispersione delle responsabilità e la moltiplicazione dei centri di spesa con costi diretti e indiretti sulla finanza pubblica: è su questo terreno che nasce la Legge n. 56/2014, recante “Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle Unioni e fusioni di Comuni”, che presentava un tentativo di revisione e regolazione organica dell'intera disciplina degli enti locali, secondo una nuova visione del sistema territoriale italiano<sup>135</sup>.

La richiamata riforma rileva – dal punto di vista delle società partecipate – in quanto ha trasferito funzioni e competenze tra i vari livelli di governo, sicché numerose partecipate non erano più strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio: in poche parole, il trasferimento delle competenze da un livello di governo ad un altro ha determinato la sussistenza della criticità di cui all'art. 20, comma 2, lett. a), del Testo unico.

Vero è che il Testo unico è successivo alla Legge Delrio, ma nel 2017 ancora non era avvenuta la dismissione di molte delle partecipazioni afferenti alle società in questione. Per esempio, per quanto riguarda il trasferimento di competenze tra i diversi livelli di governo nel territorio regionale della Toscana, a seguito dell'entrata in vigore nella Legge regionale n. 22/2015 (“Riordino delle funzioni provinciali e attuazione della Legge n. 56/2014”), la Regione è subentrata in numerose funzioni prima esercitate

---

<sup>135</sup> De Donno M., *La riforma del governo locale nella legge Delrio: qualche riflessione cinque anni dopo*, 3 aprile 2019, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

dalle Province e dalle Città metropolitane, tra le quali le funzioni in materia di energia (art. 2, comma 1, lett. e, L.R. n. 22/2015).

Per tale motivo, le partecipazioni detenute dalle amministrazioni di livelli di governo diversi dalla Regione dovevano essere dismesse, come avvenuto per quanto riguarda la partecipazione detenuta dalla Provincia di Livorno (e da altre pubbliche amministrazioni, tra cui l'amministrazione comunale livornese) in una società *in house* avente ad oggetto la produzione di beni e servizi nel settore energetico.

Analogamente, in Campania, la Legge regionale n. 14/2016 – recante “Norme in materia di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti” – ha attuato il trasferimento delle funzioni di organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani alle amministrazioni comunali, stabilendo che queste ultime esercitano tale funzione in forma associata, essendo il territorio regionale ripartito nei cd. “A.T.O.” (Ambiti territoriali ottimali), suddivisibili nei cd. “S.A.D.” (Sub ambiti distrettuali).

È fatto obbligo ai comuni aderire all'EdA (Ente d'Ambito territoriale) in cui ricade il rispettivo territorio per l'esercizio in forma associata delle funzioni in materia di gestione del ciclo dei rifiuti (art. 25, comma 1, legge regionale n. 14/2016).

Alla luce del suddetto trasferimento di competenze alle amministrazioni comunali, l'attività di gestione del ciclo dei rifiuti nel territorio provinciale salernitano esercitata dalla “EcoAmbiente Salerno S.p.A.” risultava essere al di fuori delle finalità istituzionali della Provincia di Salerno, con conseguente obbligo di dismetterne le relative partecipazioni in ossequio alle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016.

Il 21 marzo 2018 la Provincia di Salerno, in qualità di socio unico, ha deliberato, in sede di assemblea straordinaria, di non procedere alla ricapitalizzazione ai sensi dell'art. 2447 cod. civ., rendendosi doveroso, oltre che obbligatorio ai sensi di legge, lo scioglimento della società ex art.2484 n.4 cod. civ., con contestuale nomina di un liquidatore.

### **3.5.3 L'alienazione delle partecipazioni indirette detenute dalla Regione Campania in “CEINGE Biotecnologie Avanzate S.c.a.r.l.” avvenuta mediante trattativa privata**

Ai sensi del comma 1 dell'art. 24 del Testo unico – come detto a più riprese all'interno del presente elaborato – ciascuna amministrazione pubblica avrebbe dovuto effettuare, entro sei mesi dall'entrata in vigore del Testo unico stesso (termine poi prorogato, la

ricognizione di tutte le partecipazioni possedute attraverso un provvedimento motivato, individuando quelle da alienare ovvero in relazione alle quali adottare le misure di cui all'art. 20, commi 1 e 2.

La norma precisa che sono oggetto di ricognizione anche le partecipazioni indirette, ossia le partecipazioni – secondo la definizione data dall'art. 2, comma 1, lett. g), del Testo unico – “in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica”: una previsione necessaria per risolvere il problema delle cd. “scatole cinesi” presentato dal commissario Cottarelli.

La obbligo di cooperazione delle pubbliche amministrazioni in sede di ricognizione delle partecipazioni è “la chiave per aprire le scatole cinesi”, atteso che precedentemente all'entrata in vigore del Testo unico, la mancanza di norme cogenti in tal senso aveva reso inattuato le disposizioni della finanziaria per l'anno 2008 (art. 1, commi da 27 a 33)<sup>136</sup>.

La Regione Campania è un'amministrazione che si è distinta per l'efficienza della sua indagine e della sua attività di razionalizzazione e riduzione delle partecipate pubbliche; a sostegno di quanto detto basta riportare un semplice dato: le società in cui la regione deteneva partecipazioni dirette o indirette nel 2015 erano 43 e a tre anni dall'entrata in vigore del Testo unico sono 7<sup>137</sup>.

Tra le varie operazioni di dismissione delle partecipazioni riportiamo in questa sede il caso della CEINGE Biotecnologie Avanzate S.c.a.r.l.; società che, come risultava dalla ricognizione delle partecipazioni effettuata nel 2017 dalla Regione Campania, era controllata in via indiretta per il tramite della Sviluppo Campania S.p.A., titolare di una quota pari al 60% del capitale sociale.

In occasione della ricognizione straordinaria è stata rilevata la sussistenza di uno dei “fattori critici” di cui al comma 2 dell'art. 20 del Testo unico: in particolare, la partecipazione societaria non rientrava in alcuna delle categorie di cui all'art. 4 del medesimo Testo unico (art. 20, comma 2, lett. a), considerando che svolgeva attività volta alla realizzazione, al potenziamento e alla gestione dei centri di ricerca scientifica

---

<sup>136</sup>Si veda il paragrafo 2.1.

<sup>137</sup> Dati acquisiti dalla visione del Piano di Revisione Straordinaria (adottato con Delibera della Giunta Regionale n. 603/2017 ed approvato dal Presidente della Giunta con Decreto n. 274/2017), dal Piano di Razionalizzazione Periodica 2018 (adottato con Delibera della Giunta Regionale n. 7/2019 ed approvato dal Presidente della Giunta con Decreto n. 204/2018) e dal Piano di Razionalizzazione Periodica 2019 (adottato con Delibera della Giunta Regionale n. 1/2020 e approvato dal Presidente della Giunta con Decreto n. 1/2020)

e tecnologica operanti nel settore dell'ingegneria genetica e delle altre biotecnologie avanzate.

Per quanto appena detto, in occasione della revisione straordinaria la Regione Campania ha disposto la dismissione della partecipazione attraverso l'alienazione della stessa.

La cessione, come si evince dalle motivazioni del provvedimento di ricognizione, era da effettuare non attraverso una procedura ad evidenza pubblica bensì mediante una trattativa privata con un singolo acquirente, in applicazione della previsione di cui al secondo del secondo comma dell'art. 10 del Testo unico.

Si rammenta che la suddetta disposizione ammette che “in casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione [...] l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente”.

Nel piano di revisione straordinaria si legge che “la società non è strumentale al perseguimento delle finalità istituzionali della Regione”, tuttavia “le attività del CEINGE risultano potenzialmente sinergiche e strumentali con attività e finalità di Enti del Servizio Sanitario Regionale in materia di sviluppo della ricerca clinica, della biologia molecolare e delle biotecnologie avanzate con applicazioni in ambito oncologico e nella prevenzione, diagnosi e cura delle patologie tumorali”, sicché al fine di “non disperdere il *know-how* e le elevate competenze scientifiche del CEINGE” e per “consentirne lo sviluppo semplificando l'attuale composizione proprietaria” e favorire “una gestione maggiormente sinergica”, “la cessione delle quote avverrebbe in coerenza con quanto previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 175/2016 e in attuazione di un protocollo d'intesa che coinvolge le diverse istituzioni socie del CEINGE ed un Ente del Servizio Sanitario Regionale”.

Quindi, ai sensi del punto 3) dell'intesa tra Regione, Università degli Studi di Napoli Federico II, Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, CEINGE e Sviluppo Campania S.p.A. approvata con Decreto della Giunta Regionale n. 778/2017, la Regione Campania si impegna ad adottare l'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della propria partecipazione indiretta in favore dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 10, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 175/2016<sup>138</sup>; atto deliberativo adottato successivamente con DGR n. 107/2018

---

<sup>138</sup> Ai sensi del comma 1 dell'art. 10 del Testo unico, “gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche sono adottati secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1”; dunque, in caso di partecipazioni regionali, ai sensi

che dava indirizzo all'Organo amministrativo di Sviluppo Campania S.p.A. di procedere alla cessione delle partecipazioni da essa detenute in favore dell'AOU Federico II dopo il completamento della procedura di ammissione di quest'ultima nella compagine societaria da effettuare ai sensi dell'art. 6 dello statuto.

#### **3.5.4 Il recesso esercitato dalla Città metropolitana di Milano nella “Navigli Lombardi S.c.a.r.l.”**

Nel presente capitolo è stato più volte menzionato il caso in cui – stante l'obbligo di dismettere una o più partecipazioni in società – venga indetta infruttuosamente una gara pubblica per reperire acquirenti.

Tuttavia, potrebbe accadere che l'indizione della gara pubblica sia aprioristicamente impedita da una norma di legge ovvero da una disposizione statutaria che impongono che una determinata percentuale di quote sia detenuta da soggetti pubblici.

In questi casi, il socio pubblico alienante dovrebbe provare a cedere le partecipazioni oggetto di dismissione mediante una trattativa privata con altri soggetti pubblici; tentativo che potrebbe rivelarsi a sua volta infruttuoso, considerando che i soggetti pubblici – potenziali acquirenti – potrebbero avere analoghi obblighi di dismissione da rispettare.

Il recesso – con liquidazione del valore della quota a favore del socio cessato – sembra essere, in questi casi, la soluzione preferita dalle pubbliche amministrazioni, il “piano B” da adottare nel caso in cui non si riesce ad alienare la partecipazione né tramite una procedura ad evidenza pubblica (per i suddetti impedimenti statutari), né tramite una trattativa privata con altri soggetti pubblici (che sono a loro volta soggetti ad obblighi di dismissione, ovvero semplicemente disinteressati all'acquisto delle partecipazioni). La Città metropolitana di Milano – dopo aver il suo Sindaco metropolitano provveduto ad approvare il piano di razionalizzazione adottato in attuazione della legge n. 190/2014 (art. 1, commi da 611 a 615) – era in una situazione analoga in relazione alle partecipazioni detenute nella società Navigli Lombardi S.c.a.r.l. nella quale deteneva una quota pari al 10% del capitale sociale.

Tale organismo societario svolgeva attività di gestione e valorizzazione turistico-culturale dei navigli e delle relative pertinenze territoriali: un'attività non considerata indispensabile al perseguimento delle finalità istituzionali della città metropolitana,

---

della lett. b) del primo comma dell'art. 7 cui l'art. 10 fa rinvio, è necessario un “provvedimento del competente organo della regione” che nel caso della Regione Campania è la Giunta Regionale.

pertanto nel decreto n. 104/2015 il Sindaco ha disposto la dismissione della partecipazione.

Il Consiglio metropolitano con provvedimento n. 49/2015 del 30/11/2015 ha deliberato la dismissione della quota detenuta nella società dalla Città metropolitana di Milano<sup>139</sup>; dismissione che, nelle intenzioni iniziali, doveva avvenire mediante l'indizione di una gara pubblica che tuttavia non fu mai indetta in quanto l'art. 5, comma 3, dello Statuto societario prevede che le quote di partecipazione detenute complessivamente dalla Regione Lombardia, dal Comune di Milano, dalla Provincia di Milano (*rectius* Città metropolitana di Milano), dalla Provincia di Pavia, e dal Comune di Pavia non possono essere complessivamente inferiori al 51% del capitale sociale.

Rivelandosi infruttuoso anche il tentativo di trattativa privata coi suddetti soci, il Consiglio metropolitano con nota del 02/02/2016 n.22085 ha chiesto all'assemblea della società di pronunciarsi, nel corso della prima seduta utile, ai sensi dell'art. 1 comma 569bis della legge n. 147/2013, in ordine alla possibilità di recesso della Città metropolitana di Milano dalla compagine societaria ed alla relativa liquidazione della quota detenuta, consentendo la dismissione della partecipazione divenuta illegittima.

L'assemblea della società, nel corso della seduta del 16/12/2016, ha dato atto che il valore della quota da liquidare, come indicato dal Consiglio di amministrazione e supportato dalla perizia del Collegio sindacale, era da ritenersi pari al valore nominale della stessa; dunque, a seguito di tale determinazione, la Città metropolitana, con nota del 14/02/2017, ha inoltrato alla società una formale richiesta di versamento del valore della quota quantificato in euro 10.000,00.

La riscossione della somma da parte del socio pubblico recedente è effettivamente avvenuta in data 20/06/2018, chiudendo definitivamente l'iter di dismissione.

### **3.5.5 Lo scioglimento di una società partecipata “antieconomica”**

Il caso di studio che verrà ora esaminato riguarda una società a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico costituita da un comune per la gestione delle spiagge libere ed attrezzate all'interno del territorio comunale.

Si riportano di seguito i punti salienti del bando pubblico per l'affidamento della gestione suddetta.

---

<sup>139</sup> È quanto si apprende dalla lettura del decreto del Sindaco metropolitano n. 71/2017 del 23/03/2017, avente ad oggetto la “revisione straordinaria delle partecipazioni detenute dalla Città metropolitana di Milano ai sensi dell'art. 24 c. 2 del Decreto Legislativo n. 175 del 19.8.2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica)”.

Innanzitutto, il bando pubblicato dal Comune di Lerici indicava l'oggetto della gara nella scelta dei soci da parte del comune per la sottoscrizione del 49% del capitale sociale della costituenda società a responsabilità limitata denominata "Lerici Mare S.r.l.", avente per scopo la gestione delle spiagge libere ed attrezzate situate nel territorio comunale come previsto dalle concessioni demaniali marittime di cui è titolare il comune, la promozione di attività di carattere turistico, commerciale e la realizzazione di servizi marittimi e terrestri nel suddetto territorio.

Al punto 2) il bando prevedeva l'impegno da parte del comune di richiedere, ai sensi dell'art. 46 del Codice della navigazione, il subingresso della costituenda società nelle concessioni demaniali marittime relative alle spiagge libere ed attrezzate situate nel Comune di Lerici.

Al punto 3) del bando era previsto che ogni richiedente dovesse sottoscrivere una quota del 7% dell'intero capitale sociale legata alla gestione di una sola delle sette spiagge di cui il richiedente avrebbe dovuto occuparsi nella conduzione dei relativi servizi.

Come requisito di partecipazione alla gara era prevista un'esperienza nella gestione di spiagge.

Gli artt. 22 e 23 dello statuto della "Lerici Mare S.r.l." – in linea con quanto previsto dal punto 3) del bando – prevedevano, per quanto riguarda la ripartizione degli utili, che per ognuna delle 7 spiagge doveva essere disposto un registro sul quale annotare l'incasso quotidiano conseguito; l'ammontare complessivo dei corrispettivi annotati relativi alle varie spiagge determinava, al termine della stagione balneare, il fatturato complessivo della società e in proporzione ai corrispettivi dell'esercizio annotati dai singoli soci (decurtati dei costi di gestione) erano assegnati i compensi ad ognuno di essi.

La misura degli utili da ripartire era deliberata dall'assemblea in sede di approvazione del bilancio annuale, previo accantonamento di una quota da destinare al fondo di riserva ordinario.

Successivamente, durante la vita della società, modifiche statutarie e patti parasociali hanno messo in dubbio la legittimità e la convenienza dell'affidamento.

In particolare, con deliberazione n. 37 del 20/07/2006 viene approvato un nuovo schema di statuto e nuovi patti parasociali che hanno introdotto la divisibilità e la libera trasferibilità delle quote; inoltre, il nuovo statuto non prevedeva la suddetta disposizione contenuta nell'art. 22 dell'originario statuto, distaccandosi dalle

condizioni individuate dal bando pubblico di gara con il quale sono stati reperiti i soci privati della “Lerici Mare S.r.l.”.

A seguito di tali modifiche il comune non aveva più alcuna partecipazione agli utili, sebbene i patti parasociali prevedevano un introito annuale per il comune di euro 50.000 IVA compresa, corrisposto dalla società a fronte dell’impegno da parte del comune medesimo di favorire la visibilità e l’immagine della “Lerici Mare S.r.l.” e delle spiagge in gestione.

Già il Commissario Straordinario, in sede di approvazione del piano di razionalizzazione previsto dal comma 612 dell’art. 1 della legge di stabilità 2015, aveva “avvisato” la futura amministrazione comunale di “verificare la sostenibilità dell’assetto societario e operativo rispetto al quadro normativo vigente relativo alle concessioni del demanio marittimo”.

Si faceva riferimento – come riportato dalla deliberazione del Consiglio comunale di Lerici avente per oggetto lo scioglimento e la liquidazione della società “Lerici Mare S.r.l.” – ai criteri di cui all’art. 1, comma 611, della legge n. 190/2014<sup>140</sup>, nonché ai criteri di cui all’art. 34, commi 20 e 21, del d.l. n. 179/2012.

Il suddetto comma 20 stabilisce che “per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità e la gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è effettuato, sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta”.

Il comma 21 aggiunge che qualora gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del d.l. n. 179/2012 non risultino conformi alla normativa europea in materia, devono essere adeguati entro il 31 dicembre 2014; il mancato adempimento di tali obblighi determina la cessazione dell’affidamento.

---

<sup>140</sup> I criteri di cui all’art. 1, comma 611, della legge di stabilità per il 2015 sono i seguenti:

- a) Eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;
- b) Soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) Eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;
- d) Aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;
- e) 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.

Stante tale premessa, il Consiglio comunale di Lerici – nella già citata deliberazione avente per oggetto lo scioglimento e la liquidazione della società “Lerici Mare S.r.l.” (Deliberaz. Cons. comunale Lerici n. 51/2015) – ha rilevato quanto segue.

- a) Mancava la previsione in sede di gara di un limite di tempo per l’affidamento in gestione dell’attività, con previsione allo scadere di una nuova gara; addirittura, in un caso analogo, il Consiglio di Stato aveva ritenuto non essere sufficiente delimitare temporalmente l’affidamento (circostanza, in questo caso, non rispettata in sede di gara), ma che invece era necessario prevedere l’obbligo di cessione della quota del socio privato al nuovo socio, individuato sempre tramite gara pubblica, a condizioni predeterminate.
- b) Mancava la valutazione in sede di gara del contenuto economico delle prestazioni del socio privato; nel bando di gara, infatti, la selezione era avvenuta con la semplice attribuzione di un punteggio sulla base dell’esperienza pregressa nel settore, né erano specificate le condizioni economiche dell’attività affidata in gestione.

Inoltre, nello statuto allegato era prevista una modalità di ripartizione dei compensi ai soci amministratori determinata in proporzione ai rispettivi incassi in un determinato esercizio; clausola poi sostituita nel 2007 dall’assemblea dei soci con il riconoscimento a favore della società di un canone forfettario di euro 50.000, non oggetto di gara.

Si ricorda, a tal proposito, che – secondo i principi comunitari – in sede di gara deve essere determinato in modo puntuale il criterio di scelta del socio privato in relazione alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche e deve essere adeguatamente valutato il contenuto economico delle prestazioni stesse, in modo che l’imprenditore consegua precisamente le utilità che potrebbe trarre all’affidamento del servizio.

La gara in esame, invece, non aveva posto in valutazione le capacità tecniche dei soci in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, mediante la previsione di un’offerta tecnica dei servizi da svolgere, né aveva previsto un’offerta economica, limitandosi a valutare l’esperienza pregressa dei potenziali contraenti.

In più, le condizioni economiche delle prestazioni da fornire, previste in modo generico nello statuto, dopo neanche essere state oggetto di gara, erano state

disattese fino ad essere modificate in modo contrario alle regole degli affidamenti dei servizi.

- c) Mancava il requisito dell'indispensabilità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Si è visto nel precedente capitolo a proposito della nozione di "indispensabilità" di cui all'art. 1, comma 611, lett. a), della legge di stabilità per il 2015 che il Giudice contabile ha ritenuto che il suddetto requisito dovesse essere valutato con riferimento alle altre possibili forme organizzative o, ancora, alla scelta tra internalizzazione ed esternalizzazione del servizio<sup>141</sup>; si aggiunge che la medesima Sezione di controllo ha precisato che il comune, a tal uopo, dovesse valutare l'efficacia e l'economicità della formula organizzativa prescelta, alla luce del principio del buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione.

In quest'ottica – tenendo presente anche che la Regione Liguria aveva reso in data 30/11/2015 un parere ad avviso del quale le uniche formule organizzative previste dalle linee guida sono la società *in house* ovvero l'affidamento a terzi con gara – nella citata deliberazione (n. 51/2015) il Consiglio comunale di Lerici aveva stabilito che la formula organizzativa della società mista non era più conforme al perseguimento delle finalità istituzionali del comune.

Una valutazione, quella effettuata dal Comune di Lerici, conforme ai principi di efficienza ed economicità, considerando che da un'analisi di mercato compiuta presso un altro comune era emerso che il canone richiesto in sede di gara per la gestione di una singola spiaggia era mediamente di euro 35.000 (mentre il Comune di Lerici ne riceveva 50.000, ma per la gestione di tutte le 7 spiagge del territorio comunale); pertanto – concludeva il Consiglio della citata delibera – la protrazione del sistema di gestione attraverso la società mista "Lerici Mare S.r.l." avrebbe comportato anche un danno alle casse comunali, sotto forma di mancati introiti, atteso che condizioni economiche previste dai patti parasociali e dallo statuto erano antieconomiche.

In conclusione, per i motivi riportati ai punti a), b) e c), il Consiglio comunale di Lerici, con la deliberazione n. 51/2015, ha deliberato lo scioglimento anticipato e la liquidazione della "Lerici Mare S.r.l.".

---

<sup>141</sup>Corte dei conti, Sezione di controllo per la Lombardia, deliberaz. n. 424 del 16 novembre 2015.

#### **4. (segue) LE MISURE DI RAZIONALIZZAZIONE CHE LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ADOTTANO IN RIFERIMENTO ALLE PARTECIPAZIONI DA MANTENERE**

SOMMARIO: 4.1 La modifica dell'oggetto sociale: la ridefinizione della *mission* aziendale – 4.1.1 La modifica dell'oggetto sociale proposta dalla società “Environment Park S.p.A.” al Comune di Torino ai fini del mantenimento della partecipazione in mano pubblica – 4.2 Il comma 5 dell'art. 20 del TUSP: la possibilità che i piani di riassetto prevedano la razionalizzazione delle partecipazioni societarie attraverso operazioni straordinarie – 4.2.1 *Focus* sul divieto di “soccorso finanziario” – 4.3 Sulla trasformazione delle società a partecipazione pubblica – 4.3.1 In particolare: la trasformazione cd. eterogenea delle società partecipate – 4.3.2 La controversa questione della trasformazione eterogenea regressiva di una società di capitali in azienda speciale – 4.3.3 La trasformazione in azienda speciale di una s.r.l. con fatturato medio nel triennio precedente inferiore ad un milione di euro – 4.4 La fusione e la scissione di società partecipate per perseguire obiettivi di integrazione, razionalizzazione e contingentamento delle risorse – 4.4.1 Riportare *in bonis* le società interessate alla fusione: la complessa operazione messa in atto dalla Regione Campania per la creazione di un polo unico ambientale – 4.4.2 La soluzione adottata dal Comune di Reggio Emilia per risolvere le criticità di cui all'art. 20, comma 2, lettere b), d) e g) – 4.4.3 Operazioni straordinarie complesse al servizio della creazione di un modello *in house* legittimo – 4.4.4 La scissione come operazione per trasferire partecipazioni da una pubblica amministrazione ad un'altra – 4.5 L'adozione di un piano industriale per razionalizzare i costi di funzionamento di una società partecipata

##### **4.1 La modifica dell'oggetto sociale: la ridefinizione della *mission* aziendale**

L'art. 24 del nuovo Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica introduce un procedimento di revisione straordinaria delle partecipazioni societarie detenute dalle amministrazioni pubbliche che si affianca – e precede – quello periodico da effettuare con cadenza annuale, disciplinato dall'art. 20 del medesimo Testo unico. Nei precedenti capitoli si è ampiamente discusso sulla funzione dei due procedimenti di razionalizzazione e sul coordinamento delle due disposizioni, con particolare riferimento alla capacità del disegno del legislatore delegato di creare una soluzione di continuità tra i criteri da adottare in sede di revisione straordinaria e quelli da adottare in sede di razionalizzazione periodica.

Il collegamento tra le due disposizioni è rinvenibile, infatti, *in primis* dalla previsione di cui all'art. 26, comma 11, del Testo unico<sup>142</sup> e *in secundis* nei numerosi e reciproci rinvii contenuti nelle due norme in esame.

In particolare, l'art. 24 prescrive che le partecipazioni detenute in società, sia direttamente che indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche, alla data di entrata in vigore del decreto, non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'art. 4, commi 1, 2 e 3, ovvero che non soddisfano i requisiti di cui all'art. 5, commi 1 e 2, o che ricadono in una delle ipotesi di cui all'art. 20, comma 2 (i cd. "fattori critici"), sono alienate o sono oggetto delle misure indicate dall'art. 20, commi 1 e 2.

Tra le richiamate misure di cui ai primi due commi dell'art. 20 del Testo unico sono annoverati cd. "piani di riassetto per la razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione": una previsione ampia, considerando che permette alle pubbliche amministrazioni di agire direttamente sulle società per risolvere le criticità (oltre che sulle partecipazioni, attraverso la loro alienazione ovvero mediante il recesso ex lege), anche attraverso la previsione – nei suddetti piani di riassetto – di operazioni straordinarie, quali trasformazione, fusione e scissione; inoltre, le misure possibili sono eterogenee, atteso che il cd. piano di razionalizzazione può comportare il contenimento dei costi attraverso l'adozione di un piano industriale ovvero mediante una modifica dell'oggetto sociale.

Quelle appena elencate sono misure di razionalizzazione che le pubbliche amministrazioni possono adottare – anzi, devono adottare – anche in riferimento alle partecipazioni societarie che intendono mantenere, dunque, sorge spontaneo chiedersi, innanzitutto, il *modus operandi* di tali misure affinché queste possano permettere all'ente di non alienare la partecipazione.

La modifica dell'oggetto sociale di una partecipata da parte dell'ente pubblico socio, a tal proposito, potrebbe essere considerata una misura "opportunistica", attesa la sua intrinseca idoneità a creare le circostanze affinché la partecipazione possa essere mantenuta laddove la società presenti delle criticità "sanabili".

Non vi è una norma all'interno del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica che prevede espressamente come misura di razionalizzazione una modifica dell'oggetto sociale, come invece è prevista, ad esempio, per l'alienazione, espressamente contemplata al comma 1 dell'art. 24 come soluzione all'emersione delle

---

<sup>142</sup> Laddove la disposizione precisa che "salva l'immediata applicazione della disciplina sulla revisione straordinaria di cui all'articolo 24, alla razionalizzazione periodica di cui all'articolo 20 si procede a partire dal 2018, con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017".

criticità in relazione alle partecipazioni oggetto di ricognizione, sicché anche in questo senso si potrebbe considerare, quella in esame, una misura dettata dall'opportunità delle pubbliche amministrazioni nell'adeguare l'assetto delle loro partecipazioni ai dettami del d.lgs. n. 175/2016.

Innanzitutto, bisogna ricordare che quando viene costituita una società a partecipazione pubblica la determinazione dell'oggetto sociale – che costituisce “il tipo di attività economica che la società si propone di svolgere”<sup>143</sup> – deve attenersi rigorosamente a quanto previsto dall'art. 4 del Testo unico, il cui comma 1 vieta – come visto nel primo capitolo – la costituzione di “società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie (dell'ente pubblico socio) finalità istituzionali”, mentre al comma 2 la norma consente esclusivamente l'esercizio di determinate attività all'interno dei limiti indicati dal precedente comma.

Tuttavia, come detto a più riprese, la disposizione di cui all'art. 4 si applica anche in sede di razionalizzazione annuale (così come è stata applicata in sede di revisione straordinaria), sicché, rilevata all'esito della ricognizione la “non necessarietà” dell'attività sociale rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio, quest'ultimo dovrà intervenire con un piano di riassetto contenente idonee misure di razionalizzazione al fine di eliminare la criticità.

Nella prassi si sono verificati casi in cui – nella situazione appena descritta – le pubbliche amministrazioni, in un primo momento, hanno disposto la dismissione delle partecipazioni, salvo poi – nel successivo piano di razionalizzazione – tornare sui loro passi ed optare per il mantenimento delle stesse: un cambio di rotta che non può certo avvenire *sic et simpliciter*, richiedendo che, all'esito dell'analisi delle società partecipate effettuata per l'anno successivo, vi siano le condizioni legittimanti il mantenimento della partecipazione.

La sussistenza di tali condizioni che legittimano il mantenimento di partecipazioni societarie – laddove le stesse non potevano essere mantenute all'esito della ricognizione dell'anno precedente – è spesso subordinata ad una modifica dell'oggetto sociale della partecipata: una ridefinizione della *mission* aziendale, sì da far rientrare l'attività esercitata tra quelle consentite dall'art. 4 del Testo unico.

---

<sup>143</sup> Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., 9° edizione, Torino, UTET giuridica, 2015, p. 151.

Bisogna precisare che l'art. 7, comma 7, del Testo unico prevede che “le modifiche di clausole dell’oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell’attività della società” devono essere adottate con le modalità di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo.

Dunque, per deliberare la modifica dell’oggetto sociale di una società partecipata dallo Stato è competente il Presidente del Consiglio dei Ministri che provvede con decreto, su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri; in caso di partecipata regionale, provvede il competente organo della regione; è necessaria, invece, una deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; mentre, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche, è necessaria una delibera dell’organo amministrativo dell’ente.

A prescindere dalla competenza, l’atto deliberativo di cui sopra deve essere redatto in conformità con quanto previsto dall’art. 5, comma 1, del Testo unico: deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società di perseguire le finalità istituzionali di cui all’art. 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; motivazione che deve tener conto anche della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa.

La dottrina si è soffermata sull’ipotesi di modifica dell’oggetto sociale in mancanza dell’atto deliberativo suddetto, rilevando che, stante il mancato rinvio al comma 6 dell’art. 7, deve ritenersi che siffatta omissione determini l’invalidità della delibera assembleare da far valere dinanzi al giudice ordinario secondo le regole di cui agli artt. 2377, 2378 e 2479-ter del codice civile<sup>144</sup>, sicché la delibera – rientrando nella fattispecie di cui all’art. 2377, comma 5, n. 2 – può essere annullata solo nel caso in cui sia adottata con voto determinante, ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta per la sua adozione, del socio pubblico espresso in assenza di qualsivoglia atto deliberativo ovvero sulla base di un atto deliberativo invalido.

La devoluzione di tale fattispecie al giudice ordinario è in linea con il principio più volte affermato dalla giurisprudenza, secondo il quale sono devolute al giudice

---

<sup>144</sup> Si veda Sanna V., *La costituzione delle società a partecipazione pubblica e l’acquisto delle partecipazioni in società già costituite*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018, p. 205 e ss.; Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, 2016, p. 367.

amministrativo le controversie relative “all’attività unilaterale prodromica ad una vicenda societaria, considerata dal legislatore di natura pubblicistica, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima”, mentre sono devolute a giudice ordinario le controversie relative a “tutti i successivi atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello societario – dal contratto di costituzione della società, alla successiva attività della compagine partecipata, fino al suo scioglimento – ivi comprese le “controversie rivolte ad accertare l’intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto sociale, siano esse estranee (...) e/o alla stessa sopravvenute e derivanti dalla procedura amministrativa a monte”<sup>145</sup>.

A parte questa breve ma doverosa parentesi, ciò che si vuole mettere in evidenza in questa sede è la motivazione che spinge le pubbliche amministrazioni a disporre una misura come la modifica dell’oggetto sociale di una sua partecipata: evitare l’uscita da una compagine societaria efficiente, “eludendo” l’obbligo di dismissione derivante dal Testo unico facendo rientrare, attraverso quest’espedito, l’attività tra quelle consentite dall’art. 4.

Infatti, quella in esame è una misura di razionalizzazione che può essere disposta in relazione a società aventi ad oggetto un’attività di produzione di beni o servizi non strettamente necessarie per le finalità istituzionali dell’ente pubblico socio, dunque in casi in cui l’alternativa alla disposizione della modifica dell’oggetto sociale per fare in modo che l’attività della società rientri tra quelle consentite dall’art. 4 consisterebbe nell’alienazione della partecipazione (ovvero nella liquidazione della società qualora interamente partecipata dalla pubblica amministrazione).

Giova sottolineare che la modifica dell’oggetto sociale, nei primi tre anni di applicazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, non è stata una misura di razionalizzazione particolarmente frequente nella prassi, avendo le pubbliche amministrazioni preferito ricorrere a differenti soluzioni quali la dismissione delle partecipazioni da effettuare mediante l’alienazione delle stesse, riservandosi la possibilità di poter effettuare il recesso dalla compagine societaria in caso di mancata alienazione, ovvero la liquidazione della società, se interamente partecipata dall’ente pubblico.

---

<sup>145</sup> In questi termini la motivazione di Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30167; nella medesima direzione Cons. St., Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10; TAR Sardegna, 14 marzo 2012, n. 280.

#### **4.1.1 La modifica dell’oggetto sociale proposta dalla società “Environment Park S.p.A.” al Comune di Torino ai fini del mantenimento della partecipazione in mano pubblica**

Il caso della “Environment Park S.p.A.” permette di chiarire il motivo per cui, poc’anzi, la modifica dell’oggetto sociale è stata definita una misura “opportunistica”. Nella prassi, infatti, tale misura è stata utilizzata dalle pubbliche amministrazioni per evitare di dismettere partecipazioni non consentite ai sensi del Testo unico, in particolare con riferimento alle partecipazioni in “società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali” di cui all’art. 4, per far rientrare l’attività di tali società tra quelle consentite.

Nel caso di specie, il Comune di Torino – che deteneva una quota di partecipazione pari al 24,53% del capitale sociale della “Environment Park S.p.A.” – aveva rilevato, in sede di revisione straordinaria<sup>146</sup> effettuata ai sensi dell’art. 24 del Testo unico, che non vi erano le condizioni necessarie per il mantenimento della partecipazione, con particolare riferimento all’attività esercitata dalla società che non risultava non assolvibile in assenza di un intervento pubblico ovvero svolta a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, secondo la definizione di “servizio di interesse generale” di cui all’art. 2, comma 1, lett. h): per questo motivo il Comune di Torino aveva contestualmente deliberato la dismissione della partecipazione nella misura del 5% attraverso l’alienazione della stessa, da effettuare mediante una procedura ad evidenza pubblica, salvo poi procedere negli anni successivi alla vendita di ulteriori quote.

La motivazione addotta alla delibera di alienazione di una quota ben inferiore rispetto a quella detenuta dal Comune faceva riferimento – con notevole lungimiranza – alla volontà di non determinare l’insolvenza della società per mancanza di liquidità necessaria laddove, in caso di mancata alienazione, la stessa avrebbe dovuto procedere alla liquidazione della quota del socio cessato in ossequio a quanto previsto dal comma 5 dell’art. 24 e alla necessità di garantire lo stesso pagamento, facilitato dalla dismissione di una quota esigua.

In effetti, in data 12 luglio 2018 la gara è stata dichiarata deserta, sicchè dopo aver tentato senza risultati la via della negoziazione diretta, alla data 30 settembre 2018 si

---

<sup>146</sup> Approvata con deliberazione del Consiglio comunale del 2 ottobre 2017, n. mecc. 2017 03503/064

è determinato l'obbligo di liquidazione della quota nella misura del 5%; pertanto, il Comune ha formalmente richiesto l'avvio del procedimento previsto dall'art. 24, comma 5.

Negli anni successivi la storia avrebbe potuto ripetersi fino alla totale dismissione della quota detenuta dal Comune di Torino nella società, se non che, successivamente, la società ha rappresentato al Comune iniziative che sono apparse idonee ad integrare, *pro futuro*, il requisito di "interesse generale" di cui all'art. 2, comma 1, lett. h), del Testo unico.

In particolare, la società – che aveva ad oggetto l'attuazione e lo sviluppo dei parchi tecnologici – proponeva di "mettere a disposizione le proprie strutture secondo modalità che assicurino accessibilità fisica ed economica, imparzialità e non discriminazione, continuità, qualità e sicurezza, a favore di soggetti che promuovano attività di ricerca"<sup>147</sup> e ha presentato una proposta di modifica statutaria volta ad esplicitare in modo espresso tali funzioni, astrattamente non incompatibili con lo statuto vigente in quel momento.

In questo modo, la società avrebbe risolto il problema della riconducibilità dell'attività svolta ad una di quelle permesse dall'art. 4 per le società partecipate, infatti, nel piano di razionalizzazione delle partecipazioni detenute dal Comune di Torino alla data del 31 dicembre 2017 (*rectius*, piano di razionalizzazione 2018) adottato con deliberazione del Consiglio comunale del 10 dicembre 2018, l'amministrazione comunale ha ritenuto di poter considerare, subordinatamente al duplice requisito della formalizzazione delle modifiche statutarie e del concreto esercizio delle iniziative, il mantenimento della partecipazione per la quota residua; valutazione, quest'ultima, altresì subordinata alla condizione che il Comune monitorasse, in occasione dell'adozione di ogni piano di razionalizzazione, l'effettivo interesse generale della società con riserva di adottare le misure di cui all'art. 20 del Testo unico in caso insussistenza del suddetto.

Quindi, ricapitolando e chiarendo i passaggi procedurali, la "Environment Park S.p.A.", con nota prot. n. 89/19 del 18 settembre 2019, ha formalmente trasmesso al Comune la proposta di modifica dello statuto sociale, con particolare riferimento all'art. 6 relativo all'oggetto sociale, osservando quanto precedentemente deliberato

---

<sup>147</sup> È quanto riportato dal Comune di Torino all'interno del piano di razionalizzazione del 2018, approvato con deliberazione del Consiglio comunale del 10 dicembre 2018, n. 117; successivamente confermato nel piano di razionalizzazione 2019, approvato con deliberazione del Consiglio comunale del 16 dicembre 2019, n. 128.

dal Consiglio comunale in occasione del piano di razionalizzazione periodica delle partecipazioni detenute dal comune alla data 31 dicembre 2017 (deliberazione n. 117/2018); tale proposta è stata confermata dal Comune di Torino con nota prot. n. 2144 del 25 settembre 2019.

Nel successivo piano di razionalizzazione delle partecipazioni detenute dal Comune di Torino (deliberaz. 16 dicembre 2019, n. 128) l'amministrazione comunale ha confermato il mantenimento delle partecipazioni nella "Environment Park S.p.A." per la parte di quota residua, escludendo, dunque, il 5% in corso d'alienazione, subordinando il mantenimento della partecipazione alla formale modifica dello statuto sociale.

Con la stessa Deliberazione del Consiglio comunale n. 128/2019 è stata approvata la proposta di modifica statutaria riguardante l'oggetto sociale e in data 14 luglio 2020 si è tenuta l'assemblea straordinaria della società "Environment Park S.p.A." per l'approvazione della predetta modifica dello statuto.

Dunque, il Comune di Torino ha potuto confermare, con il piano di razionalizzazione delle partecipazioni detenute alla data 31 dicembre 2019, il mantenimento della partecipazione per la parte di quota residua, escludendo il 5% ancora non alienato e per il quale si auspica che l'alienazione avvenga entro febbraio 2021.

Un *iter* simile ha visto coinvolta un'altra partecipata del Comune di Torino – la "C.A.A.T. S.c.p.A." – confermando l'abilità dell'amministrazione comunale nel far ricadere l'oggetto delle società tra quelli consentiti dal Testo unico, prevedendo una modifica dello stesso laddove incompatibile.

## **4.2 Il comma 5 dell'art. 20 del TUSP: la possibilità che i piani di riassetto prevedano la razionalizzazione delle partecipazioni societarie attraverso operazioni straordinarie**

### **4.2.1 Focus sul divieto di "soccorso finanziario"**

Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica non disciplina direttamente le operazioni straordinarie, ma contenendovi numerosi riferimenti, si ritiene sia applicabile l'art. 1, comma 3, del Testo unico medesimo che stabilisce che per tutto quanto non derogato si applica la normativa societaria di diritto comune.

I suddetti riferimenti sono rinvenibili:

- all'art. 7, comma 7, per quanto riguarda la necessità di un atto deliberativo della pubblica amministrazione per procedere alla trasformazione della società;

- all'art. 8, comma 1, con riguardo alla medesima necessità di un atto deliberativo della pubblica amministrazione per le operazioni di acquisto di partecipazioni in società già costituite, tramite l'aumento di capitale ovvero altre operazioni straordinarie;
- all'art. 14, comma 5, con riguardo alle limitazioni al ricorso ad operazioni straordinarie ai fini del ripianamento delle perdite del capitale sociale;
- infine, all'art. 20, commi 1, 2 e 5, per quanto riguarda la possibilità che le pubbliche amministrazioni predispongano – all'esito della ricognizione delle partecipazioni effettuata ai sensi del Testo unico – un piano di riassetto delle partecipazioni anche tramite operazioni straordinarie.

All'interno del presente elaborato le prime due norme sono già state ampiamente esaminate<sup>148</sup>, dunque, in questa sede, verranno trattate le ultime due norme, in particolare quella di cui all'art. 20, commi 1, 2 e 5.

Giova, però, soffermarsi brevemente sulla discussa previsione di cui all'art. 14, comma 5, del Testo unico.

La norma stabilisce che le amministrazioni pubbliche “non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie in favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali”.

Una questione – quella del “soccorso finanziario” da parte di una pubblica amministrazione in favore di una società partecipata – di notevole rilevanza in quanto si pone al crocevia fra vincoli di contabilità pubblica e scelte discrezionali dell'amministrazione pubblica<sup>149</sup>.

In particolare, tale divieto – come evidenziato dalla giurisprudenza della Corte dei conti<sup>150</sup> – è espressione del principio generale secondo cui, al fine di assicurare un corretto utilizzo delle risorse pubbliche e al fine di garantire la libera concorrenza, è

<sup>148</sup> Si veda, in particolare, par. 1.8.

<sup>149</sup> In questi termini Cancilla F. A., *Il divieto di “soccorso finanziario” della pubblica amministrazione nei confronti delle società partecipate*, 21 febbraio 2019, in *Ratio Iuris – Rivista Giuridica*, testo disponibile al link seguente <https://www.ratioiuris.it/3629-2/>

<sup>150</sup> Tra le varie pronunce si veda Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per il Piemonte, 21 aprile 2015, n. 99/2015/PRSE; Corte dei conti, Sez. di controllo per la Regione Sicilia, 7 maggio 2014, n. 59/2014/PAR; Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per l'Abruzzo, 21 ottobre 2015, n. 279/2015/PAR; Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Campania, 26 ottobre 2016, n. 333/2016/PAR; Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 2 settembre 2016, 224/2016/PRSE; Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 21 dicembre 2016, n. 419/2016/VSG.

necessario limitare l'intervento incondizionato delle pubbliche amministrazioni a sostegno di organismi partecipati, a maggior ragione quando non vi siano prospettive di recupero dell'economicità e dell'efficienza della gestione.

Infatti, tenendo presente che gli enti pubblici che partecipano ad una società di capitali sono responsabili nei confronti dei creditori sociali nei limiti della quota di capitale detenuta, l'ente pubblico che procede al soccorso finanziario si accolla, di fatto, i debiti di un soggetto terzo, con ingiustificato vantaggio per i creditori della società, vanificando il meccanismo della responsabilità limitata.

In dottrina, tuttavia, è stato rilevato come non si possano ignorare le inefficienze generate dalla previsione di un vincolo inelastico<sup>151</sup>, sottolineando, *in primis*, che il divieto potrebbe pregiudicare l'equilibrio patrimoniale della società ed impedire il risanamento di una situazione di crisi "non irreversibile".

Si pensi al caso in cui vi siano delle perdite d'esercizio che riducono la consistenza del patrimonio sociale ma senza giungere all'annullamento del capitale sociale, o comunque alla sua riduzione al di sotto del minimo legale: il divieto in esame, in questo caso, potrebbe compromettere il perseguimento di un idoneo piano di risanamento, aggravando ulteriormente la crisi.

*In secundis*, il divieto di "soccorso finanziario" potrebbe portare gli amministratori a tenere condotte azzardate, ad esempio ritardando la rilevazione di perdite rilevanti, ovvero spostando in avanti il momento nel quale se ne registra l'incidenza sul capitale sociale attraverso la rivalutazione delle poste contabili, attraverso la redazione del bilancio secondo principi contabili internazionali che permettono di compensare perdite reali con realizzi anche solo attesi, legittimando, in tal modo, gli amministratori a continuare l'esercizio dell'attività in una situazione di sofferenza e procrastinando il momento di emersione della crisi.

Infine, è possibile che si verifichi un danno erariale per la pubblica amministrazione. Infatti, se l'ente pubblico non può sottoscrivere nuove azioni o quote, lo farà qualcun altro, ma bisogna tenere presente che il valore del patrimonio sociale – come risultante dal bilancio redatto dalla società secondo i consueti canoni della prudenza – potrebbe eccedere quello contabilizzato, in particolare con riferimento ad alcuni *asset* conferiti dal socio pubblico, generando riserve occulte.

---

<sup>151</sup> In questo senso Pecoraro C., *Le operazioni straordinarie*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018, p. 533 e ss.

Dunque, qualora l'aumento di capitale dedicato al terzo non tenesse conto di ciò predeterminando il sovrapprezzo in funzione del valore reale del complesso aziendale (come detto, superiore a quello contabilizzato), "l'ente pubblico che aveva originariamente sottoscritto il contratto sociale e conferito *asset* di pregio rischierebbe di veder diluito il valore della propria partecipazione con sicura emersione di un danno erariale"<sup>152</sup>.

Tuttavia, il socio pubblico – grazie alle eccezioni di cui all'art. 14, comma 5, che rinvia agli artt. 2447 e 2482-ter del codice civile – conserva il potere di aderire ad operazioni di ricapitalizzazione in situazioni estreme, ossia quando la società ha patito una perdita integrale del capitale sociale, ovvero ha subito una riduzione dello stesso al di sotto della soglia del minimo legale, sicché, almeno nelle ipotesi in cui è più elevato il rischio di un danno erariale, è derogato il divieto di partecipare all'operazione di aumento del capitale.

#### **4.3 Sulla trasformazione delle società a partecipazione pubblica**

Nel precedente paragrafo è stato fatto riferimento alla previsione di cui all'art. 7, comma 7, del Testo unico che estende le regole procedurali dettate per la costituzione, da parte di un soggetto pubblico, di una società all'operazione di trasformazione delle società.

In virtù del rinvio operato dal comma 7 dell'art. 7 ai primi due commi del medesimo articolo, è necessaria una deliberazione da parte dell'organo competente a formare la volontà dell'ente pubblico<sup>153</sup> ed è altresì necessario che l'atto sia analiticamente motivato con riferimento all'opportunità – ovvero alla necessità – di adottare un diverso tipo sociale – ovvero un ente non societario, in caso di trasformazione eterogenea – per il perseguimento delle finalità istituzionali, sulla scorta delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, dando contezza della compatibilità del

---

<sup>152</sup> In questi termini Abriani N., *Assetti proprietari, modelli di governance e operazioni straordinarie nelle società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale?*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, I.

<sup>153</sup> Ossia del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, per quanto riguarda le partecipazioni statali; dell'organo competente della regione, per le partecipazioni regionali; del consiglio comunale, per quelle comunali; dell'organo amministrativo dell'ente, negli altri casi.

nuovo modello organizzativo ai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa<sup>154</sup>.

Il fatto che la norma in esame del Testo unico faccia riferimento al procedimento per deliberare la trasformazione di una società pubblica non lascia dubbi circa l'ammissibilità della trasformazione stessa, né vi sono dubbi sulla possibilità di ricorrere tanto ad una trasformazione cd. omogenea – della quale è dubbia, tuttavia, l'utilità concreta, considerando che il Testo unico ridimensiona fortemente le differenze intercorrenti tra S.p.A. e s.r.l.<sup>155</sup> – quanto ad una trasformazione cd. eterogenea.

#### **4.3.1 In particolare: la trasformazione cd. eterogenea delle società partecipate**

La trasformazione eterogenea di una società partecipata riscuote certamente più interesse della trasformazione omogenea in relazione agli obiettivi di cui alla legge delega di razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni secondo i criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

Deliberando un'operazione di trasformazione eterogenea – dunque, modificando il modello organizzativo – un ente pubblico, all'esito della ricognizione delle partecipazioni effettuata ex art. 24 del Testo unico ovvero all'esito dell'analisi delle società effettuata ex art. 20, può mantenere la partecipazione, in quanto molti dei modelli organizzativi di “destinazione” di una trasformazione eterogenea di una società per azioni ovvero di una società a responsabilità limitata (gli unici tipi societari ammessi dal Testo unico, è bene ricordarlo) esulano dal campo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016.

L'art. 2500-septies del codice civile – rubricato “trasformazione eterogenea da società di capitali” – stabilisce che è ammessa la trasformazione in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni d'azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni. Tuttavia, in virtù della resistenza ad ammettere che l'amministrazione pubblica possa assumere partecipazioni che la espongono a responsabilità illimitata, si ritiene debba

---

<sup>154</sup> Sulla motivazione della deliberazione di trasformazione si esprime in questi termini Pecoraro C., *Le operazioni straordinarie*, in op. cit.; in particolare l'autore sostiene che “il richiamo all'obbligo di motivare l'atto amministrativo deve essere letto con alcuni adattamenti resi necessari dallo specifico oggetto della decisione” (p. 541).

<sup>155</sup> Si pensi all'omologazione dei controlli. In virtù dell'art. 3, comma 2, del Testo unico nelle s.r.l. a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto devono in ogni caso prevedere la nomina dell'organo di controllo o di un revisore; inoltre, ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2, nelle s.r.l. a controllo pubblico ciascuna pubblica amministrazione socia, indipendentemente dalla quota posseduta, è legittimata a presentare denuncia sì gravi irregolarità al tribunale.

essere esclusa la trasformazione di una società di capitali in associazione non riconosciuta<sup>156</sup>.

Invece, considerando che l'art. 3, comma 1, del Testo unico permette alle pubbliche amministrazioni di partecipare a società consortili, costituite in forma di S.p.A. o s.r.l., anche in forma cooperativa, deve ritenersi ammissibile anche la trasformazione di una partecipata in società consortile o cooperativa.

Anzi, è opportuno sottolineare, *in primis*, che le finalità che inducono una pubblica amministrazione a partecipare ad una società spesso si coniugano meglio con lo scopo consortile o mutualistico sotteso ai suddetti tipi societari e, *in secundis*, che la trasformazione potrebbe valorizzare specifiche esigenze nell'azione amministrativa del socio pubblico: si pensi al caso in cui la trasformazione in società consortile o in società cooperativa si metta al servizio di una più ampia operazione finalizzata a creare le condizioni affinché singoli enti pubblici possano procedere all'affidamento diretto di un servizio ad una comune partecipata; ma, con riguardo allo scopo consortile e a quello mutualistico, il vantaggio è rinvenibile anche in caso di trasformazione di una società mista pubblico-privata, nel caso in cui i soci, massimizzando le sinergie tra le diverse sfere dell'organizzazione pubblica e riducendo, al contempo, sensibilmente i costi, ottengano come risultato una maggiore efficienza nell'erogazione del servizio. Inoltre, per confermare la fattibilità della trasformazione in società consortile o cooperativa, si ricorda l'art. 31 T.U.E.L. che stabilisce che “gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili”.

Se è permesso agli enti locali partecipare ad un consorzio, corrispondentemente sarà loro permesso partecipare ad una società consortile o cooperativa, anche qualora la partecipazione avvenga a seguito di una trasformazione che abbia come risultato detti modelli societari<sup>157</sup>.

Vi sono, nella prassi, anche casi di trasformazione di società di capitali pubbliche in fondazioni, atteso che non vi è una norma nel Testo unico che vieta la partecipazione delle pubbliche amministrazioni in tali enti.

---

<sup>156</sup> In tal senso si veda Campobasso G. F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 400; Maltoni M. – Ruotolo A., *Problemi di riassetto delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in AA. VV., *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera F., Torino, 2010, p. 246 e ss.

<sup>157</sup> In tal senso Pecoraro C., *Le operazioni straordinarie*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018, p. 545.

Anzi, trasformare una società pubblica in una fondazione è funzionale al mantenimento della partecipazione in un ente il cui patrimonio è destinato ad uno scopo di utilità pubblica in campo assistenziale o culturale, infatti, proprio per rendere coerente e sostenibile la funzione di una società per azioni quale presidio culturale e territoriale con i vincoli relativi alla detenibilità della partecipazione numerose amministrazioni pubbliche – tra le quali si segnala la Regione Campania relativamente alla partecipazione detenuta nella “Trianon S.p.A.” – hanno deliberato la trasformazione di tali enti societari in fondazioni.

#### **4.3.2 La controversa questione della trasformazione eterogenea regressiva di una società di capitali in azienda speciale**

La trasformazione cd. regressiva di una società di capitali partecipata in mano pubblica in azienda speciale è certamente la fattispecie che riscuote maggior interesse, atteso che costituisce il percorso inverso rispetto a quello di privatizzazione intrapreso negli anni '90.

Innanzitutto, è opportuno definire l'azienda speciale come “l'ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale” (art. 114 T.U.E.L.); dunque, dal punto di vista pratico, l'azienda speciale costituisce un modello organizzativo per l'esercizio dell'attività di impresa da parte della pubblica amministrazione concorrente ed alternativo rispetto a quello che prevede la costituzione di una società: un modello che permette di esternalizzare lo svolgimento di attività che, altrimenti, sarebbero state compiute direttamente dalla pubblica amministrazione secondo lo schema dell'impresa-organo<sup>158</sup>.

La scelta della pubblica amministrazione di esercitare l'impresa attraverso l'uno o l'altro modello organizzativo dipende unicamente dalla valutazione che la stessa amministrazione effettua sull'adeguatezza a realizzare gli interessi da essa perseguiti, tenendo presente le diversità tra le caratteristiche dei due modelli: una società, seppur partecipata da un soggetto pubblico, è sottoposta alla normativa di diritto comune, mentre il codice organizzativo dell'azienda speciale rimane pervaso da un carattere essenzialmente pubblicistico<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> Giannini M. S.; *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 227 e ss.

<sup>159</sup> Pecoraro C, *Le operazioni straordinarie*, in op. cit.

Una valutazione che dovrebbe orientare la pubblica amministrazione non solo in sede di costituzione, ma anche in sede di trasformazione dell'ente.

Tuttavia, l'autonomia organizzativa dell'amministrazione pubblica sembrerebbe limitata fortemente dal combinato disposto degli artt. 115 T.U.E.L. e 35, comma 8, l. n. 448/2001.

Il primo dei suddetti articoli disciplina la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni: operazione che normalmente determina la privatizzazione del servizio, per l'impossibilità da parte dell'ente pubblico di gestirlo in modo efficiente. Dall'esame della norma emerge il *favor* del legislatore per l'utilizzo del modello organizzativo della società per azioni, in quanto in astratto dovrebbe garantire una maggior efficienza nell'erogazione del servizio secondo la logica imprenditoriale e del mercato, perseguendo il ritorno economico tipico di un privato imprenditore<sup>160</sup>.

È necessario contestualizzare l'emanazione di una norma come quella di cui all'art. 115 T.U.E.L. che disciplina la trasformazione di aziende speciali in S.p.A. senza prevedere l'inversa operazione di ri-pubblicizzazione.

Il Testo unico degli enti locali è stato emanato nel 2000, dunque sull'onda degli interventi di privatizzazione degli anni '90; onda, peraltro, cavalcata dal legislatore anche con la previsione di cui all'art. 35, comma 8, l. n. 448/2001 che sembrava addirittura obbligare la suddetta trasformazione di aziende speciali in S.p.A.

Sulla scorta di quanto appena detto, inizialmente fu dubitata la legittimità dell'operazione di trasformazione di una S.p.A. in azienda speciale, salvo poi intervenire la deliberazione della Corte dei conti, n. 2/SEZAUT/2014/QMIG, con la quale il Giudice contabile ha chiarito che la suddetta operazione è compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi entrambi dotati di patrimonio separato a garanzia dei terzi e dei creditori, sia con le norme pubblicistiche, intese a ricondurre entrambi gli organismi ad un regime uniforme per quanto riguarda il rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

Pur tuttavia, non può ignorarsi il problema della compatibilità della disciplina generale dell'operazione straordinaria di trasformazione eterogenea con quella di settore predisposta dal Testo unico degli enti locali in materia di aziende speciali alle quali può essere affidata la sola gestione dei servizi locali privi di rilevanza economica (art. 113-bis T.U.E.L.), sicché quando la società ha per oggetto la gestione di servizi locali

---

<sup>160</sup> In tal senso Saltelli G., *La legittima trasformazione di una società per azioni in azienda speciale: ultimo orientamento del Consiglio di Stato*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, dicembre 2018.

di rilevanza economica, l'adozione del modello organizzativo dell'azienda speciale sembrerebbe preclusa, come si evince dal combinato disposto degli artt. 113 e 113-bis del T.U.E.L. che indicano la forma societaria come il modello organizzativo esclusivo di quest'attività.

Dunque, in caso di servizio locale di rilevanza economica, l'amministrazione pubblica che non intenda esternalizzare l'attività sulla base di una procedura competitiva per l'affidamento in concessione sarebbe vincolata allo strumento privatistico della società, ed in particolare quel tipo di società contraddistinto dai caratteri dell'*in house providing*<sup>161</sup>.

Ed è pacifico, anche con riferimento a tale problematica, che se l'ente pubblico non può costituire un'azienda speciale per gestire un servizio a rilevanza economica, non potrà certamente trasformare una società che esercita un servizio a rilevanza economica in un'azienda speciale.

In contrapposizione con quanto appena detto, si segnalano tentativi di forzare tale limite ammettendo la trasformazione cd. eterogenea regressiva in azienda speciale anche quando la società opera per la gestione di servizi a rilevanza economica<sup>162</sup>: in tali fattispecie si è fatto leva sull'abrogazione tacita dell'art. 35, comma 8, l. n. 488/2001, e sull'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011 che ha decretato l'abrogazione della normativa sull'affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, anche se si può affermare che la questione abbia perso valore dopo il depotenziamento dei requisiti prescritti per l'affidamento diretto a favore delle società partecipate avvenuto grazie al recepimento delle direttive europee sul modello dell'*in house* ad opera del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. In conclusione, la trasformazione eterogenea regressiva di una società di capitali in azienda speciale deve ritenersi pienamente ammissibile, dando la possibilità all'ente pubblico territoriale di modificare il modello organizzativo adottato per l'esercizio dell'attività d'impresa evitando di dare luogo ad una duplice vicenda estintiva-costitutiva, sicchè, in applicazione del principio generale di continuità dei rapporti giuridici di cui all'art. 2498 del codice civile, attraverso la trasformazione, l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti sostanziali e processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

---

<sup>161</sup> In questi termini Pecoraro C., *Le operazioni straordinarie*, in op. cit.

<sup>162</sup> Si segnalano i seguenti casi: trasformazione della "ARIN S.p.A." in "Azienda speciale ABC", trasformazione della "Società Metropolitana Acque Torino S.p.A." (SMAT) in azienda speciale.

Anzi, così come bisogna leggere le previsioni di cui agli artt. 115 T.U.E.L. e 35, comma 8, l. n. 488/2001 nel contesto in cui è stato emanato il corpus di norme che lo contiene, ossia un contesto che favoriva la privatizzazione, dunque l'adozione del modello organizzativo societario, bisogna contestualizzare anche la buona riuscita dei tentativi di trasformazione di società di capitali in aziende speciali – con beneplacito del Giudice contabile, come si evince in particolar modo dal parere favorevole alla trasformazione reso dalla Sezione di controllo per la Regione Lombardia, n. 2/2014 – in un momento in cui il modello organizzativo societario non è visto di buon occhio (a causa degli abusi nell'utilizzo dello stesso) come si evince dalle restrizioni al suo utilizzo introdotte in principio dalla Finanziaria del 2008 e dalle successive leggi finanziarie o di stabilità e culminate con l'adozione del d.lgs. n. 175/2016 recante il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

#### **4.3.3 La trasformazione in azienda speciale di una s.r.l. con fatturato medio nel triennio precedente inferiore ad un milione di euro**

Il Commissario straordinario Carlo Cottarelli poneva il problema delle partecipate dei comuni di piccole dimensioni ai primi posti tra quelli da risolvere in materia di partecipazioni pubbliche per perseguire la razionalizzazione delle stesse<sup>163</sup>.

Trattasi, spesso, di partecipate con fatturati esigui dovuti al fatto che forniscono servizi ad un piccolo bacino d'utenza.

Il legislatore delegato, in risposta a questa problematica, ha previsto all'art. 20, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 175/2016 l'obbligo di adottare un piano di razionalizzazione in relazione a partecipazioni in società che, nel precedente triennio (rispetto all'adozione del piano), abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro. Nella suddetta categoria rientrano, tuttavia, anche società che – nonostante l'esiguo fatturato – producono risultati d'esercizio sistematicamente positivi, ovvero che svolgono attività che comunque strettamente funzionali al perseguimento delle finalità dell'ente pubblico che ne detiene le partecipazioni sicché, in relazione ad esse, quest'ultimo avrebbe tutto l'interesse a far proseguire l'esercizio dell'attività svolta dalla partecipata.

---

<sup>163</sup> "Non si vede perché piccoli comuni, che non hanno capacità gestionali elevate, dovrebbero avere partecipate. Se proprio le devono avere, che si associno." Cottarelli C., *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare.*, Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2015, p. 100.

Trattasi di società costituite per la produzione di servizi pubblici locali, di servizi di interesse generale, per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente controllante ovvero, addirittura, di "multiutility" costituite per l'esercizio congiunto di tutte le suddette attività.

È quest'ultimo – quello della società "multiutility" – il caso della "Borgo Servizi s.r.l.", società controllata dal Comune di Borgo a Mozzano, costituita con deliberazione del Consiglio comunale n. 6 del 10 gennaio 2008, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 267/2000 ("Testo unico degli enti locali"), ed avente ad oggetto la "realizzazione e la gestione di impianti e strutture destinati alle attività sportivo-ricreative, di impianti finalizzati al risparmio energetico e allo sfruttamento di energie alternative rinnovabili, la realizzazione di interventi di trasformazione urbana, la gestione di servizi ed attività educative, culturali e sociali, nonché la gestione di entrate del comune controllante, con particolare riferimento alle entrate tributarie"<sup>164</sup>.

Il Comune di Borgo a Mozzano aveva optato per il mantenimento della partecipazione in quanto ritenuta "indispensabile al perseguimento dei fini istituzionali del Comune controllante" in occasione dell'adozione del piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni predisposto ai sensi del comma 611 dell'art. 1 della legge n. 190/2014 ed approvato dalla Giunta e dal Consiglio comunale, rispettivamente, con le deliberazioni n. 38 del 31 marzo 2015 e n. 19 del 29 aprile 2015.

Successivamente, con l'aggiornamento del piano operativo di razionalizzazione delle società partecipate effettuato mediante la revisione straordinaria delle medesime ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 175/2016, adottato con Deliberazione del Consiglio comunale n. 34 del 29 settembre 2017, è stato rilevato che la "Borgo Servizi s.r.l." fosse in possesso di tutti i requisiti prescritti ai fini del mantenimento della partecipazione societaria, ad eccezione del requisito di cui all'art. 20, comma 2, lett. d), del Testo unico, avendo prodotto un fatturato medio nel precedente triennio di euro 51.166 annui, dunque di gran lunga inferiore non solo al limite stabilito dalla norma (come detto, di un milione di euro) ma anche al limite transitorio di euro 500.000.

Per questo motivo, in occasione della revisione straordinaria, il Consiglio comunale esprimeva la volontà di procedere alla trasformazione di detta società a responsabilità limitata in azienda speciale ex art. 114 del d.lgs. n. 267/2000, precisando che la trasformazione dovesse osservare sia la normativa pubblicistica con particolare

---

<sup>164</sup> "Relazione trasformazione Borgo Servizi s.r.l." allegata alla Deliberazione del Consiglio comunale n. 42 del 25/10/2017.

riferimento al già richiamato art. 114, sia la normativa privatistica di cui agli artt. 2498, 2499, 2500 e 2500-bis cod. civ. (disciplina generale della trasformazione) e all'art. 2500-septies cod. civ. (disciplina specifica relativa alla trasformazione eterogenea da società di capitali).

Dal combinato disposto delle richiamate norme si ricava, innanzitutto, che per la costituzione di un'azienda speciale (dunque anche per deliberare la trasformazione in azienda speciale) è competente esclusivamente il Consiglio comunale che, con specifico atto, è tenuto ad approvarne contestualmente lo statuto, il piano-programma (comprendente il contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale e azienda speciale), il budget economico almeno triennale, il bilancio di esercizio e il piano degli indicatori di bilancio (comma 8 dell'art. 114 T.U.E.L.).

Si applica, come detto a più riprese, il principio di continuità dei rapporti giuridici di cui all'art. 2498 cod. civ. e – anche se non è questo il caso – la trasformazione è ammissibile anche in pendenza di procedura concorsuale, purché non vi siano incompatibilità (art. 2499 cod. civ.).

L'atto di trasformazione, ai sensi dell'art. 2500 cod. civ. deve contenere le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato ed è soggetto alla disciplina e alle forme di pubblicità del tipo adottato, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione.

Inoltre, in via preliminare, si rende necessario, salvo espressa rinuncia dei soci, redigere, a cura degli amministratori della società, una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione (vedi nota 24) di cui una copia deve essere depositata durante i trenta giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione (comma 2 dell'art. 2500-sexies cod. civ., cui fa rinvio il comma 2 dell'art. 2500-septies cod. civ.).

Per quanto riguarda gli effetti dell'operazione di trasformazione, l'art. 2500, ultimo comma, cod. civ. ne determina la decorrenza dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari di cui al comma precedente.

Nella relazione da redigere ai sensi del comma 2 dell'art. 2500-sexies cod. civ. sono analiticamente descritte le ragioni della trasformazione della “Borgo Servizi s.r.l.”:

- sotto il profilo dell'efficacia, il legislatore ha individuato nell'azienda speciale lo strumento migliore per perseguire gli obiettivi di gestione dei servizi rivolti alla persona;

- sotto il profilo dell'efficienza, la *governance* dell'azienda speciale configura una forma di controllo diretta ed immediata, ancora più stringente rispetto a quella del modello societario dell'*in house providing*, rendendo, in tal modo, più lineari ed economici i rapporti tra ente territoriale e azienda speciale (rispetto a quelli tra ente territoriale e società *in house*);
- la trasformazione in azienda speciale consente di poter ricorrere all'affidamento diretto dei servizi, garantendo continuità gestionale e, conseguentemente, ampia garanzia in ordine alla qualità dei servizi rivolti all'utenza e all'amministrazione comunale di riferimento;

Per i suddetti motivi, il Consiglio comunale, con Deliberazione n. 42 del 25/10/2017, ha deliberato di procedere alla trasformazione della “Borgo Servizi s.r.l.” in azienda speciale che assumerà la denominazione di “Borgo Servizi-A.S.B.S.”, approvando, contestualmente, lo statuto della novella azienda speciale.

#### **4.4 La fusione e la scissione di società partecipate per perseguire obiettivi di integrazione, razionalizzazione e contingentamento delle risorse**

Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni possono essere interessate dalle operazioni straordinarie di fusione o di scissione per varie ragioni, come evidenziato da autorevole dottrina<sup>165</sup>:

- a) ragioni legate alla produttività, soprattutto quando si persegue l'obiettivo di associare diversi complessi produttivi al fine di massimizzare il godimento dei fattori di detta produzione;
- b) ragioni legate ad un'innovazione tecnologica, quando l'operazione consente l'acquisizione di un *know how*;
- c) ragioni commerciali, per integrare le singole fasi di produzione e commercializzazione dei prodotti;
- d) ragioni finanziarie, in particolar modo quando la ristrutturazione è finalizzata all'attuazione di un piano di riequilibrio degli assetti societari dell'ente pubblico;
- e) ed infine, per ragioni amministrative, nel caso in cui, dette operazioni, siano preordinate alla razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute da una pubblica amministrazione ed alla riduzione dei costi di gestione.

I suddetti obiettivi si sposano perfettamente con quelli del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (e dell'intera Riforma Madia) tesi alla riduzione della

---

<sup>165</sup> Pecoraro C., *Le operazioni straordinarie*, in op. cit., p. 562.

spesa pubblica perseguita attraverso l'introduzione di limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali da parte delle pubbliche amministrazioni. Integrazione, razionalizzazione e contingentamento delle risorse sono i risultati pratici che le pubbliche amministrazioni perseguono nel disporre la fusione tra più società partecipate: da ciò si evince che l'operazione è funzionale al miglioramento della fase di produzione del servizio, attraverso l'acquisizione di beni immateriali o di un *know how* o più semplicemente attraverso la sinergia tra le singole iniziative intraprese, al miglioramento della fase di commercializzazione<sup>166</sup>, unificando, in un'unica società, le singole fasi di produzione ed commercializzazione dei prodotti, ma soprattutto è funzionale alla riduzione delle partecipazioni perseguita dal Testo unico.

A confermare quanto appena detto, l'art. 20, comma 1, del Testo unico prevede – come evidenziato a più riprese – che le amministrazioni pubbliche debbano effettuare annualmente un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ne ricorrano i presupposti, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione.

Anzi, si potrebbe quasi ammettere che la fusione sia favorita dal Testo unico nel caso in cui, all'esito della ricognizione effettuata ex art. 24 ovvero dell'analisi effettuata ex art. 20, le amministrazioni pubbliche rilevino la necessità di aggregare società che svolgono le attività consentite dall'art. 4 ovvero qualora detengano partecipazioni in più società che svolgono attività analoghe o simili tra loro (art. 20, comma 2, lett. g ed c): nel primo caso, la “necessità di aggregazione” è praticamente richiesta dal Testo unico che la pone come misura di razionalizzazione *ad hoc*, mentre, nel caso di cui alla lett. c), l'amministrazione pubblica potrebbe optare per misure di razionalizzazione differenti, quali l'alienazione delle partecipazioni ovvero lo scioglimento delle società.

Quelli appena descritti che fanno riferimento al caso in cui vi sono due o più società che svolgono attività praticamente identiche sono le fattispecie più frequenti di fusione.

Brevemente si menziona la fusione deliberata dalla Regione Emilia-Romagna avente ad oggetto la “Cup 2000 S.c.p.A.” e la “Lepida S.p.A.”, due partecipate regionali che operavano nel settore delle tecnologie dell'informazione e della telecomunicazione

---

<sup>166</sup> Autorevole dottrina precisa che la fusione ha la precisa funzione economica di “strumento di concentrazione delle imprese societarie che consente di ampliarne la dimensione e la competitività sul mercato”; Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., 9° edizione, Torino, UTET giuridica, 2015, p. 646.

regionale, sicché la Regione, in occasione della ricognizione straordinaria delle partecipazioni ex art. 24 del Testo unico, ha ritenuto fosse necessario aggregare detti organismi societari in quanto svolgevano attività analoghe o simili (art. 20, comma 2, lett. g).

Infatti, la successiva Legge regionale n. 1 del 16 marzo 2018 avente ad oggetto la “Razionalizzazione delle società *in house* della Regione Emilia-Romagna”, al fine di costituire un polo aggregatore dello sviluppo delle tecnologie dell’informazione e della telecomunicazione regionale, ha autorizzato la Regione a procedere all’operazione di fusione per incorporazione della “Cup 2000 S.c.p.A.” nella “Lepida S.p.A.”, per cui si è proceduto all’atto di fusione in data 19 dicembre 2018 e l’operazione ha prodotto i suoi effetti dal 1° gennaio 2019.

Certo che la Regione avrebbe potuto optare per l’alienazione di una delle due partecipate che svolgevano attività analoghe, ma bisogna ricordare che la fusione permette il mantenimento in capo all’organismo da essa risultante di tutti i rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo all’incorporante e all’incorporata.

La fusione è, infatti, un’operazione al servizio della concentrazione in un’unica società della gestione di attività originariamente esercitate da enti diversi; dunque, quando una pubblica amministrazione mira, oltre che ad un potenziamento nella gestione del servizio erogato, anche al mantenimento dei rapporti giuridici in capo alle società oggetto dell’operazione, l’operazione straordinaria in esame è considerata la soluzione più adeguata.

La fusione si è rivelata, nella prassi, funzionale anche alla soluzione delle criticità di cui alle lettere b) e d) del comma 2 dell’art. 20 del Testo unico: si fa riferimento a casi – di seguito riportati a titolo esemplificativo – in cui pubbliche amministrazioni hanno deliberato la fusione di due compagini societarie con l’obiettivo di ottenere una società con un numero di dipendenti superiore a quello degli amministratori e con un fatturato medio superiore alla soglia stabilita dal Testo unico per il triennio precedente.

L’operazione straordinaria di fusione delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni si è rivelata, dunque, una misura di razionalizzazione polifunzionale ed efficiente come si può vedere dai casi di studio di seguito riportati.

#### **4.4.1 Riportare *in bonis* le società interessate alla fusione: la complessa operazione messa in atto dalla Regione Campania per la creazione di un polo unico ambientale**

La fusione risponde, quindi, alle esigenze delle pubbliche amministrazioni di riorganizzare il modo in cui esse perseguono le loro finalità in un determinato campo, mediante servizi a ciò strumentali, avendo come ulteriore finalità quella della riconduzione dell'attività ad un unico centro decisionale, riducendo le procedure amministrative e consentendo di conseguire economie di scala<sup>167</sup>.

Un unico centro direzionale comporta certamente la riduzione degli oneri connessi all'amministrazione: basti pensare al costo degli organi sociali, al fatto che vi sia un unico centro contabile e amministrativo, al fatto che sono ridotte le spese per professionisti connesse ad adempimenti obbligatori per legge.

Quelle esposte negli ultimi due periodi sono le motivazioni che hanno spinto la Regione Campania a procedere alla fusione di due società *in house* – la “Campania Ambiente e Servizi S.p.A.” e la “S.M.A. Campania S.p.A.” – in quanto, come si evince dal piano di revisione straordinaria adottato ex art. 24 del Testo unico, le due società svolgevano attività analoghe o simili e vi era necessità di aggregarle (art. 20, comma 2, lett. c ed e)<sup>168</sup>, atteso che si trattava di attività che, per complementarità e compatibilità, presentavano rilevanti sinergie, sicché una gestione unitaria avrebbe favorito il miglioramento dei servizi erogati, il conseguimento di risparmi di spesa ed un migliore utilizzo delle risorse strumentali.

Tuttavia, la fusione tra le due società non è stata immediata, essendo necessario in via preliminare riportare entrambe *in bonis*, riducendo i costi di funzionamento in ossequio all'art. 20, comma 2, lett. f), attraverso – e qui si anticipa un *topic* che sarà sviluppato nel prosieguo del presente capitolo – un piano di ristrutturazione aziendale.

Più precisamente, il piano di ristrutturazione di entrambe le società<sup>169</sup> (che soffrivano, come detto, di analoghe problematiche) richiedeva misure inerenti all'organizzazione e ai procedimenti aziendali volte a consentire incrementi di produttività e riduzione dei costi della produzione (ad es., esodo incentivato per adeguare la dotazione organica alle reali esigenze produttive, riduzione dei costi di gestione e di funzionamento non direttamente rendicontabili sulle commesse, riduzione degli oneri contrattuali di

---

<sup>167</sup> Campobasso G.F., in *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, in op. cit., precisa che la fusione “è un istituto che dà luogo ad una concentrazione giuridica”, p. 646.

<sup>168</sup> La Regione Campania ha motivato la sussistenza dei fattori critici di cui alle lettere c) ed e) dell'art. 20 dichiarando che “entrambe le società, seppur con diverse specificazioni, svolgono servizi di interesse generale in materia ambientale”; in particolare viene precisato che “la regione affida loro importanti interventi che spaziano dalla bonifica di siti al loro recupero ambientale, dalla difesa del territorio alla protezione civile”.

<sup>169</sup> Il piano di ristrutturazione della “Campania Ambiente e Servizi S.p.A.” è stato approvato con DGR n. 24/2018, mentre quello della “SMA Campania S.p.A.” con DGR n. 738/2018.

secondo livello, limitazioni nel ricorso a professionalità esterne), al fine di recuperare l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale della gestione, superando la generazione di perdite di gestione, sulla cui consistenza incideva la rigidità della struttura dei costi.

L'aspetto forse più interessante della fusione tra la "S.M.A. Campania S.p.A." e la "Campania Ambiente e Servizi S.p.A." è rinvenibile nella scelta delle modalità dell'operazione.

La Giunta regionale – nella delibera n. 31 del 22 gennaio 2020, avente per oggetto le determinazioni inerenti alla costituzione di un'unica società regionale del polo ambientale – ha rilevato che la differenza di dimensioni aziendali e di consistenza del portafoglio di attività, come pure la disponibilità di iscrizioni e autorizzazioni in capo a "S.M.A. Campania S.p.A." inducevano a considerare, quale opzione facilitante l'operazione di aggregazione tra le due società, la realizzazione di una delle due seguenti procedure:

- 1) la prima procedura prevedeva la cessione delle azioni di "Campania Ambiente e Servizi S.p.A." a "S.M.A. Campania S.p.A." al fine di procedere alla fusione per incorporazione della prima nella seconda ai sensi dell'art. 2505 cod. civ. rubricato "incorporazione di società interamente possedute";
- 2) la seconda ipotesi, invece, prevedeva altresì una procedura semplificata ex art. 2505 cod. civ., ma senza preventiva cessione delle quote, consentendo di non sopportare i costi legati all'alienazione; una possibilità unanimemente riconosciuta da dottrina e giurisprudenza nel caso in cui il capitale sociale delle società interessate alla fusione sia detenuto – come nel caso di specie – dallo stesso socio unico, con le medesime quote (in entrambi i casi pari al 100% del capitale sociale) e i medesimi diritti.

Per le ragioni esposte al punto 2), si è proceduto alla fusione attraverso la forma semplificata ex art. 2505 cod. civ., senza previa cessione delle quote della "Campania Ambiente e Servizi S.p.A." alla "S.M.A. Campania S.p.A.".

Giova aprire una parentesi sulla procedura semplificata disciplinata dall'art. 2505 cod. civ., in quanto l'adozione della stessa comporta ulteriori risparmi per le società e, conseguentemente, per l'ente pubblico; infatti la procedura in parola fa in modo:

- che non sia necessaria la predisposizione della relazione di cui all'art. 2501-quinques cod. civ. da parte degli amministratori delle società, non essendo previsto alcun rapporto di cambio ed alcun conguaglio;

- che non sia necessaria la relazione delle situazioni patrimoniali ex art. 2501-quater cod. civ. e i relativi documenti allegati;
- che non è necessaria la relazione da parte degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio ex art. 2501-sexies del codice civile.

Gli organi amministrativi di “Campania Ambiente e Sviluppo S.p.A.” e di “S.M.A. Campania S.p.A.” hanno approvato, con autonome delibere<sup>170</sup>, il progetto di fusione per incorporazione perfetta della prima nella seconda in data 4 giugno 2020.

Dall’atto di fusione – stipulato dinanzi ad un notaio in data 13 agosto 2020 – si evince, per quanto riguarda gli effetti della operazione, che questi decorrono dall’ultimo giorno del mese nel quale l’atto di fusione viene iscritto nel Registro delle Imprese; inoltre, sempre per effetto della fusione, si è proceduto alla cancellazione della società incorporanda (C.A.S. S.p.A.) dal Registro delle Imprese in data 11 settembre 2020.

#### **4.4.2 La soluzione adottata dal Comune di Reggio Emilia per risolvere le criticità di cui all’art. 20, comma 2, lettere b), d) e g)**

Sopprimere le cd. “scatole vuote” era uno degli obiettivi auspicati dal Commissario straordinario Carlo Cottarelli.

Nel 2015 si contavano circa 1300 partecipate senza dipendenti, ossia con il solo consiglio di amministrazione, oltre 2000 con un numero di dipendenti inferiore al numero dei membri del consiglio di amministrazione e oltre 3000 con meno di 6 dipendenti<sup>171</sup>.

Di queste, almeno 1300 avevano un fatturato inferiore a 100.000 euro (addirittura, il numero raddoppia se si tiene in considerazione il milione di euro!).

Vi era il sospetto che molte di queste partecipate servissero solo a creare “poltrone”, o che comunque non fossero essenziali per gli enti che ne detenevano le partecipazioni, sicché il legislatore delegato, in attuazione della delega conferita dal Parlamento con legge n. 124 del 2015, ha previsto delle disposizioni *ad hoc* al fine di sopprimere le partecipate che presentavano le suddette criticità: l’art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016, recante il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, prevede, alla lettera b), che l’amministrazione pubblica debba predisporre misure di razionalizzazione in relazione a società che risultino prive di dipendenti o che abbiano

---

<sup>170</sup> Rispettivamente raccolta n. 6725 (C.A.S. S.p.A.), raccolta n. 6724 (S.M.A. S.p.A.)

<sup>171</sup> Dati riportati dallo stesso Commissario straordinario Cottarelli C., in *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare.*, Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2015, p. 99.

un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti e, alla lettera d), che tali misure siano predisposte altresì in relazione a società partecipate che, nel precedente triennio, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore ad un milione di euro. Tuttavia, bisogna precisare che non sono previsioni del tutto nuove, essendo il decreto legislativo in parola soprattutto un intervento di riordino normativo<sup>172</sup> ed inoltre che il decreto correttivo n. 100/2017 ha introdotto nel *corpus* dell'art. 26 del Testo unico il comma 12-quinques che ha attenuato la previsione di cui all'art. 20, comma 2, lett d), abbassando la soglia da un milione a 500.000 euro per i trienni precedenti al 2017-2019.

Una soglia inferiore non ha evitato, comunque, la predisposizione da parte degli enti locali (sia chiaro, di quelli rispettosi degli obblighi) di misure di razionalizzazione nei confronti di partecipate con fatturati sotto-soglia.

Ogni amministrazione pubblica ha dato risposte differenti per la soluzione di tali criticità: c'è chi ha dismesso le partecipazioni, magari perché, oltre a trattarsi di società senza dipendenti, si trattava di società che producevano beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente socio; qualcun altro ha optato per la trasformazione eterogenea della società in una fondazione o in un'azienda speciale, sì da estromettere la partecipazione dal campo applicativo del Testo unico ed evitare l'applicazione delle regole e dei limiti stringenti per quanto riguarda il fatturato ed il numero dei dipendenti e degli amministratori; altre amministrazioni pubbliche, invece, si sono limitate ad assumere nuovi dipendenti e a conferire nuovi affidamenti alla partecipata per favorire un aumento del fatturato in vista dei successivi esercizi.

Insomma – come precisato più volte – è la compresenza di più fattori critici di cui all'art. 20, comma 2, che indirizza le scelte delle pubbliche amministrazioni circa le misure da disporre all'interno dei piani di riassetto ed in questo senso con il presente elaborato si vuol cercare di far luce sulla *ratio* di tali scelte.

Si ipotizzi, per esempio, il caso in cui, per risolvere le criticità relative a problemi quantitativi (relativamente al fatturato ovvero ai dipendenti), un'amministrazione pubblica decida di fondere due società.

Non è un'ipotesi astratta, bensì una misura adottata in concreto dal Comune di Reggio Emilia in relazione a due *in house*: la “Campus Reggio s.r.l.” e la “M.A.P.R.E. s.r.l.”.

---

<sup>172</sup> Si ricorda che già l'art. 1, comma 611, lett. b), della legge di stabilità 2015 prevedeva la predisposizione di misure di razionalizzazione in relazione a società prive di dipendenti ovvero con numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti.

Entrambe le società svolgevano servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente ai sensi dell'art. 4, comma 1, del Testo unico, ma in occasione della ricognizione delle partecipazioni effettuata ex art. 24 sono emerse delle criticità che hanno reso necessari interventi di razionalizzazione da parte del Comune.

Per quanto riguarda la “Campus Reggio s.r.l.”, vi era totale assenza di dipendenti ed un unico amministratore ed un fatturato medio nei tre precedenti esercizi che non arrivava a 200.000 euro, mentre la “M.A.P.R.E. s.r.l.” aveva 6 dipendenti e 1 amministratore (sicché era rispettato il criterio del numero dei dipendenti rispetto a quello degli amministratori), ma un fatturato medio nei tre precedenti esercizi inferiore – anche se non di molto – a 500.000 euro (459.616 euro)<sup>173</sup>.

Alla luce di quanto appena detto, era necessario procedere all'aggregazione tra le due società (art. 20, comma 2, lett. g) mediante una fusione per incorporazione di “M.A.P.R.E. s.r.l.” in “Campus Reggio s.r.l.” ai sensi dell'art. 2501-ter e ss. del codice civile, in quanto la incorporante, a seguito dell'operazione, avrebbe rispettato i parametri di cui all'art. 20, comma 2, lett. b) e d).

L'operazione – si legge dal progetto di fusione redatto dagli organi amministrativi dell'incorporante e dell'incorporata – era “finalizzata al raggiungimento di obiettivi di natura sia strategica che economica”: in particolare, la valenza strategica risiedeva nella concentrazione in capo ad un'unica società delle attività svolte da società integralmente partecipate dal Comune di Reggio Emilia (che risulta unico socio), mentre dal punto di vista economico l'operazione consentiva il perseguimento di economie di scala, in particolare sotto il profilo della gestione amministrativa, e la razionalizzazione della gestione operativa attraverso la riunificazione delle attività in un'unica sede.

Inoltre, l'operazione – come detto – era necessaria per il rispetto degli obblighi di razionalizzazione delle partecipazioni detenute dagli enti locali e in ossequio a quanto deliberato dal Consiglio del Comune di Reggio Emilia in occasione della revisione straordinaria (Deliberazione Consiglio comunale n. 135 del 25 settembre 2017).

In data 26 marzo 2018 è stato approvato con delibera consiliare n. 32 il progetto di fusione e l'operazione ha prodotto i suoi effetti dal 31 maggio 2018, sicché, in occasione dell'analisi delle partecipazioni detenute dal Comune di Reggio Emilia in

---

<sup>173</sup> Tutti i dati sono ricavati dal piano di revisione straordinaria delle partecipazioni detenute in data 31/12/2017 dal Comune di Reggio Emilia.

data 31 dicembre 2018 (*rectius*, piano di razionalizzazione 2019) la “Campus Reggio s.r.l.” risultava avere 4 dipendenti a fronte di un solo membro dell’organo amministrativo ed un fatturato superiore alla soglia di 500.000 euro, rendendo possibile il mantenimento della partecipazione senza interventi di razionalizzazione.

#### **4.4.3 Operazioni straordinarie complesse al servizio della creazione di un modello di gestione *in house* legittimo**

Il problema delle cd. “scatole cinesi” – dunque, la presenza, nel “gruppo ente locale” di partecipate di secondo o, addirittura, di terzo livello – ha generato, in alcuni casi, una serie di problemi relativi alla legittimità degli affidamenti diretti.

Si ricorda che, ai sensi dell’art. 16, comma 1, del Testo unico, le società *in house* ricevono affidamenti diretti dalle amministrazioni pubbliche che esercitano su di esse il controllo analogo solo se non vi è la partecipazione da parte di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norma di legge che deve avvenire in forme che non comportano controllo o potere di veto, né esercizio di un’influenza determinante sulla società controllata.

Dal piano operativo di razionalizzazione adottato dal Comune di Lucca in applicazione dell’art. 1, comma 611, della legge n. 190 del 2014, è emersa la seguente situazione:

- il Comune deteneva partecipazioni in società soprattutto in via indiretta, per il tramite della “Lucca Holding S.p.A.”, società *in house* costituita per l’esercizio di attività di “assunzione e gestione di partecipazioni, in qualsiasi forma e quindi anche totalitaria e di controllo, in altre società ed enti, nonché il coordinamento sotto il profilo patrimoniale, finanziario, amministrativo, tecnico ed organizzativo delle società partecipate”<sup>174</sup> nella quale il Comune è unico socio;
- per il tramite della “Lucca Holding S.p.A.”, il Comune di Lucca deteneva – e tutt’oggi detiene – il totale del capitale sociale di “Lucca Holding Servizi s.r.l.”, società *in house* costituita per l’esercizio di attività connesse alla riscossione coattiva delle entrate comunali, nonché di supporto alla gestione delle entrate;
- sempre tramite la suddetta holding, il Comune di Lucca deteneva circa il 60% del capitale sociale della “Gesam S.p.A.”, società mista che svolgeva attività di distribuzione di gas metano e GPL, gestiva i servizi cimiteriali e a sua volta deteneva partecipazioni di controllo in varie società, tra le quali “Gesam Energia

---

<sup>174</sup> Come si evince dalla sezione “attività svolta” presente nel piano di revisione straordinaria adottato con Delibera del Consiglio comunale n. 17 del 31 marzo 2015.

S.p.A.”, società che ha come oggetto sociale lo sviluppo di servizi energetici tesi al risparmio energetico, la gestione della pubblica illuminazione, delle fonti di energia rinnovabile per il comune.

Il problema sorto in sede di razionalizzazione nel 2015 e riconfermato in sede di revisione straordinaria ex art. 24 del Testo unico nel 2017 riguardava la circostanza per cui la “Gesam Energia S.p.A.” svolgeva servizi di interesse generale (pubblica illuminazione) e servizi di autoproduzione (gestione termica edifici comunali) per conto del Comune di Lucca; tuttavia, la società in discorso non era qualificabile come *in house* in quanto controllata al 100% da “Gesam S.p.A.” che, a sua volta, vedeva nella propria compagine azionaria, oltre a “Lucca Holding S.p.A.”, un socio privato (circa 40% del capitale sociale), “Toscana Energia S.p.A.”.

Analogo problema era rinvenibile per quanto riguarda le attività cimiteriali svolte da “Gesam S.p.A.”: attività svolta in virtù di un affidamento diretto, nonostante la società non presenti le caratteristiche del modello *in house*.

Una situazione intricata e risolta in modo efficiente dal Comune di Lucca attraverso una serie di operazioni straordinarie.

Già nel piano operativo di razionalizzazione del 2015 e successivamente nel piano di revisione straordinaria<sup>175</sup> il Comune aveva individuato la soluzione: lo scorporo e la cessione del ramo d’azienda relativo alle attività cimiteriali della “Gesam S.p.A.” e la cessione della partecipazione azionaria totalitaria detenuta da quest’ultima in “Gesam Energia S.p.A.”, da attuare mediante un’operazione straordinaria di scissione asimmetrica che vede come beneficiari della scissione la “Lucca Holding Servizi s.r.l.” per quanto riguarda il ramo cimiteri e la capogruppo “Lucca Holding S.p.A.” per quanto riguarda la partecipazione in “Gesam Energia S.p.A.”; completato il processo di scissione, la “Gesam Energia S.p.A.” sarà oggetto di fusione per incorporazione in “Lucca Holding Servizi s.r.l.”.

Al punto 5 della delibera consiliare di approvazione del piano di revisione straordinaria, il Consiglio comunale ha deliberato “di approvare la bozza di scissione asimmetrica presentata da “Gesam S.p.A.”, per cui, sulla base di ciò, le società coinvolte hanno approvato il progetto di scissione asimmetrica e trasmesso i relativi atti al Comune di Lucca.

Nella relativa determinazione n. 45/2017 della “Lucca Holding S.p.A.” viene precisato che si tratta di un’operazione di scissione parziale non proporzionale asimmetrica nella

---

<sup>175</sup> Delibera del Consiglio comunale n. 65 del 20 ottobre 2017.

quale i soci di minoranza di “Gesam S.p.A.”, ossia “Toscana Energia S.p.A.” e il Comune di Capannori, non ricevono partecipazioni nel capitale delle due società beneficiarie dell’operazione straordinaria, ossia “Lucca Holding S.p.A.” e “Lucca Holding Servizi s.r.l.”, aumentando in cambio la loro partecipazione azionaria nella società scissa che, a seguito di modifiche statutarie intervenute in occasione dell’operazione di scissione, viene denominata “Gesam Reti S.p.A.”; in tal modo, anche dopo il completamento dell’operazione, il Comune di Lucca, per il tramite della “Lucca Holding S.p.A.”, è rimasto titolare di un’ampia maggioranza assembleare che permette di esercitare la direzione e il coordinamento sulla partecipata “Gesam Reti S.p.A.” e di influire in modo determinante sulle scelte aziendali.

All’esito delle complesse operazioni straordinarie, come si evince dal piano di razionalizzazione 2018 adottato con Deliberazione del Consiglio comunale n. 112/2019, la “Lucca Holding Servizi S.p.A.” gestisce anche i servizi cimiteriali e, in conseguenza della fusione per incorporazione di “Gesam Energia S.p.A.” in “Lucca Holding Servizi s.r.l.”, “la società svolge anche le attività di sviluppo dei servizi energetici, gestione della pubblica illuminazione, gestione calore e fonti di energia rinnovabile per il Comune di Lucca”, ossia produce beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 175/2016), nonché strumentali all’ente pubblico partecipante o allo svolgimento delle sue funzioni (art. 4, comma 2, lett. d); attività svolte grazie ad affidamenti diretti in quanto società legittimamente configurabile sotto il modello *in house providing*, essendo soggetta a controllo analogo da parte del Comune di Lucca, seppur indirettamente per il tramite della “Lucca Holding S.p.A.”.

#### **4.4.4 La scissione come operazione per trasferire partecipazioni da un’amministrazione pubblica ad un’altra**

Il Comune di Genova e il Comune di Torino hanno eseguito la ricognizione (cd. straordinaria) delle rispettive partecipazioni, ai sensi di quanto disposto dall’art. 24 del Testo unico, individuando gli interventi di dismissione e razionalizzazione necessari. In particolare, dalle suddette ricognizioni risultava che la società “Finanziaria Sviluppo Utilities s.r.l.” (sigla, “F.S.U. s.r.l.”) era pariteticamente partecipata per una quota pari al 50% ciascuno dal Comune di Genova e dal Comune di Torino, quest’ultimo per il tramite della sua società interamente posseduta “F.T.C. Holding S.p.A.”, società *in house* strumentale all’ente.

Il principale *asset* della “F.S.U. s.r.l.” era rappresentato dalla partecipazione pari al 33,3% nel capitale sociale di “IREN S.p.A.”, una *multiutility* quotata presso la Borsa Italiana operante nei settori dell’energia elettrica, dell’energia termica per il teleriscaldamento, del gas, della gestione dei servizi idrici integrati, dei servizi ambientali e dei servizi per le pubbliche amministrazioni.

Le misure di razionalizzazione indicate dalle amministrazioni comunali in occasione della revisione straordinaria erano le seguenti:

- il Consiglio comunale di Genova – che già in occasione del piano operativo di razionalizzazione (Deliberaz. n. 15/2015) aveva disposto, in merito alla “F.S.U. s.r.l.” di concordare eventuali soluzioni di razionalizzazione con il Comune di Torino – con Deliberazione n. 61 del 26 settembre 2017, con la quale ha approvato il piano di revisione straordinaria, ha disposto di avviare “le azioni propedeutiche ad una scissione non proporzionale asimmetrica di “F.S.U. s.r.l.” mantenendo in capo all’Ente Comune di Genova una partecipazione in tale società pari al 100%”;
- il Consiglio comunale della Città di Torino – che già nel piano operativo di razionalizzazione aveva indicato, in relazione alla partecipazione indiretta del 50% in “F.S.U. s.r.l.”, l’intenzione di valutare strategie di *exit* dalla società al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa e il buon andamento dell’azione amministrativa – con Deliberazione n. 98 del 2 ottobre 2017, con la quale ha approvato il piano di revisione straordinaria, ha confermato “la necessità di proseguire con le verifiche dell’ipotesi di scissione o di altra modalità di *exit*” dal capitale sociale di “F.S.U. s.r.l.”

Una soluzione diversa relativamente alla razionalizzazione delle partecipazioni detenute dalle due amministrazioni pubbliche in “F.S.U. s.r.l.” – mantenimento per il Comune di Genova, uscita dalla compagine societaria per il Comune di Torino – che, senz’altro, deriva dal diverso ruolo che la società aveva nei rispettivi organigrammi societari: per il Comune del capoluogo ligure la “F.S.U. s.r.l.” era una partecipata diretta con il ruolo di *holding* alla quale era assegnata la funzione non sostituibile di governare la partecipazione in “IREN S.p.A.” (in concorso con il Comune di Torino), mentre per l’amministrazione comunale del capoluogo piemontese era una *sub-holding* partecipata dalla *holding* principale (“F.C.T. Holding S.p.A.”), considerata “non essenziale” al perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente pubblico socio, e dunque, in ottica di *spending review*, da eliminare dall’organigramma societario.

I due Comuni hanno deciso di mettere in atto un'operazione straordinaria avente come scopo lo scioglimento del vincolo societario allora esistente tra i soci di "F.S.U. s.r.l." al fine di ottemperare agli obblighi di razionalizzazione introdotti dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (che, come detto, imponevano la dismissione della partecipazione per il Comune di Torino).

In tal senso, lo strumento giuridico ritenuto idoneo è stato individuato nella "scissione parziale non proporzionale asimmetrica" disciplinata dall'art. 2506 e ss. del codice civile.

È utile, a questo punto, chiarire alcuni punti in merito all'operazione straordinaria in parola e fornire delle definizioni che possano aiutare a comprendere come è avvenuta tale operazione, ma soprattutto il motivo per cui è stata ritenuta idonea.

Con la scissione il patrimonio di una società è scomposto e trasferito, in tutto o in parte, ad altre società (preesistenti o di nuova costituzione), con contestuale assegnazione ai soci della società scissa (attenzione, non alla società, ma direttamente ai soci) di azioni o quote delle società beneficiarie del trasferimento patrimoniale<sup>176</sup>.

Un'operazione che risponde ad esigenze di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale non dissimili da quelle cui può dar luogo il conferimento in altre società di un'azienda ovvero di un ramo di essa: secondo la citata dottrina, l'elemento caratterizzante della scissione consiste proprio nel fatto che "le azioni o quote delle società beneficiarie del trasferimento patrimoniale sono acquisite direttamente dai soci della società scissa e non da quest'ultima, sicché per i soci il contratto sociale continua in nuove e diverse strutture societarie".

La scissione può essere totale o parziale: è totale quando il patrimonio di una società è totalmente trasferito ad altre società, sicché la scissa si estingue senza liquidazione; è parziale – ed è il caso dell'operazione che ha coinvolto la "F.S.U. s.r.l." – quando solo una parte del patrimonio della società è trasferita ad altre società, sicché la scissa continua ad esistere, sebbene con un patrimonio ridotto e continua la sua attività parallelamente alle società beneficiarie.

L'operazione di scissione si può ancora distinguere in: proporzionale, quando i soci della scissa mantengono nelle società beneficiarie la stessa percentuale di partecipazione che avevano nella scissa; è non proporzionale – come nel caso della

---

<sup>176</sup> In tal senso si veda Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., 9° edizione, Torino, UTET giuridica, 2015, p. 667.

“F.S.U. s.r.l.” – quando le quote di partecipazione che i soci avevano nella scissa e quelle che vengono ad avere nella beneficiaria risultano essere diverse.

Inoltre – e qui si conclude questa piccola parentesi di “definizioni” – la scissione è asimmetrica quando, come nel caso in esame, le azioni o quote delle beneficiarie sono attribuite ad alcuni soltanto dei soci della scissa, mentre agli altri sono assegnate solo azioni o quote della scissa medesima.

Dal progetto di scissione, approvato dagli organi amministrativi della scissa (“F.S.U. s.r.l.”) e della beneficiaria dell’operazione (“F.C.T. Holding S.p.A.”) in data 30 gennaio 2018 in esecuzione del mandato ricevuto dai soci della scissa nell’assemblea del 12 gennaio 2018, si evince che il tipo di scissione da attuare è:

- *parziale*, in quanto solo il 50% del patrimonio di “F.S.U. s.r.l.” è assegnato a “F.C.T. Holding S.p.A.”;
- *non proporzionale*, poiché la distribuzione delle partecipazioni nella società beneficiaria è da effettuare senza tenere in considerazione le originarie percentuali di partecipazione al capitale sociale della scissa;
- *asimmetrica*, in quanto al Comune di Genova non sono assegnate quote di “F.C.T. Holding S.p.A.” e il medesimo comune diviene socio unico di “F.S.U. s.r.l.” il cui capitale, a seguito della cessione di metà del patrimonio alla beneficiaria, subisce una riduzione volta ad annullare la quota detenuta dalla beneficiaria nella scissa.

A seguito dell’operazione (avvenuta in data 17 luglio 2018) – come si evince dalla relazione sull’attuazione delle misure, allegata al piano di razionalizzazione 2018 (Deliberaz. Consiglio comunale di Genova n. 85/2018) – la partecipazione del Comune di Genova in “F.S.U. s.r.l.” è passata al 100%, sicché è stato possibile, con Deliberaz. del Consiglio comunale n. 74/2018, approvare la modifica statutaria della società per configurarla quale organismo *in house* del comune ed ampliarne l’operatività quale *holding* di partecipazione.

Dal punto di vista pratico la scissione della “F.S.U. s.r.l.” è stata un’operazione al servizio dell’esigenza del Comune di Torino di dismettere una partecipazione in una società non consentita dal Testo unico e dell’esigenza del Comune di Genova di creare un modello *in house* legittimo.

In alternativa, poteva procedersi alla dismissione della partecipazione mediante l’alienazione della stessa detenuta in “F.S.U. s.r.l.” dal Comune di Torino tramite la *holding* “F.C.T. Holding S.p.A.” Comune di Genova; tuttavia, attraverso la scissione parziale non proporzionale asimmetrica, il Comune di Genova non ha dovuto

sopportare un esborso economico per acquisire la totalità del capitale sociale della “F.S.U. s.r.l.”, in quanto attraverso detta operazione è stata trasferita la metà del patrimonio della scissa alla beneficiaria (ossia la “F.C.T. Holding S.p.A.”) senza che siano assegnate quote di capitale sociale di quest’ultima al Comune di Genova, sicché, dal punto di vista “pratico”, la “contropartita” per ottenere la totalità del capitale sociale di “F.S.U. s.r.l.” è rappresentata dalla “rinuncia” a ricevere azioni della beneficiaria, considerando che al Comune di Genova interessava relativamente che il capitale sociale fosse ridotto (a seguito dell’operazione di scissione), ma semplicemente detenerne la totalità al fine di legittimare il ricordo al modello dell’*in house providing*.

#### **4.5 L’adozione di un piano industriale per razionalizzare i costi di funzionamento di una società partecipata**

In occasione della seduta parlamentare del 26 gennaio 2016, nella quale è stata istituita una Commissione parlamentare di inchiesta sui costi delle partecipate pubbliche, il Parlamento ha sottolineato la necessità di essere messo in condizione di acquisire informazioni circa la complessità del fenomeno delle società partecipate procedendo ad una ricognizione del numero, della tipologia, della qualità e, soprattutto, dei costi amministrativi e gestionali delle stesse.

L’indagine parlamentare parte dalla constatazione che i costi delle partecipate gravano sui bilanci degli enti pubblici di controllo con trasferimenti a copertura, diretta o indiretta, dei disavanzi delle partecipate, sicché vi è un concorso all’incremento del disavanzo pubblico, soggetto ai vincoli del patto di stabilità europeo e a quello nazionale<sup>177</sup>.

Questa necessità di contenere i costi generati dalle società partecipate è uno dei *leitmotiv* degli interventi del legislatore in materia.

Già la legge di stabilità del 2015 aveva previsto, tra i criteri guida per l’adozione del piano operativo di razionalizzazione, 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”.

La suddetta disposizione, contenuta nel comma 612 dell’art. 1, è stata successivamente ripresa dal legislatore delegato nella redazione del d.lgs. n. 175/2016 con una formula

---

<sup>177</sup> Come riportato anche da “Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati dai Comuni, Province e Regioni e relative analisi – Relazione 2016”, pubblicato con Deliberazione n. 27/SEZAUT/2016/FRG.

più aperta che lascia alle pubbliche amministrazioni un ampio margine di discrezionalità nella razionalizzazione dei costi di funzionamento generati da una partecipata.

Dunque, in presenza della necessità di contenimento dei costi di funzionamento di una società partecipata (art. 20, comma 2, lett. f, del Testo unico) potrebbe rivelarsi necessario predisporre un piano industriale, ossia uno strumento di programmazione nel quale è rappresentata in termini qualitativi e quantitativi la dinamica aziendale proiettata nel medio/lungo periodo.

Tuttavia, dalla prassi si evince che il piano industriale è uno strumento estremamente flessibile utilizzabile, oltre che per la gestione di situazioni di crisi già in essere, anche per preparare le società ad operazioni straordinarie, come si è visto nel caso della fusione tra la “S.M.A. Campania S.p.A.” e la “Campania Ambiente e Servizi S.p.A.” in cui era necessario preliminarmente riportare *in bonis* le società al fine di evitare che la società risultante dall’operazione non rispetti le disposizioni del Testo unico dal punto di vista dei costi di funzionamento ovvero, nei casi più gravi, a causa di risultati d’esercizio sistematicamente in perdita.

La razionalizzazione operata dalla Regione Liguria contiene numerose fattispecie in cui vengono adottati piani industriali che permettono di comprendere le diverse funzioni e i molteplici scopi perseguibili attraverso tale strumento.

Dall’esame del piano di revisione straordinaria (Delibera della Giunta regionale n. 786 del 29 settembre 2017) si evince che la Regione Liguria, in relazione a società sistematicamente in perdita, ha adottato misure diverse a seconda della compresenza, nel caso concreto, di più criticità di cui all’art. 20, comma 2, del Testo unico.

Come è facile intuire, nel caso in cui, oltre a presentare perdite reiterate la società non risultava indispensabile per la finalità istituzionali della Regione, quest’ultima ha disposto la dismissione della partecipazione; al contrario, quando la società risultava indispensabile per le finalità istituzionali della Regione ovvero rientrava nell’Allegato “A” del d.lgs. n. 175/2016<sup>178</sup>, l’amministrazione regionale ha previsto la predisposizione di un piano industriale di risanamento che, a seconda del caso concreto, aveva diverse finalità.

Rientrando nell’Allegato “A” era la partecipata indiretta (per il tramite della “F.I.L.S.E. S.p.A.”) denominata “Parco Tecnologico Val Bormida s.r.l.” che, oltre a presentare

---

<sup>178</sup> Si ricorda la previsione di cui all’art. 26, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016 che esclude l’applicabilità dell’art. 4 del medesimo decreto legislativo alle società rientranti nell’Allegato “A”.

perdite in 4 dei 5 precedenti esercizi (art. 20, comma 2, lett. e), aveva un fatturato medio nei tre anni precedenti inferiore a 500.000 euro (art. 20, comma 2, lett. d), sicché la Regione – come misura di razionalizzazione all’esito della ricognizione straordinaria – ha previsto l’approvazione assembleare di un piano di risanamento industriale della società per consentire, da un lato di valorizzare al meglio le competenze tecnico scientifiche della stessa, dall’altro di evitare che si pervenga ad una delle cause di scioglimento della società dovuta alle criticità economico finanziarie evidenziate negli esercizi precedenti alla revisione straordinaria.

Dal piano di razionalizzazione 2019 (Delibera della Giunta regionale n. 1186 del 27 dicembre 2019) risulta che la riduzione dei costi di produzione è principalmente riferita agli ammortamenti e al costo del personale; in particolare, risultano essere trasformati in *part-time* i contratti di tre dipendenti.

In una situazione analoga versava la “SIIT S.c.p.A.”<sup>179</sup>, la quale, nei tre anni precedenti aveva prodotto un fatturato inferiore ai 500.000 richiesti dal Testo unico (meglio: dal decreto correttivo che ha ridotto la soglia di un milione nei primi trienni di applicazione) ed aveva un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti, ma non rientrava nel suddetto Allegato “A”.

Anche in questo caso la Regione Liguria ha previsto, quale misura di razionalizzazione, l’approvazione di un piano industriale per la riduzione dei costi societari, per il riassetto della governance, e per il rilancio industriale ai fini del mantenimento di un fatturato che rispetti le richieste del Testo unico ai fini del mantenimento della partecipazione in mano pubblica.

Pur tuttavia, stante l’applicabilità dell’art. 4 del Testo unico (la società non rientrava, come detto, nell’Allegato “A”), la partecipazione avrebbe potuto essere dismessa, sicché la Regione ha specificato che, in caso di mancata approvazione in assemblea del nuovo assetto dell’organo amministrativo e del piano industriale, si sarebbe provveduto all’attivazione delle procedure di alienazione della partecipazione secondo quanto previsto dallo statuto societario e tramite l’esperimento di una procedura ad evidenza pubblica ovvero, in caso di esito negativo di quest’ultima, tramite richiesta di liquidazione della partecipazione alla società.

Dal piano di razionalizzazione 2019 risulta che sono state approvate dall’assemblea straordinaria modifiche statutarie con l’adozione del sistema dualistico di governance

---

<sup>179</sup> Un caso identico a quello della “SIIT S.c.p.A.” è quello del “Distretto Ligure delle Tecnologie Marine – D.L.T.M. S.c.r.l.”.

e riduzione del numero di amministratori, dunque è stata scongiurata l'alienazione della partecipazione detenuta dalla Regione Liguria, atteso che la "SIIT S.c.p.A.", al 18 dicembre 2019, non rientrava più nella fattispecie di cui all'art. 20, comma 2, lett. b), del Testo unico.

Conseguire economie di scala è un altro degli obiettivi tracciati dalla Riforma perseguibile attraverso la predisposizione di piani di razionalizzazione dei costi delle partecipate che – prendendo ad esempio la misura predisposta dalla Provincia di Ancona all'esito della ricognizione straordinaria per una società operante nell'ambito della mobilità intercomunale – mirano al raggiungimento di un equilibrio economico e finanziario, incidendo sui costi governabili e sull'incremento delle entrate per migliorare la resa del servizio ad un costo di esercizio minore<sup>180</sup>.

In conclusione, il piano industriale è una misura non solo al servizio della razionalizzazione dei costi di funzionamento della partecipata (con il caso estremo della gestione di situazioni di crisi), ma anche funzionale a preparare le società ad un'imminente operazione straordinaria che le coinvolge, nonché ad incrementare il fatturato portandolo al di sopra della soglia stabilita dal Testo unico.

---

<sup>180</sup> Revisione straordinaria delle partecipazioni della Provincia di Ancona; Delib. Cons. prov. n. 44/2017, in relazione alla "CONEROBUS S.p.A.".

## Conclusioni

Per prevenire gli abusi nell'utilizzo di un modello tipicamente privatistico per lo svolgimento delle funzioni amministrative e per lo svolgimento di attività di impresa da parte delle pubbliche amministrazioni, il legislatore delegato – in attuazione della delega conferitagli con la legge n. 124 del 2015 – ha emanato il d.lgs. n. 175 del 2016, recante il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”.

Oltre ad importanti disposizioni relative ai tipi di società in cui è consentita la partecipazione, all'attività che le partecipate possono svolgere, alle modalità di costituzione ed acquisto delle partecipazioni, alla gestione delle partecipazioni (con particolare riferimento al soggetto, interno all'amministrazione pubblica, competente ad esercitare i diritti sociali), alla *governance* societaria, alla crisi d'impresa delle società partecipate, alla disciplina delle società *in house* e delle società miste, nonché disposizioni relative al personale di tali organismi societari, la grande novità apportata dal Testo unico è rinvenibile nell'obbligo, per le amministrazioni pubbliche, di effettuare annualmente un'analisi delle società in cui detengono partecipazioni e di predisporre eventualmente dei piani di riassetto.

Questi ultimi, in particolare, sono predisposti relativamente alle partecipazioni ovvero alle società in cui – all'esito della suddetta analisi – siano rilevati uno o più dei fattori critici individuati dal Testo unico, risultanti dal combinato disposto degli artt. 20 e 24 del Testo unico<sup>181</sup>.

Come detto nell'introduzione, il presente elaborato si propone di analizzare la prassi per verificare come è avvenuta, nei primi quattro anni di applicazione delle suddette disposizioni, la razionalizzazione delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni.

Duole dover riportare che non tutte le pubbliche amministrazioni sono precisissime nella redazione dei piani di razionalizzazione, soprattutto per quanto riguarda la motivazione delle scelte effettuate.

Comunque, trattasi di una minoranza, per cui dell'analisi dei numerosi piani di razionalizzazione possono trarsi diverse conclusioni.

*In primis*, si può distinguere tra misure di razionalizzazione finalizzate alla dismissione delle partecipazioni e misure di razionalizzazione finalizzate al mantenimento delle

---

<sup>181</sup> Per approfondimenti sul tema si fa rinvio al capitolo 2: “La revisione straordinaria e la razionalizzazione periodica delle partecipazioni”

partecipazioni<sup>182</sup>: tra le prime si riconducono l'alienazione (nelle sue varie modalità analizzate nel cap. 3), il recesso e lo scioglimento della società; tra le seconde si annoverano la modifica dell'oggetto sociale, la predisposizione di piani industriali per il contenimento dei costi societari ed operazioni straordinarie come la trasformazione della società, la fusione tra due o più società e l'operazione di scissione.

Analizzando i piani di razionalizzazione ci si rende conto di come la relazione tra le criticità riscontrate e le misure di razionalizzazione non sia caratterizzata da biunivocità: all'emergere di una delle anomalie di cui all'art. 20, comma 2, del Testo unico, non corrisponde un'unica via possibile per la pubblica amministrazione in sede di predisposizione del piano di riassetto.

Si ipotizzi il caso in cui una società rispetti tutti i vincoli imposti dal suddetto comma 2, ad eccezione del vincolo di attività di cui alla lett. a) (che rinvia all'art. 4 del Testo unico): verrebbe naturale pensare all'alienazione come misura idonea ad ottemperare l'obbligo di razionalizzazione, tuttavia c'è da considerare il "paracadute" dato dalla possibilità di modificare l'oggetto sociale (ovviamente nei limiti in cui ciò è possibile). Non solo, bisogna tenere presente che una società potrebbe avere ad oggetto più attività, con solo alcune di esse che rientrano nei vincoli imposti dal Testo unico: in questo caso potrebbe risultare utile scorporare un ramo dell'azienda attraverso un'operazione di scissione dalla quale risultano due società, e disporre l'alienazione solo per quella delle due che non rispetta il vincolo di attività.

Tuttavia, dall'analisi dei piani di razionalizzazione di più pubbliche amministrazioni risulta che la scissione, nelle sue varie forme, così come la fusione sono operazioni straordinarie utilizzate per il perseguimento di molteplici obiettivi, come il trasferimento di partecipazioni tra diverse pubbliche amministrazioni e la creazione di un modello *in house* legittimo.

In particolare, quando due pubbliche amministrazioni detengono partecipazioni nella stessa società ed in relazione ad esse dispongono misure diametralmente opposte – l'una la dismissione, l'altra il mantenimento – è possibile trasferire le partecipazioni tra i due soggetti pubblici mediante un'operazione straordinaria di scissione parziale non proporzionale asimmetrica che sia contemporaneamente al servizio dell'esigenza di dismissione per una pubblica amministrazione e di creazione di un modello *in house* legittimo per un'altra pubblica amministrazione; operazione preferita alla semplice cessione di partecipazioni da un ente pubblico ad un altro in quanto evita l'esborso

---

<sup>182</sup> Di qui la trattazione delle due categorie in due diversi capitoli (3 e 4).

economico da parte della pubblica amministrazione che mira a detenere la totalità del capitale sociale<sup>183</sup>.

Con quest'ultimo esempio siamo già nel campo dei casi particolari di utilizzo delle operazioni straordinarie per razionalizzare le partecipazioni pubbliche.

La fusione, molto più frequentemente, viene utilizzata per accorpare due società che svolgono attività analoghe o simili – vista la necessità in tal senso evidenziata già dal Commissario straordinario per la revisione della spesa pubblica e cristallizzata prima nella Legge di stabilità 2015 e successivamente nel Testo unico all'art. 20, comma 2, lett. c) – creando un polo unico relativamente ad un determinato campo di intervento<sup>184</sup>.

Altra finalità perseguibile mediante la fusione consiste nella risoluzione di quelli che possiamo definire i “problemi quantitativi”, ossia le situazioni patologiche individuate dal Testo unico che non riguardano l'attività della partecipata (magari rispettosa del vincolo imposto dall'art. 4), né il fatto che vi siano altre società che svolgono attività analoghe o simili, bensì il numero degli amministratori che non può essere superiore a quello dei dipendenti ovvero il fatturato medio negli ultimi 3 anni.

Dall'esame dei piani di razionalizzazione si evince che qualora vi siano tali tipologie di problematiche (art. 20, comma 2, lett. b e d) una delle soluzioni preferite dalle pubbliche amministrazioni consiste nella fusione<sup>185</sup>: la fattispecie esaminata nel capitolo 4 è particolarmente interessante in quanto una delle due società aveva un numero di dipendenti inferiore al numero degli amministratori, ma un fatturato al di sopra della soglia di cui al Testo unico, mentre l'altra società coinvolta nella fusione versava in una situazione inversa in relazione ai due parametri suddetti, per cui l'operazione di fusione ha permesso la creazione di una partecipata pubblica che rispetti i vincoli di cui al d.lgs. n. 175 del 2016, evitando la dismissione delle partecipazioni nelle due società e la successiva costituzione di una nuova partecipata. Le criticità relative alla soglia di fatturato imposta dal Testo unico, nella prassi, sono state risolte anche attraverso la trasformazione eterogenea della società pubblica di capitali in azienda speciale ovvero in fondazione: una soluzione che garantisce la continuità nell'esercizio dell'attività e nell'erogazione di un servizio, atteso che tali

---

<sup>183</sup> Per approfondire sul tema si veda il paragrafo 4.4.4 del presente elaborato.

<sup>184</sup> Si veda il paragrafo 4.4.1 riguardante la fusione tra due partecipate della Regione Campania per la realizzazione di un polo unico ambientale.

<sup>185</sup> Fa scuola il caso di studio esaminato nel paragrafo 4.4.2.

modelli organizzativi esulano dal campo di applicazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Dall'esame trasversale dei piani di revisione straordinaria e dei successivi piani di razionalizzazione periodica adottati dalle stesse pubbliche amministrazioni risulta in modo chiaro l'aspirazione – come detto risalente nel tempo – di queste ultime verso l'utilizzo dello strumento societario nella gestione dei servizi.

Quanto appena detto si evince dai numerosi tentativi di mantenere le partecipazioni inerenti a società non rispettose dei vincoli di cui al Testo unico, cercando di eliminare le criticità in vista dell'analisi ex art. 20 dell'anno successivo, sì da mantenere legittimamente tali partecipazioni in mano pubblica.

Ovviamente vi è un gran numero di amministrazioni pubbliche che, riscontrate le criticità di cui al Testo unico, hanno subito provveduto a razionalizzare, qualora necessario anche dismettendo le partecipazioni.

Qualora, all'esito dell'analisi, la società non rispetti i parametri di cui all'art. 20, comma 2, si procede alla dismissione della partecipazione che, in un primo momento, vede la duplice alternativa tra alienazione e scioglimento della società.

In particolare, lo scioglimento della società – atteso che deve essere deliberato dall'assemblea straordinaria con particolari quorum costitutivi e deliberativi<sup>186</sup> – è praticabile quando la pubblica amministrazione detenga una grande fetta di capitale sociale, altrimenti si procederà alla dismissione mediante alienazione, considerata in dottrina la “via maestra”<sup>187</sup> per la dismissione delle partecipazioni pubbliche.

L'alienazione – nella maggior parte dei casi – segue un preciso *iter* che in un primo momento prevede l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica ai fini del rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, e in un secondo momento, l'eventuale esercizio del diritto di prelazione degli altri soci con la conseguente aggiudicazione delle partecipazioni alle condizioni di gara<sup>188</sup>.

Nel caso (frequente) in cui la gara risulti deserta, le pubbliche amministrazioni tentano la via dell'alienazione mediante trattativa diretta, ricercando sul mercato gli acquirenti. Se entro un anno non avviene l'alienazione (ovvero in mancanza dell'atto ricognitivo), ai sensi del combinato disposto dei commi 4 e 5 dell'art. 24 del Testo unico il socio

---

<sup>186</sup> Per approfondimenti si vedano i paragrafi 3.4 e 3.5.1

<sup>187</sup> Si veda Marasà G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Rivista delle società*, fasc. 4, 1° agosto 2017, p. 795; nel presente elaborato si può approfondire il tema mediante la lettura dei paragrafi 3.1, 3.2, 3.5.1.

<sup>188</sup> Si veda paragrafo 3.2.2

pubblico perde i diritti sociali (ma non i patrimoniali, potendo comunque alienare la partecipazione prima che intervenga tale forma di “recesso *ex lege*”) e la partecipazione deve essere liquidata in denaro dalla società.

In conclusione, si può affermare che le pubbliche amministrazioni sono sempre attratte dall'autonomia tipica dello strumento societario come si evince dai suddetti tentativi di mantenere, finché possibile, le partecipazioni.

Tuttavia, persistendo le criticità di cui all'art. 20, comma 2, si rende necessaria l'adozione di un piano di riassetto che preveda le misure di razionalizzazione analizzate all'interno del presente elaborato, la cui adozione dipende dal caso concreto e in particolare dalla compresenza di uno o più dei fattori critici di cui al Testo unico, non essendovi, all'interno di quest'ultimo indicazioni in merito alla biunivocità del rapporto tra la criticità riscontrata e la misura da adottare per risolverla.

## BIBLIOGRAFIA

### Dottrina

Abriani N. – Della Rocca S., *La gestione delle partecipazioni pubbliche*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Abriani N., *Assetti proprietari, modelli di governance e operazioni straordinarie nelle società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale?*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, I

Ambrosio V. S., *Socio pubblico, obblighi di dismissione e diritti sociali*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 1, 1° febbraio 2020

Boggiali D. e Silva M., *Procedimenti amministrativi in materia di sottoscrizione, acquisto, cessione di partecipazioni sociali da parte di pubbliche amministrazioni ed onere di controllo notarile*, Studio n. 229-2017/I, 4 dicembre 2017

Bonelli F. – Roli M., *Procedure di privatizzazione e clausole di prelazione*, in *Giur. Comm.*, 2, 2001

Bonelli L., Liberatore G., Mazzi F., *Problematiche valutative in caso di recesso degli enti pubblici dalle società partecipate. Il caso di partecipazioni in un istituto di credito.*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc. 4, 1° agosto 2017

Bruzzozone G., *La cornice sovranazionale per le società pubbliche: regole europee e linee guida dell'OCSE*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Campobasso G. F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998

Campobasso G.F., *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., 9° edizione, Torino, UTET giuridica, 2015

Cancilla F. A., *Il divieto di “soccorso finanziario” della pubblica amministrazione nei confronti delle società partecipate*, 21 febbraio 2019, in *Ratio Iuris – Rivista Giuridica*, testo disponibile al link seguente <https://www.ratioiuris.it/3629-2/>

Cariello V., *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

Centrone D., *I piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e la revisione straordinaria*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Catricalà A., Tomo 2, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016

Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, Il Mulino, luglio 2019

Cottarelli C., *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare.*, Giangiaco Feltrinelli Editore Milano, 2015

De Donno M., *La riforma del governo locale nella legge Delrio: qualche riflessione cinque anni dopo*, 3 aprile 2019, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

De Girolamo A., *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Di Fava E. G., *La cessione delle partecipazioni e la variazione della compagine sociale nelle società miste costituite a seguito di gara*, in [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it) , 1° giugno 2017

Donativi V., *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, 2016

Dugato M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, n. 8-9

Fabbiani E., *Società pubbliche non necessarie, obblighi di dismissione e diritto di recesso*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Caticcalà A., Tomo 1, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016

Fimmanò F.-Caticcalà A., *Introduzione. Profili generali della riforma.*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Caticcalà A., Tomo 1, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016

Fimmanò F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in Fimmanò F. (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, Giuffrè Editore, 2011

Genghini L.-Simonetti P., *Le società di capitali e cooperative*, Milano, 2015

Giannini M. S.; *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958

H. Bonura, *L'alienazione delle partecipazioni pubbliche*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Ibba C., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in Ibba C. (a cura di), *Le società pubbliche a tre anni dal Testo unico*, Roma, Giuffrè Editore, 2019

Maffei Alberti A., *sub art. 2437bis*, in *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011

Maltoni M. – Ruotolo A., *Problemi di riassetto delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in AA. VV., *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera F., Torino, 2010

Marasà G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Rivista delle società*, fasc. 4, 1° agosto 2017

Massa Felsani F., *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Mattarella B.G., *Burocrazia e riforme: l'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017

Mattarella B.G., *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Napolitano G., *Il “governo” delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Niccolini G., *La cancellazione ex officio delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Caticcalà A., Tomo 2, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016

Pecoraro C., *Le operazioni straordinarie*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Pettinari C., *I piani di razionalizzazione*, in *Le società pubbliche nel testo unico*, a cura di Cerioni F., Milano, Giuffrè Editore, 2017

Renna L., *Note in tema di invalidità delle delibere assembleari e di recesso nella società per azioni nella disciplina societaria riformata*, in *Giur. it.*, 2007

Roma G., *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. speciale 6/2018

Sabato Ambrosio V., *Costituzione e statuti delle società pubbliche: tra autonomia privata e tutela dell'interesse pubblico*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 3, 1° giugno 2020

Saltelli G., *La legittima trasformazione di una società per azioni in azienda speciale: ultimo orientamento del Consiglio di Stato*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, dicembre 2018

Sanna V., *La costituzione delle società a partecipazione pubblica e l'acquisto di partecipazioni in società già costituite*, in *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Garofoli R.-Zoppini A., Roma, Neldiritto, 2018

Sciascia M., *Ambito della capacità societaria delle pubbliche amministrazioni*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò F.-Catricalà A., Tomo 1, Universitas Mercatorum Press, Giapeto Editore, 2016

Sepe O., *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, vol. IX

Sodano M.R., *Aspetti privatistici e pubblicistici della cessione di quote di società-enti*, nella sezione "contributi scientifici" del sito [www.tutormagistralis.it](http://www.tutormagistralis.it)

## **Giurisprudenza ed altri documenti**

ANAC, deliberazione n. 20 del 12 novembre 2014; Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376

Cass. Civ., Sez. Un., 17287/2006

Cass. Civ., Sez. Un., n. 7799/2005

Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30167

Cons. St., Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10

Cons. St., Adunanza della Commissione Speciale n. 698 del 21 aprile 2016

Cons. St., Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10

Cons. St., Comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968

Cons. St., sentenza 11 gennaio 2013, n. 122

Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369

Cons. St., sez. V, 28 settembre 2016, n. 4041

Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574

Corte Cost., 23 novembre 2011, n. 407

Corte Cost., sent. n. 148/2009

Corte Costituzionale, sentenza n. 326 del 2008

Corte dei conti, Deliberazione n. 5/2016/SRCPIE/PAR

Corte dei conti, Deliberazione Sez. Reg. di Controllo Reg. Friuli-Venezia Giulia, n. 158/2015/PAR

Corte dei conti, Deliberazione Sez. Reg. di Controllo Reg. Marche, n. 25/2014/PAR

Corte dei conti, sez. contr. Regione Basilicata, par. n. 2806/2011

Corte dei conti, sez. contr. Regione Lombardia, par. n. 5191/2012, par. 337/2013

Corte dei conti, sez. contr. Regione Piemonte, delib. n. 487/2012

Corte dei conti, sez. contr. Regione Veneto, par. n. 980/2012

Corte dei conti, Sez. di controllo per la Regione Sicilia, 7 maggio 2014, n. 59/2014/PAR

Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per il Piemonte, 21 aprile 2015, n. 99/2015/PRSE

Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per l'Abruzzo, 21 ottobre 2015, n. 279/2015/PAR

Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Campania, 26 ottobre 2016, n. 333/2016/PAR

Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 2 settembre 2016, n. 224/2016/PRSE

Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 21 dicembre 2016, n. 419/2016/VSG

Corte dei conti, Sezione delle autonomie, Deliberazione n. 19/SEZAUT/2017/INPR

Corte dei conti, Sezione di controllo per la Lombardia, deliberaz. n. 424 del 16 novembre 2015

*Indirizzi operativi per la razionalizzazione delle partecipazioni societarie*, Sezione regionale di controllo per la Lombardia 9 febbraio 2017, n. 21

*Istruzioni per la comunicazione della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, 27 giugno 2017, sul sito [www.dt.mef.gov.it](http://www.dt.mef.gov.it)

Servizio Studi – Dipartimento Bilancio, *Testo unico sulle società a partecipazione pubblica – D. Lgs. 175/2016*, Atti del Governo, n. 402/1, del 13/09/2017. Documento disponibile al link: <https://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/BI0402a.pdf>

T.A.R. Lazio, sez. III, 31 maggio 2017, n. 6417

T.A.R. Liguria, sez. II, 4 aprile 2016, n. 333

T.A.R. Lombardia, sez. I, 5 dicembre 2012, n. 2911

TAR Sardegna, 14 marzo 2012, n. 280