

Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici

Andrea Maltoni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'interesse pubblico come interesse extrasociale nelle società a partecipazione pubblica secondo l'impostazione dottrinale tradizionale. – 3. L'apertura dell'interesse sociale ad una molteplicità di interessi. – 4. Il limite "interno" dell'interesse sociale derivante dall'esercizio di un'attività di impresa. – 4.1. *Segue*: Limiti "esterni" al perseguimento dell'interesse sociale in imprese in forma societaria a partecipazione pubblica. – 5. La delimitazione dell'oggetto sociale degli enti societari a partecipazione pubblica nella disciplina del testo unico e l'individuazione dei modelli organizzativi per la gestione delle attività sociali. – 5.1. *Segue*: la valutazione *ex ante* dell'interesse pubblico nella fase costitutiva della società o in quella deliberativa di assunzione di una partecipazione societaria. – 5.2. *Segue*: la valutazione in ordine alla conformità dell'attività svolta dalla società partecipata all'interesse pubblico successivamente alla costituzione o all'acquisizione della partecipazione. – 6. Altri strumenti (contrattuali) conformativi delle attività indicate nell'oggetto sociale a finalità di interesse pubblico. – 7. Il controllo esercitato dagli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c. e la compenetrazione dell'interesse pubblico nell'interesse sociale. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nell'affrontare il tema che qui ci occupa, ovvero quello del rapporto tra impresa in forma societaria partecipata da p.a. e perseguimento dell'interesse pubblico, occorre premettere che non si farà riferimento a quell'ampia gamma di società 'legali' – ovvero 'coattive' od 'obbligatorie'¹ – e di società di diritto singo-

¹ Per riprendere la nota tripartizione, delineata da C. Ibba, *Le società legali*, Torino, 1992, nota 2 e 41 ss., appartengono alla categoria della "società legali", le società coattive (nelle quali la fonte del rapporto sociale è costituita dalla legge) e le società "obbligatorie" (ossia quelle nelle quali la legge costituisce la fonte di un obbligo per i soggetti individuati dalla legge di costituire o concorrere alla costituzione della società), mentre le socie-

lare² presenti nel nostro ordinamento, bensì soltanto alle società a partecipazione pubblica di fonte negoziale, c.d. chiuse, ossia che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. A queste ultime – stante la salvaguardia delle normative speciali di disciplina delle società legali e di quelle a statuto singolare³, desumibile *ex art.* 1, comma 4, d.lgs. n. 175/2016⁴ (d'ora in poi T.u.s.p.p.), nonché la mancata abrogazione di gran parte delle disposizioni contenute nelle stesse, *ex art.* 28, T.u.s.p.p. – fa riferimento quel blocco di disposizioni contenute nel testo unico che, come si evidenzierà, costituiscono un nucleo di regole comuni. Sebbene si tratti di disposizioni applicabili per lo più alle amministrazioni pubbliche – in quanto incidono propriamente sulla loro capacità di diritto privato, segnatamente quella di porre in essere contratti di società e di addivenire alla conclusione di contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di partecipazioni societarie⁵ – a nostro avviso le stesse inducono a riconsiderare, su rinnovate basi, il rapporto tra interesse sociale e interesse pubblico nelle società a partecipazione pubblica⁶, che, in ultima analisi, sembra comportare una riconfigurazione della strumentalità del modulo societario rispetto all'interesse pubblico perseguito.

Le società a partecipazione pubblica⁷ – ovviamente senza considerare quelle a statuto speciale e singolare – non costituiscono una distinta categoria, essendo a tutti gli effetti riconducibili ai tipi societari previsti dal codice civile, *rectius*

tà "autorizzate" sono costituite per volontà delle parti, le quali, per disposizione di legge, non possono determinare in parte il contenuto del contratto.

² Si tratta di società disciplinate da leggi provvedimento, ovvero società che sono di solito nominativamente individuate, sul punto si v.: C. Ibba, *op. cit.*, nota 2, 17 ss., 121 ss., nonché ID, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, VIII, Torino, 1992, 523 ss.

³ Sottolineano che uno dei tratti comuni a dette società è individuabile nella «definizione dell'interesse pubblico come unico oggetto sociale», M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli, M. Dugato, Torino, 2008, spec. 8. A queste imprese in forma societaria può forse riferirsi quanto in passato era stato prospettato in relazione alla nozione di impresa pubblica, ovvero che quest'ultima non poteva considerarsi espressione della libertà di associazione dal momento che essa costituiva un mero strumento organizzativo rispetto all'interesse pubblico perseguito, si v. F. Benvenuti, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. soc.*, 1962, spec. 214-215.

⁴ All'art. 4, comma 1, lett. a), T.u.s.p.p. si stabilisce che «Restano ferme: a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse».

⁵ Su cui sia consentito rinviare ad A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in *Il diritto amministrativo in trasformazione per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, 189 ss., spec. 218 ss.

⁶ Sussiste una partecipazione pubblica, a norma dell'art. 2, comma 1, lett. f) T.u.s.p.p., quando una p.a. sia titolare di rapporti comportanti la qualità di socio oppure di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi.

⁷ Sono tali, in base all'art. 2, comma 1 lett. n), T.u.s.p.p., «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico».

a quelli espressamente richiamati dalla disciplina speciale⁸. Si è in tal modo fortemente ridotto il tasso di specialità, almeno in prospettiva, delle società a partecipazione pubblica, sempre che il legislatore non preferisca continuare a forgiarne di nuove a statuto speciale o singolare.

Per l'altro, fatte salve le numerose fattispecie societarie escluse in tutto o in parte dall'applicazione delle disposizioni contenute nel testo unico, si è definito, per la prima volta, in modo puntuale il perimetro dell'oggetto sociale di dette società⁹. In tale prospettiva, va tuttavia rilevato come, circoscrivendo gli ambiti di intervento delle società a partecipazione pubblica, si siano delimitate in modo rigido le ipotesi in cui è possibile fare ricorso allo strumento societario.

Per quanto le disposizioni del testo unico dettino una disciplina di carattere speciale con riferimento soprattutto ai poteri del socio pubblico¹⁰, l'individuazione di un doppio vincolo attinente all'oggetto delle società a partecipazione pubblica ci sembra che finisca per determinare un effetto conformativo dell'interesse sociale.

Occorre inoltre considerare che alcuni limiti, in ordine all'utilizzo dello schema societario per il perseguimento di interessi pubblici, sono desumibili dalla normativa europea e da quella nazionale applicabili alle imprese.

2. *L'interesse pubblico come interesse extrasociale nelle società a partecipazione pubblica secondo l'impostazione dottrinale tradizionale*

È noto il dibattito che vi è stato in passato tra i sostenitori rispettivamente delle teorie istituzionalistiche¹¹ e di quelle contrattualistiche in ordine all'interes-

⁸ In particolare, all'art. 3, comma 1 T.u.s.p.p. si prevede che le p.a. «possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa». Occorre altresì tener conto che a norma dell'art. 1, comma 3: «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». Come è stato osservato dalla dottrina giuscommercialista (si v. M. Stella Richter jr., *Art. 3*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2018, 158), l'art. 3 comma 1 T.u.s.p.p., nel consentire soltanto certe partecipazioni, «pone in realtà un divieto con riferimento a quelle negli altri tipi sociali». Più precisamente, – come sottolinea il medesimo A. (si v. M. Stella Richter jr., *op. cit.*, 155) – si è inteso precludere alle p.a. la possibilità di detenere partecipazioni che comportino l'assunzione di una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, in tal senso si v. anche: M. Sciascia, *Il potere organizzatorio delle pubbliche amministrazioni nell'ambito dell'azionariato pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, spec. 1951.

⁹ Si v. in particolare: l'art. 4, commi 3, 6, 7, 8, 9 nonché l'art. 26, commi 2, 4, 5, 6, 7 del T.u.s.p.p.

¹⁰ Si v., con riferimento a detta prospettiva di analisi delle società a partecipazione pubblica, G. M. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli 2016.

¹¹ Per una recente riproposizione di una concezione istituzionalistica della società per azioni, si v. M. Libertini, A. Mirone, P.M. Sanfilippo, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379 ter*, Milano, 2016, XIII ss.

se sociale¹², da individuarsi nell'interesse comune dei soci¹³. Parimenti risalente nel tempo è l'osservazione secondo cui la partecipazione dello Stato e di altri enti pubblici a società per azioni trova fondamento in ragioni di interesse pubblico¹⁴. In dottrina non si mancò altresì di rilevare come l'interesse pubblico dello Stato o di altro ente pubblico, in quanto interesse di un azionista, appaia configurabile alla stregua di un interesse extrasociale¹⁵. Ciò, in quanto, come fu osservato, se la società viene costituita per svolgere un'attività di impresa «l'accordo si forma con riguardo a tale attività e non direttamente allo scopo pubblico eventualmente comune»¹⁶.

Per quanto i fini pubblici perseguiti mediante l'azionariato pubblico potessero essere della più varia specie¹⁷, come rilevò Vittorio Ottaviano, occorre distinguere le società partecipate a seconda che l'interesse pubblico operasse all'esterno ovvero all'interno della società; situazione, quest'ultima, che si riteneva configurabile soltanto allorché l'interesse pubblico investisse l'oggetto dell'attività sociale ovvero la partecipazione dell'ente pubblico fosse prevista non a titolo privato bensì in base ad un'apposita disposizione di legge, la quale avesse stabilito l'obbligo di detenere una partecipazione pubblica maggioritaria ovvero di istituire enti col compito di «assumere partecipazioni in società al fine di sviluppare certi settori di attività», ovvero di costituire «una società in relazione ad un determinato interesse specificato dalla legge»¹⁸.

Giova altresì rilevare come successivamente, forse tenendo conto di detta partizione, la giurisprudenza amministrativa, nell'intento essenzialmente di

¹² Si v. per una ampia ricostruzione del dibattito che si è avuto anche in altri ordinamenti, fin quasi agli anni '60 del secolo scorso, A. Mignoli, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725 ss.

¹³ Interesse che è stato ricostruito in dottrina come interesse comune «in senso oggettivo ed astratto» o come interesse del socio medio o come interesse dei soci nell'ambito della collaborazione tra gli stessi, ma sempre nel rispetto dell'obbligo di non recare danno alla società nel perseguimento di un interesse extrasociale, si v. sul punto P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, 178 ss.

¹⁴ Si v. *ex multis*: M. Fragali, *Concetto e natura delle società d'economia mista*, in *Studi in onore di M. D'Amelio*, II, Roma, 1933, 189; R. Ravà, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 325.

¹⁵ Si v. G. Sena, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 58; A. Mignoli, *op. cit.*, 752.

¹⁶ Si v. sul punto: V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1044, ad avviso del quale l'interesse pubblico non poteva che risultare extrasociale, tenuto conto che se l'accordo tra i soci si forma in relazione all'interesse pubblico non può che rimanere «fuori dal contratto di società vero e proprio, giacché altrimenti non si avrebbe una società privata ma un ente destinato direttamente a un fine pubblico, quindi esso stesso pubblico». Inoltre, come osservò T. Ascarelli, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 1013, le società a partecipazione pubblica e privata costituiscono una «formula insincera», dal momento che gli enti pubblici divengono soci soltanto allo scopo di contribuire ad un equilibrato sviluppo economico del paese, di tal che il perseguimento di dette finalità dovrebbe più propriamente avvenire facendo ricorso allo strumento organizzativo dell'ente pubblico economico.

¹⁷ Per l'osservazione che con l'azionariato di Stato si perseguivano diverse finalità, che non (o non necessariamente) coincidevano con quelle degli operatori privati, si v. M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 264 ss.

¹⁸ Si v. V. Ottaviano, *op. cit.*, 1028 ss.

distinguere tra forma privatistica e sostanza pubblicistica delle società partecipate, abbia affermato che se, da un lato, «ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto, la forma societaria è neutra ed il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c.», dall'altro, assume specifico rilievo sul piano giuridico il fatto che la trasformazione di enti pubblici in società per azioni sia avvenuta *ex lege* e non abbia fatto venir meno «le connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica», continuando le stesse «ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici la cui tutela non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica»¹⁹.

3. *L'apertura dell'interesse sociale ad una molteplicità di interessi*

Occorre ancora osservare come, con riferimento alle società a partecipazione pubblica e privata, costituite su base negoziale, la dottrina maggioritaria sia sempre stata propensa a ritenere che, persino nell'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 2449 c.c. (*ex art.* 2458 c.c.), allo Stato o ad altro ente pubblico fosse stato attribuito – in base ad un'apposita previsione statutaria – un potere di nomina e revoca in via diretta di una parte dei componenti degli organi sociali²⁰, l'interesse pubblico dovesse essere qualificato come un interesse extrasociale²¹.

¹⁹ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1206, ma in termini sostanzialmente coincidenti anche: Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2001 n. 1303; ID, 17 settembre 2002, n. 4711 e già prima ID, 20 maggio 1995, n. 498, nelle quali è stata richiamata la nota decisione della Consulta sulla sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici privatizzati (Corte cost. n. 466/1993), tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un'efficace critica a tale orientamento giurisprudenziale si v. F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 239 ss., spec. 243 ss.

²⁰ Disposizione che certamente deve essere considerata derogatoria rispetto alla disciplina del diritto societario comune, in base alla quale si prevede che la nomina degli amministratori e dei sindaci, con cui si realizza la preposizione dei medesimi all'organo sociale, è deliberata in via esclusiva dall'assemblea dei soci, con la maggioranza dei voti che in essa si forma, si v. sul punto *ex multis*: A. Salafia, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Le società*, 2001, 773.

²¹ In tal senso, *ex multis*: A. Mignoli, *op. cit.*, 752-753; G. Minervini, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca borsa*, 1954, I, 718 ss.; G. Ferri, *Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 47; G. Graziani, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, in *Riv. int. scienze econ. e sociali*, 1956, 407 ss.; P.G. Jager, *op. cit.*, 136; V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 164; V. Buonocore, *Note minime in tema di «stato imprenditore» a proposito di un libro recente*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1972-1974, II, 1384 ss.; P. Abbadessa, *La nomina diretta di amministratori di società a parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Impresa, ambiente p.a.*, 1975, I, 380; M.T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, 556 ss.; N. Irti, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico giuridico)*, in *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, a cura di P.G. Marchetti, Milano, 1995, 36. Ad avviso invece di G. Di Chio, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. XIV, Torino, 1997, 169, «l'interesse pubblico non si contrappone all'interesse sociale, ma l'uno si integra con l'altro», nel senso che, tenendo conto di quanto previsto agli artt. 2458 e 2459

In dottrina non è mancato però chi, proprio argomentando dal contenuto della previsione di cui all'art. 2458 c.c. (si v. ora l'art. 2449 c.c.), ha sostenuto che, in virtù di detta «puntuale disposizione di legge», è individuabile «un vero e proprio interesse pubblico nella società, non semplicemente alla società»²². Inoltre, più di recente, è stato osservato come l'interesse sociale, in virtù della compenetrazione con l'interesse pubblico – quale interesse particolare del socio pubblico, che, in quanto tale, rimane estraneo alla comunione degli interessi dei soci – finisca per risultare “decolorato”, in ragione del fatto che si apre ad una pluralità di scopi, tra cui appunto anche l'interesse pubblico perseguito dall'ente pubblico socio²³.

Secondo un'altra parte della dottrina occorre peraltro ricostruire l'interesse sotteso ai poteri di nomina in via diretta, ex art. 2449 c.c., come un «interesse pubblico solo indiretto o strumentale rispetto all'interesse pubblico “primario”, che è all'attività sociale»²⁴.

La dottrina civilistica, di recente – per quanto anche in passato non sia mancata qualche voce isolata²⁵ – ha posto in rilievo come, da un lato, anche gli interessi dei soci privati possano risultare eterogenei, con la conseguenza di rendere difficile l'individuazione di un interesse comune²⁶, e, dall'altro, la società per azioni risulti idonea a garantire la coesistenza di una pluralità di interessi, anche tra loro contrastanti, tra i quali può annoverarsi un interesse pubblico²⁷.

c.c. «per interesse sociale deve intendersi non già quello tipico desumibile dallo schema causale legale del contratto di società, ma quello di diritto speciale che caratterizza il modello della società a partecipazione statale».

²² Si v. sul punto: F.A. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 271, ove si precisa altresì – richiamando anche quanto sostenuto da G. Sena, *op. cit.*, 50 – che l'interesse pubblico, pur ponendosi al di fuori della società, ne condiziona la complessiva attività e si contrappone all'interesse comune dei soci per il fatto che costituisce un limite all'operare dei medesimi.

²³ Si v. G. Morbidelli, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 276.

²⁴ Si v. sul punto: A. Pericu, *Società di Capitali*, in *Commentario, sub artt. 2449-2450*, a cura di G. Nicolini-A. Stagno D'Alcontres, III, Napoli 2004, 1298, che osserva altresì come l'interesse pubblico primario possa variamente concretarsi, con la conseguenza che anche l'interesse pubblico secondario risulterà diversamente declinato: «potrà così consistere nella mera presenza all'interno degli organi sociali in funzione di controllo, ovvero nella gestione effettiva dell'impresa con finalità più direttamente pubblicistiche».

²⁵ Ci si riferisce a G. Cottino, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, spec. 71 ss., che propone di ricostruire l'interesse sociale come aperto al perseguimento, anche concorrente, di una pluralità di scopi. Il medesimo A., in particolare, osservò come occorresse distinguere le società a seconda che la partecipazione pubblica fosse totalitaria ovvero soltanto di controllo, rilevando come, nella prima ipotesi, «i fini perseguiti sono pubblici e non privati» e, nella seconda ipotesi, risultasse necessario realizzare «un compromesso tra gruppi eterogenei di interessi».

²⁶ Si v. C. Angelici, *Società per azioni e interessi pubblici*, in *Nuovi poteri e dialettica di interessi. Atti del LV convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 24-26 settembre 2009, Napoli, 2010, spec. 79 ss. In termini non dissimili, R. Weigmann, *Dalla società per azioni alla società per carati*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, a cura di P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti, Milano, 2003, 172, ha osservato come, con la riforma della disciplina societaria, si è realizzata una frantumazione dell'interesse sociale.

²⁷ Si v. C. Angelici, *In tema di «socio pubblico»*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, spec. 176-177.

4. *Il limite “interno” dell’interesse sociale derivante dall’esercizio di un’attività di impresa*

In passato si era dibattuto anche in ordine al fatto se fosse o meno compatibile con la causa lucrativa del contratto di società il perseguimento di un interesse pubblico in una società a partecipazione pubblica, ed autorevole dottrina aveva segnalato, per un verso, come la società a partecipazione pubblica, dovendo operare «in un’economia di mercato», sia tenuta anzitutto a «produrre con costi che possano sostenere la concorrenza»²⁸, per l’altro, che gli enti pubblici perseguono l’interesse pubblico «in modo coerente ai caratteri essenziali del mezzo giuridico adottato e nei limiti di questo: esso è tale che dovrà perseguirsi, quantomeno, in quanto impresa, l’autosufficienza economica»²⁹. Per quanto, poi, siano state prospettate diverse nozioni del criterio di economicità³⁰, è certamente prevalsa l’opinione che esso debba essere inteso come regola di comportamento tendente al conseguimento di un utile, tesi che è stata accolta anche da chi ha ravvisato nello stesso l’elemento che connota in termini di specialità il modello della società a partecipazione pubblica³¹.

Anche di recente è stato sottolineato dalla dottrina gius-commercialista che l’impresa (ivi compresa quella in forma societaria) è un’organizzazione a scopo vincolato, essendo rivolta al conseguimento di un profitto ovvero almeno a garantire l’economicità della gestione³², mentre i giudici della Corte di Cassazione hanno posto in rilievo come alla nozione di imprenditore sia coesistente non tanto lo scopo di lucro soggettivo, bensì una obiettiva economicità dell’attività esercitata, «intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi»³³. Detta configurazione appare certamente riferibile anche alle società a partecipazione pubblica nella misura

²⁸ Si v. V. Ottaviano, *op. cit.*, 1035, il quale precisava altresì che detta società «deve agire in modo da potere soddisfare gli impegni assunti in confronto di terzi creditori, e ciò sia per il generale principio del rispetto della sicurezza del commercio, sia perché altrimenti rischia di cessare per liquidazione della sua attività, compromettendo il conseguimento dei fini pubblici per cui è sorta».

²⁹ Si v. al riguardo: F.A. Roversi Monaco, *op. cit.*, 272.

³⁰ Su cui si v. *ex multis*: G.P. Rossi, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, spec. 239 ss.

³¹ Si v. G. Di Chio, *op. cit.*, 166.

³² Si v. M. Libertini, A. Mirone, P. M. Sanfilippo, *op. cit.*, xxxix.

³³ Si v. Cass., sez. I, 24 marzo 2014, n. 6835, in *Dir. & Giust.*, 2014; Cass., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Dir. & Giust.*, 2016; Cass., sez. II, 9 settembre 2016, n. 17845, in *De Jure Giuffrè Banche dati*; Cass., sez. VI, 12 luglio 2016, n. 14250, in *Giust. civ. Mass* 2016. Inoltre, più di recente, si v.: Cass., sez. trib., 13 giugno 2018, n. 15461, in *Giust. civ. Mass* 2018; Cass., sez. VI, 18 maggio 2018, n. 12171, in *De Jure Giuffrè Banche dati*, nelle quali si rimarca che lo scopo di lucro non è elemento essenziale ai fini del riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo configurabile un’attività di impresa ogni qual volta sussista una obiettiva tendenziale economicità dell’attività esercitata, quanto meno nel medio lungo periodo, di tal che detta qualità risulta riferibile anche a società cooperative quand’anche essa operi solo nei confronti dei propri soci (si v. anche Cass., sez. I, 13 aprile 2017, n. 9567, in *Guida al diritto* 2017, 27, 64).

in cui le stesse siano da considerare imprese. Le disposizioni contenute nel testo unico del 2016 individuano una serie di regole e limiti che sono riferibili propriamente a (o presuppongono la sussistenza di) imprese in forma societaria.

Ciò, in definitiva, induce a ritenere che il ricorso ad uno schema societario da parte di una pubblica amministrazione deve risultare compatibile con i caratteri propri dell'attività da svolgere, nel senso che occorre tener conto che, essendo quest'ultimo – come meglio si preciserà – rivolto all'esercizio (o anche all'esercizio) di attività economiche, deve essere assicurata l'economicità della gestione³⁴.

D'altra parte, se le attività che, per previsione statutaria, delimitano l'oggetto sociale delle società a partecipazione pubblica sono quelle alla stessa affidate mediante un contratto pubblico – si v. *infra* § 5 –, non sembra che possa dubitarsi che per l'esercizio di dette attività sia richiesta un'organizzazione d'impresa³⁵.

Sotto altro profilo, come si è visto, deve ammettersi non soltanto che all'interno di una società di capitali coesista una molteplicità di interessi, ma anche che sia possibile utilizzare detto strumento per il perseguimento di interessi pubblici, tanto più che, secondo una parte della dottrina, in considerazione della neutralità dello schema societario³⁶, lo scopo lucrativo non costituisce un elemento infettibile ai fini della qualificazione del contratto di società³⁷, atteso che non è possibile pervenire ad una definizione unitaria, sia dilatando lo scopo di lucro «fino a comprendervi, in via di interpretazione, anche quello mutualistico e quello consortile», sia descrivendo «il fenomeno “società” come quello che può avere

³⁴ Come di recente sottolineato dai magistrati contabili, «la realizzazione dell'equilibrio economico costituisce [...] garanzia della capacità di perseguire le finalità istituzionali dell'ente, sia in veste pubblica che privata, per la qual cosa detto equilibrio a valere nel tempo deve essere un obiettivo essenziale il cui mancato perseguimento condiziona la stessa funzionalità dell'ente medesimo» (si v. Corte conti, sez. contr. Veneto, 17 settembre 2018, n. 299/2018/PRSE, in www.corteconti.it).

³⁵ Come osserva F. Cintioli, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in www.giustamm.it, 2014, anche le società c.d. strumentali sono imprese come lo erano gli enti pubblici economici, l'azienda-organo, posto che, avendo questi ultimi un bilancio e un patrimonio autonomo, erano «in grado di rispettare quantomeno il principio di copertura dei costi mediante gli attivi patrimoniali».

³⁶ Come rileva A.A. Carrabba, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994, spec. 212-213, le strutture societarie possono essere funzionalizzate a diversi scopi, nel senso che lo scopo previsto dall'art. 2247 c.c. può essere sostituito «dallo scopo consortile o dal più ampio scopo mutualistico» e dette strutture possono essere «funzionalizzate al perseguimento di finalità non lucrative, pubbliche o private». Per un ordine di idee non dissimile, si v. G. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, 295, secondo il quale il modello societario è neutrale rispetto alle finalità che si intendono perseguire, in quanto l'elemento caratterizzante lo schema societario «non è più tanto il fine di lucro, quanto la separazione che il modello societario consente tra i beni e l'organizzazione che costituiscono l'impresa e la restante parte delle attività e delle situazioni soggettive di coloro che ne sono proprietari».

³⁷ Ad avviso di G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 151 ss., spec. 163 ss., le società di capitali «sono già divenute pura struttura, destinate di volta in volta a servire a scopi diversi», in tal modo deve constatarsi come lo scolorimento della causa influisca sulla trasformazione dello scopo sociale. Per la considerazione che la mancanza dello scopo di lucro non rientra tra le cause tassative di nullità del contratto di società e che non è prevista alcuna sanzione per l'ipotesi in cui una s.p.a., «validamente costituita, non persegua di fatto lo scopo di lucro», si v. anche F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1999, 17.

– in alternativa con lo scopo di lucro enunciato dalla norma – anche uno scopo mutualistico o consortile»³⁸.

Orbene, occorre rilevare che se anche si volesse disconoscere – nonostante possa considerarsi un dato ormai acquisito – che la causa lucrativa nelle società di capitali appare “scolorita”, non potrebbe non prendersi atto che, per espresso disposto normativo, la causa associativa nelle società a partecipazione pubblica non deve necessariamente individuarsi in quella lucrativa³⁹, soprattutto se intesa come ricerca della massima redditività, potendo le p.a., in base all’art. 3, comma 1 T.u.s.p.p., acquisire o detenere una partecipazione (esclusivamente) in «società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa».

4.1 Segue: *Limiti “esterni” al perseguimento dell’interesse sociale in imprese in forma societaria a partecipazione pubblica*

Se le società a partecipazione pubblica sono propriamente ascrivibili alla categoria delle imprese, le stesse sono tenute a rispettare non soltanto un limite per così dire “interno” – *i.e.* quello dell’economicità della gestione – ma anche una serie di limiti “esterni”, alcuni dei quali sono imposti in ragione della presenza nella compagine sociale di un socio pubblico.

Dalle disposizioni contenute nei Trattati, ed in particolare dall’art. 345 TFUE è desumibile la neutralità o l’indifferenza del diritto europeo in ordine al regime della proprietà dei beni, dei mezzi di produzione, e, conseguentemente, al fatto che i pubblici poteri partecipino all’esercizio di imprese. È altresì noto che l’art. 106 TFUE esige che sia garantita la parità di trattamento tra le imprese (pubbliche e private), le quali sono assoggettate al rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza⁴⁰ – fatte salve le eccezioni che siano motivatamente pre-

³⁸ Si v. sul punto: F. Di Sabato, *op. cit.*, 17 ss. Osserva altresì A.A. Carrabba, *op. cit.*, 202 ss., che «nelle società consortili risulta evidente l’attitudine dello strumento societario ad organizzare attività finalizzate al raggiungimento di scopi *in toto* o in parte non lucrativi», mentre con riferimento alle società cooperative, sulla base della disciplina alle stesse applicabile, deve concludersi che le stesse, in virtù di apposite clausole statutarie, possono essere strutturate in modo da realizzare il «conseguimento di quelle finalità originariamente ritenute proprie del tipo stesso», ovvero «il raggiungimento di quelle finalità tradizionalmente considerate lucrative».

³⁹ Si v. però *contra*: F. Goisis, *L’ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, 1 ss., spec. 13.

⁴⁰ Si v. G. Amorelli, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo delle Comunità europee*, Padova, 1992, 243. Si v. anche l’art. 8, comma 2, l. n. 287/2000. Come sottolinea M.C. Malaguti, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. Ibba, C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, spec. 32, ciò che rileva per il diritto della concorrenza «è il carattere dell’attività e non la forma giuridica in base alla quale questa è esercitata, né tanto meno il suo regime di proprietà».

viste in relazione ad imprese preposte alla gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale⁴¹ – a prescindere dalla proprietà e dal regime giuridico delineato dalle normative nazionali.

Il diritto europeo, che mira a garantire un assetto concorrenziale, costituisce un argine all'introduzione da parte del legislatore nazionale di misure che, in ragione del perseguimento di interessi pubblici da parte di società a partecipazione pubblica, riconoscano posizioni di privilegio o di vantaggio⁴², o che alterino le condizioni di parità che debbono essere garantite nei confronti di tutte le imprese⁴³. Il limite costituito dal rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza, a ben vedere, non soltanto non è stato attenuato, ma risulta altresì indirettamente rafforzato dalla disciplina speciale contenuta nel testo unico. Quest'ulti-

⁴¹ In tema si v.: M. Lottini, *Il mercato europeo: profili pubblicistici*, Napoli, 2010, spec. 122 ss; D. Gallo, *I servizi di interesse generale*, Milano, 2010, spec. 98 ss. In senso critico: E. Moavero Milanese, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, 201, rileva come appaia ridondante il riconoscimento all'art. 106 TFUE di detta parità tra imprese private e imprese pubbliche, tenuto conto che nel diritto europeo non si fa alcuna distinzione tra le diverse figure di imprese.

⁴² In seguito alla Comunicazione del 1984 sulla Partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese, in *Boll. Ce*, 1984, 92, e alla Comunicazione della Commissione europea 91/C 273/02 in *GUCE* 273 del 18.10.1991, diverse misure nazionali (*i.e.* forme di intervento pubblico consistenti in acquisizioni di partecipazioni, apporti di capitale, garanzie, prestiti concessi ad imprese pubbliche, ovvero nella rinuncia ad ottenere un normale rendimento derivante dagli investimenti effettuati in imprese pubbliche o dalla gestione delle stesse) sono state prese in considerazione dalla Commissione al fine di valutare, in base al criterio dell'investitore privato operante in condizioni normali di mercato, se costituivano aiuti di Stato non consentiti ed eventualmente risultavano incompatibili con le regole che disciplinano il mercato unico, si v. su questi aspetti, *ex multis*: R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, spec. 98 ss. In ordine all'ambito di applicazione del criterio dell'investitore privato operante in condizioni normali di mercato, si v. *ex multis*: Corte di Giustizia, sent. 13 maggio 1985, in cause riunite C-296 e 318/82; sent. 10 luglio 1986, in causa C-40/85; sent. 10 luglio 1986, in causa C-234/84; sent. 14 febbraio 1990, in causa C-301/87; sent. 21 marzo 1990, in causa C-303/88; sent. 3 ottobre 1991, in causa C-261/89, Corte di Giustizia, sent. 5 giugno 2012, in causa C-124/10, in *www.curia.europa.eu*.

⁴³ Ad avviso di N. Irti, *op. cit.*, 304, «norme speciali che alterino il giuoco della concorrenza, sarebbero, non già garanti, ma lesive dell'interesse pubblico, il quale è, per scelta politica e vincolo giuridico, *interesse alla libera competizione delle imprese*». La Corte di Giustizia, in numerose occasioni, ha qualificato come restrizioni, ai sensi dell'art. 63, comma 1 TFUE (*ex art.* 56, comma 1, Tr. Ce), le misure nazionali idonee a impedire o limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime, si v. *ex multis*: Corte di Giustizia Ce, sent. 4 giugno 2002, in causa C-367/98, in causa C-483/99, in causa C-503/99, sent. 13 maggio 2003, in causa C-463/00, in causa C-98/01, sent. 2 giugno 2005, in causa C-174/04, sent. sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04 (nella quale i giudici europei hanno ritenuto che l'art. 2449 c.c. consentisse agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggiore rilievo rispetto a quanto sarebbe stato loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti), in *www.curia.europa.eu*. Una misura nazionale che limiti l'acquisto di partecipazioni ovvero, in altro modo, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di una società o al suo controllo, pur essendo restrittiva della libertà di circolazione dei capitali, potrebbe essere considerata giustificata, sul piano del diritto europeo, allorché le limitazioni che essa pone non siano discriminatorie, siano sorrette da motivi imperativi di interesse generale, risultino idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per il raggiungimento di questo, si v. sul punto, *ex multis*: Corte di Giustizia Ce, sent. 31 marzo 1993, in causa C-19/92, punto 32, sent. 30 novembre 1995, in causa C-55/94, punto 37, sent. 15 dicembre 1995, in causa C-415/93, punto 104, in *www.curia.europa.eu*.

ma, infatti, sembra presupporre che le amministrazioni possano fare ricorso allo schema societario essenzialmente per gestire attività in tutto o in parte organizzate in forma di impresa. Se così non fosse risulterebbero difficilmente giustificabili sul piano giuridico quelle disposizioni che impongono a tutte le società in controllo pubblico di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio aziendale, da indicarsi nella relazione sul governo societario predisposta annualmente⁴⁴, nonché di porre in essere, là dove siano rilevati uno o più indicatori di crisi aziendale, provvedimenti adeguati a «prevenire l'aggravamento della crisi», a «correggerne gli effetti», ad «eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento»⁴⁵ – che, tuttavia, non possono consistere nella «previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte»⁴⁶ – e quelle norme che sottopongono tutte le società a partecipazione pubblica (ivi

⁴⁴ Si v. l'art. 6, commi 2 e 4, T.u.s.p.p.

⁴⁵ Si v. l'art. 14, comma 2, T.u.s.p.p. Si è sottolineato come sussista un preciso dovere degli amministratori di monitorare l'equilibrio finanziario a breve e medio termine al fine di cogliere elementi di insolvenza e dello stato di crisi e «procedere, se del caso alla ristrutturazione del debito od a procedure concorsuali per evitare l'aggravamento del dissesto», si v. F. Fimmanò, *Insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento*, in *Le società pubbliche*, II, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, Universitas Mercatorum Press, 2016, spec. 718. Si v. inoltre, le considerazioni di taglio aziendalistico in ordine all'attività di valutazione e prevenzione del rischio di impresa da compiere, espresse da R. Tiscini, P. Lisi, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, *ibidem*, 791 ss.

⁴⁶ Si v. l'art. 14, comma 4, T.u.s.p.p. Inoltre, al comma 5 dell'art. 14 si stabilisce che «Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a 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. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma». Anche la disposizione testé richiamata, sebbene consenta che siano poste in essere misure di sostegno finanziario alle società di gestione di servizi pubblici, conferma che queste debbono avere ad oggetto lo svolgimento di attività in forma di impresa, dal momento che deve essere comunque approvato un piano di risanamento e garantito il ripristino dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

comprese quelle *in house*)⁴⁷ alla disciplina sul fallimento, a quella sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quella sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza⁴⁸.

Inoltre, appaiono rivolte a garantire l'economicità della gestione quelle disposizioni, sempre riferibili alle amministrazioni socie, che prevedono l'obbligo di predisporre un piano straordinario e un piano periodico ordinario di razionalizzazione delle partecipazioni dalle stesse detenute, al fine di procedere alla dismissione delle partecipazioni o allo scioglimento delle società (diverse da quelle che siano costituite per la gestione di un servizio di interesse generale), che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti⁴⁹. Al di fuori, dunque, delle ipotesi in cui le società abbiano ad oggetto la gestione o la produzione di SIG e di SIEG, allorquando si sia verificato un risultato negativo di gestione per quattro dei cinque esercizi precedenti, le amministrazioni sono tenute a procedere all'alienazione delle partecipazioni detenute nelle stesse ovvero alla liquidazione delle società partecipate.

Nella stessa prospettiva del mantenimento dell'equilibrio economico finanziario delle società, ai fini della loro permanenza in vita, vanno lette quelle disposizioni che hanno introdotto l'obbligo di applicare alcune misure di penalizzazione nei confronti degli amministratori di società titolari di affidamenti diretti, nel caso in cui nei tre esercizi precedenti si sia verificato un risultato economico negativo⁵⁰.

Sotto altro profilo, deve osservarsi come altri limiti – desumibili dal diritto europeo in tema di aiuti di Stato⁵¹, richiamati anche dalle disposizioni del testo

⁴⁷ Si v. G. D'Attorre, *La crisi nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, II, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, Universitas Mercatorum Press, 2016, spec. 674-675. Sottolinea, inoltre, F. Fimmanò, *op. cit.*, 699, che le società a partecipazione pubblica, indipendentemente dalla natura dell'attività esercitata, sono considerate dall'ordinamento degli imprenditori e, in quanto tali, risultano assoggettate alle procedure commerciali.

⁴⁸ Si v. l'art. 14, comma 1, T.u.s.p.p.

⁴⁹ Si v. art. 20, comma 2, lett. f) e 24, comma 1, che richiama le ipotesi di cui all'articolo 20, comma 2 T.u.s.p.p.

⁵⁰ All'art. 21, comma 3, T.u.s.p.p. si prevede, in particolare, che: «Le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta giusta causa ai fini della revoca degli amministratori. Quanto previsto dal presente comma non si applica ai soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante».

⁵¹ Sul punto si v. C. Angelici, *In tema di «socio pubblico»*, cit., 177-178, che rileva come la diversa disciplina applicabile abbia attribuito rilievo giuridico alle specifiche motivazioni che inducono un ente pubblico a detenere una partecipazione societaria, ed abbia portato la giurisprudenza europea, utilizzando il criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato, a verificare se tenuto conto delle circostanze in cui è stato realizzato un intervento finanziario del socio pubblico, il medesimo sia da qualificare come un aiuto di Stato. Su quest'ultimo criterio si v. C. Malaguti, *op. cit.*, 35 ss.

unico⁵² – siano riferibili alle società pubbliche, come conseguenza della partecipazione al loro capitale sociale di enti pubblici. Al riguardo, non sembra tuttavia possibile accogliere un'interpretazione estensiva del criterio dell'investitore privato – ossia rivolta ad estenderne l'applicazione ben oltre quella propria delle regole in tema di aiuti di Stato – dal momento che da tale criterio non può desumersi un vincolo per il socio pubblico di ricercare la massima redditività dalla partecipazione detenuta. Ad opinare diversamente si finirebbe per trascurare il fatto che il diritto positivo consente alle amministrazioni di acquisire partecipazioni in società di capitali anche consortili e cooperative (art. 3, comma 1 T.u.s.p.p.). Inoltre, come si è cercato di dimostrare *supra*, le disposizioni del testo unico impongono di assicurare un'obiettivo economicità gestionale nelle società a partecipazione pubblica, da intendersi come proporzionalità tra costi e ricavi – come conseguenza del fatto che l'attività esercitata ha rilevanza economica – ma non di acquisire una partecipazione al fine di conseguire la massima redditività⁵³. Peraltro, non risulta preclusa ai soci la possibilità di stabilire regole interne che diversifichino la partecipazione

⁵² Si v. l'art. 5, comma 2, là dove stabilisce che l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica deve dare «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», nonché l'art. 21 comma 3-*bis*, ove si prevede che «Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato». Detta previsione legislativa impone alle p.a. di valutare essenzialmente se la scelta oggetto dell'atto deliberativo risulti conforme al vincolo di scopo, possa considerarsi conveniente sul piano economico e appaia compatibile dal punto di vista finanziario (si v. TAR Cagliari, sez. I, 4 maggio 2018, n. 405, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁵³ Né, per vero, può essere trascurato il fatto che alle società di cui all'art. 4 T.u.s.p.p. possono essere affidati in gestione servizi di interesse generale, *i.e.* servizi pubblici non aventi rilevanza economica. A tal riguardo occorre infatti considerare che – come è stato rilevato dal giudice delle leggi (si v. Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it) – la nozione europea di SIEG, ove sia limitata all'ambito locale, e quella di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo». I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica appaiono dunque riconducibili ai SIG e non ai SIEG. Inoltre, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno, va evidenziato che, come è stato rilevato dai giudici di Palazzo Spada, occorre «prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi)», di tal che «vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato nel caso di specie, presenta o non presenta tale rilevanza economica». Ne consegue che risultano privi di rilevanza economica «i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica» (si v. Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409, www.giustizia-amministrativa.it).

agli utili⁵⁴. Infine, se si considera che – come si porrà in rilievo *infra* – le amministrazioni affidano alle società “ammesse” (*recte*: quelle che rispettano i due criteri di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 4 T.u.s.p.p.) contratti pubblici, la massima redditività non sembra che possa essere configurata come un obbligo anche per altre ragioni. Con riferimento alle società *in house* è del tutto evidente che la scelta di autoprodurre invece che ricorrere al mercato non è sicuramente dettata dalla ricerca della massima redditività, come si evince dall’art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016⁵⁵, ove si impone di esplicitare le ragioni di carattere sociale che possono aver indotto l’amministrazione a preferire detta forma di gestione. In altri termini, l’assenza di uno scopo di lucro costituisce un dato da prendere in considerazione ai fini della valutazione della convenienza economica degli affidamenti *in house*, ex art. 192, d.lgs. n. 50/2016⁵⁶. Per quanto attiene, invece, alle società miste pubblico-private, va osservato che la rinuncia in tutto o in parte agli utili da parte del socio pubblico, a fronte dell’attribuzione di determinati poteri di controllo all’interno della società⁵⁷, non potrebbe essere considerata in contrasto col criterio dell’investitore privato, atteso che l’affidamento del contratto e l’assunzione della qualità di socio non possono che avvenire in base ad un confronto concorrenziale aperto⁵⁸.

Sempre in tema di limiti c.d. “esterni”, debbono altresì essere considerate le disposizioni contenute nel testo unico in tema di società *in house* (art. 16) e di

⁵⁴ Come osservato da attenta dottrina gius-commercialistica, nelle S.r.l. miste pubblico private, l’atto costitutivo potrebbe, da un lato, attribuire al socio pubblico determinati poteri di consultazione o di veto su determinate materie «o un diritto di voto “plurimo”, oppure condizionare l’efficacia di determinate decisioni assunte dagli organi sociali al suo assenso, dall’altro, riconoscere al socio privato una quota di utili maggiore o da parametrarsi «al conseguimento di dati obiettivi imprenditoriali-economici-finanziari» ovvero degli incentivi, «con l’intento di attrarre gestori più efficienti», (si v. F. Guerrero, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2005, 681 ss., spec. 685). In definitiva, detto aspetto può costituire oggetto di specifica regolamentazione a livello di atto costitutivo o di statuto o di patti parasociali. Di ciò può trarsi conferma dagli artt. 16 e 17 T.u.s.p.p.

⁵⁵ A norma del comma 2 dell’art. 192 cit.: «Ai fini dell’affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell’offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

⁵⁶ Si v. in tal senso: T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 4 maggio 2018, n. 405, *cit.*

⁵⁷ Si v. l’art. 17, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 175/2016.

⁵⁸ Al riguardo, deve richiamarsi quanto è stato posto in rilievo dai giudici europei, ovvero che «l’applicazione del criterio dell’investitore privato è volta a determinare se il vantaggio economico concesso ad un’impresa pubblica, sotto qualsivoglia forma, per mezzo di risorse statali sia tale, in considerazione dei suoi effetti, da falsare o rischiare di falsare la concorrenza e pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri» e che detto criterio mira «a prevenire che, per mezzo di risorse statali, l’impresa pubblica beneficiaria disponga di una situazione finanziaria più favorevole rispetto a quella dei suoi concorrenti» (si v. Corte di Giustizia UE, 5 giugno 2012, in causa C-124/10, in *www.curia.europa.eu*). Detti effetti, nella situazione qui presa in considerazione, non appaiono a ben vedere configurabili.

società miste pubblico-private (art. 17), le quali parimenti trovano fondamento esclusivamente nella natura soggettiva di uno dei soci e che sono dettate al fine di garantire che, nella fase costitutiva, finalizzata all'affidamento di appalti e concessioni alle stesse, siano osservati i principi e le regole del diritto europeo a tutela della concorrenza⁵⁹. In quest'ottica debbono essere considerate alcune disposizioni di diritto privato speciale, contenute nel testo unico, applicabili alle società *in house* e a quelle miste finalizzate a consentire, mediante apposite clausole statutarie, rispettivamente, il "controllo analogo" e un "controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa".

A ben vedere, si tratta di limiti posti dal diritto europeo riferibili a tali società a partecipazione pubblica, che presuppongono l'applicazione alle medesime dello statuto dell'impresa.

Sul piano del diritto interno, occorre poi tener conto che, prima dell'entrata in vigore del testo unico, numerose disposizioni di carattere speciale, derogatorie e talvolta integrative della disciplina di diritto comune applicabile alle società di capitali, avevano introdotto una serie di vincoli in relazione all'organizzazione e al funzionamento delle società a totale partecipazione pubblica o a controllo pubblico, allo scopo di evitare che si verificassero distorsioni della concorrenza e situazioni elusive dei vincoli di finanza pubblica⁶⁰.

5. *La delimitazione dell'oggetto sociale degli enti societari a partecipazione pubblica nella disciplina del testo unico e l'individuazione dei modelli organizzativi per la gestione delle attività sociali*

Le amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 4, comma 1, T.u.s.p.p., possono costituire società o acquisire o mantenere partecipazioni societarie, anche indirette⁶¹, che abbiano ad oggetto attività di produzione di beni e servizi «strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituziona-

⁵⁹ In tema, *ex multis*: R. Caranta, *La Corte di Giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblico-privati*, in *Giur. it.*, 2010, 1194 ss.; F. G. Nicodemo, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, nota a Corte Giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, in *Urb. e app.*, 2010, 158 ss.; B. Boschetti, *I confini della nozione di società mista*, in *Urb. e app.*, 2011, 182 ss.; F. Guerra, *Lo statuto della nuova società a "partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 560 ss.; inoltre, più di recente, con un taglio comparatistico, si v.: S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, 2017.

⁶⁰ Si v. per una rassegna di dette disposizioni di carattere speciale: A. Grasso, *Le società a partecipazione pubblica in Italia*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, spec. 73 ss.

⁶¹ All'art. 2, comma 1, lett. g) T.u.s.p.p. è definita «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».

li». Tale disposizione individua un criterio che appare sostanzialmente coincidente con quello contenuto nell'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007⁶², sennonché, con la nuova disciplina, detto criterio assume una valenza più ampia, nel senso che la verifica che deve essere compiuta dalle p.a. è riferibile a tutte le partecipazioni detenute e non più, invece, ad alcune soltanto di esse, *i.e.* a quelle che erano detenute in società di mercato non aventi ad oggetto la produzione di servizi di interesse generale⁶³. Tuttavia, in relazione alla disposizione testé richiamata, sembra doversi pervenire a conclusioni non diverse da quelle raggiunte con riguardo all'art. 3, l. n. 244/2007 in ordine alla verifica della "necessaria strumentalità" rispetto alle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio⁶⁴. Più precisamente, detta verifica è funzionale all'adozione da parte dell'amministrazione di un atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite, nel quale deve essere espressamente indicata la riconducibilità delle attività costituenti l'oggetto sociale alle attribuzioni amministrative dell'ente pubblico socio, ovvero alle funzioni amministrative di cui il medesimo risulta titolare o conferitario.

Al fine di determinare quali sono le società e le partecipazioni societarie considerate 'consentite', il criterio testé indicato deve essere soddisfatto congiuntamente a quello enunciato al comma 2 dell'art. 4, ove si stabilisce che «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) la produzione di un servizio di interesse generale (SIG), nel cui novero sono compresi anche quelli a valenza economica (*i.e.*

⁶² Va evidenziato come, con riferimento a detta disposizione, i giudici amministrativi avessero posto in rilievo che la stessa poneva «un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare ... la tutela della concorrenza – che di per sé lo strumento dell'impresa pubblica non potrebbe pregiudicare – quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico», (si v. T.A.R. Sardegna, sez. I, 5 aprile 2013, n. 269, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁶³ Dal momento che tra le disposizioni espressamente abrogate dall'art. 28, T.u.s.p.p., si annoverano anche l'art. 13, d.l. n. 223/2006, conv. dalla l. n. 248/2006 e l'art. 3, commi 27 e ss., l. n. 244/2007, è da ritenere che sia venuta meno la qualificazione *ope legis* della 'strumentalità necessaria' di alcune società, che risultava connessa col loro specifico oggetto sociale – *recte*: le società c.d. strumentali, disciplinate dall'art. 13, d.l. n. 223/2006, le società aventi ad oggetto la produzione di servizi di interesse generale, nonché le società che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro o di amministrazioni aggiudicatrici, indicate all'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007 – rispetto alle finalità istituzionali perseguite dalle p.a. socie; per maggiori approfondimenti su detti aspetti sia consentito rinviare ad A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A., op. cit.*, 200 ss.

⁶⁴ Al riguardo occorre tener conto che l'ambito di operatività del criterio della 'necessaria strumentalità', ora codificato all'art. 4 comma 1 T.u.s.p.p., appare diverso da quello dell'art. 1, comma 611, lett. a), l. n. 190/2014, che fa riferimento al criterio della "indispensabilità delle partecipazioni societarie" rispetto al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, si v. per detta distinzione, *ex multis*: Corte conti, sez. contr. Marche, 17 febbraio 2016 n. 30/2015/VSG; Corte conti, sez. contr. Lombardia, 19 gennaio 2016, n. 2/2016/VSG; Id, 20 gennaio 2016, n. 7/2016/VSG; Id, 25 gennaio 2016, n. 17/2016/VSG; Corte conti sez. contr. Piemonte, 2 dicembre 2015, n. 170/2015/VSG, tutte in <https://servizi.corteconti.it/bdaccessibile/ricercaInternet>.

SIEG), ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica in base ad un accordo di programma tra p.a., *ex art.* 193, d.lgs. n. 50/2016; c) la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica ovvero la organizzazione e la gestione di un SIEG mediante l'affidamento di un contratto di partenariato ad una società mista nella quale il socio privato sia scelto con una gara a doppio oggetto; d) l'autoproduzione di beni o servizi strumentali rispetto all'ente o agli enti pubblici che detengano una partecipazione societaria o allo svolgimento delle loro funzioni nel rispetto della normativa europea e di quella interna in tema di contratti pubblici; e) la produzione di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, a favore di amministrazioni aggiudicatrici e di enti non lucrativi.

Le attività di cui all'art. 4, comma 2, d.lgs. cit., che possono essere assunte o gestite da società a partecipazione pubblica, sono individuabili in quelle di produzione di servizi di interesse generale (*recte*: quelle indicate all'art. 4, comma 2, lett. a) e c), T.u.s.p.p.⁶⁵) e in quelle di produzione di beni e servizi c.d. strumen-

⁶⁵ Per quanto il legislatore abbia utilizzato alle lett. a) e c), rispettivamente, la locuzione «produzione di un servizio di interesse generale» e quella «gestione di un servizio d'interesse generale», non sembrano sottendere l'esercizio di attività diverse, ove si consideri che la gestione di servizi pubblici ha ad oggetto, di regola, la produzione di beni e servizi destinati alla collettività o agli utenti, come si evince dall'art. 112, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, ai sensi del quale «gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». In particolare, sono ascrivibili alla categoria dei servizi pubblici locali quelle attività il cui svolgimento sia doveroso e le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili), si v. sul punto, *ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268, in www.giustizia-amministrativa.it. Inoltre, come si desume dall'art. 113, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, anche le attività consistenti nella gestione di reti e impianti (che possono essere affidate congiuntamente alla realizzazione dei medesimi) che risultano funzionali alla erogazione di SIG e SIEG, di cui alla lett. a) dell'art. 4 T.u.s.p.p., sono propriamente qualificabili alla stregua di attività di gestione di servizi pubblici locali. All'art. 113, comma 4, d.lgs. cit. si prevede infatti che gli enti locali possono affidare la gestione di reti, impianti e beni strumentali (sulla cui nozione si v. Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156, in www.giustizia-amministrativa.it) in via diretta a società *in house* o a imprese private selezionate mediante procedura di evidenza pubblica.

tali (*recte*: quelle di cui all'art. 4, comma 2, lett. b)⁶⁶, d)⁶⁷ ed e)⁶⁸, T.u.s.p.p.), «da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali», attività, dunque, rivolte «essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico⁶⁹». A quest'ultima categoria sono ascrivibili anche le società *in house holding* degli enti locali⁷⁰.

⁶⁶ Nel caso in cui «il progetto di fattibilità dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, preveda, ai fini della migliore utilizzazione dell'infrastruttura e dei beni connessi, l'attività coordinata di più soggetti pubblici, si procede attraverso la stipula di un accordo di programma tra i soggetti pubblici stessi e, ove opportuno attraverso la costituzione di una società pubblica di progetto, senza scopo di lucro, anche consortile». In detta ipotesi, per la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica può dunque essere costituita una società pubblica di progetto, che è qualificabile come organismo di diritto pubblico e come ente aggiudicatore. A detta società, che può essere partecipata esclusivamente dai soggetti aggiudicatori e dagli altri soggetti pubblici interessati, oltre che dalle fondazioni di origine bancaria – e che per tale ragione consideriamo un esempio *ante litteram* di società *in house*, al cui capitale sociale possono partecipare anche soggetti privati (si rinvia ad A. Maltoni, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2017, spec. 13) – sono attribuite anche «le competenze necessarie alla realizzazione dell'opera e delle opere strumentali o connesse, nonché alla espropriazione delle aree interessate, e all'utilizzazione delle stesse e delle altre fonti di autofinanziamento indotte dall'infrastruttura». Si tratta dunque di una società alla quale sono attribuiti, *ex lege*, l'esercizio di funzioni amministrative e attività di produzione di beni e di servizi, che, in quanto funzionali alla realizzazione di un'opera pubblica, risultano strumentali rispetto al perseguimento dei fini istituzionali dei soggetti pubblici sottoscrittori dell'accordo di programma.

⁶⁷ Il riferimento al metodo dell'autoproduzione e al fatto che l'oggetto di tali società consista nella produzione di «beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti» denota come il legislatore abbia inteso riferirsi alle società *in house* di cui all'art. 17 T.u.s.p.p.

⁶⁸ Con riguardo ai servizi di committenza, deve precisarsi che, a norma dell'art. 3, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 50/2016, sono tali quelli forniti da una centrale di committenza, *i.e.* un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che fornisce attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie. Detti servizi sono dunque affidati a centrali di committenza, e possono consistere, *ex art.* 3, comma 1, lett. l) ed m), d.lgs. cit., rispettivamente in «attività di centralizzazione delle committenze» (*i.e.*: quelle «svolte su base permanente riguardanti: 1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti; 2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti»), e in «attività di committenza ausiliarie» (*i.e.*: quelle che consistono «nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata; 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata»). Si tratta di servizi che, al di fuori delle ipotesi in cui si abbia l'attribuzione *ex lege* di funzioni pubbliche, è da ritenere costituiscono oggetto di un affidamento da parte di amministrazioni aggiudicatrici, tenuto conto che, in base al combinato disposto di cui ai commi 2, lett. e) e 4 dell'art. 4 T.u.s.p.p., alle società *in house* possono essere affidati anche i servizi di committenza.

⁶⁹ Si v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁰ Le società *holding* «consentite» sono società *in house*, come si desume sia dall'art. 2, comma 1, lett. c), che dall'art. 4, comma 5 T.u.s.p.p., ove si stabilisce che «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». Sul carattere strumentale delle società *holding* a partecipazione pubblica, si v. Corte dei conti, sez. I, 24 marzo 2015, n. 249, in <https://servizi.corteconti.it/bdcaaccessibile/ricercaInternet>, ove si sottolinea che detta società costituisce uno strumento di *governance*, dal momento che si pone «come una mera interposizione tra il Comune e la società di servizi al fine di detenerne le azioni o come coordinatrice «sot-

Dal momento che le società a partecipazione pubblica potrebbero avere ad oggetto una o alcune delle attività indicate alle lett. a) – e) del comma 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., nel cui novero sono comprese anche attività prive di rilevanza economica (*rectius*: le attività di produzione o di gestione di SIG) sembrerebbe possibile pervenire alla conclusione che tali società possano essere costituite per l'esercizio anche soltanto di attività non aventi carattere economico. Tuttavia, sembra difficile sostenere che le disposizioni sopra richiamate – le quali, non soltanto pongono una serie di vincoli che sono rivolti a 'presidiare' il criterio dell'economicità gestionale nelle società in controllo pubblico, senza distinguere in base al tipo di attività sociale svolta, ma le sottopongono altresì (finanche quelle *in house*) al fallimento – possano essere riferite a società che non hanno ad oggetto l'esercizio di attività (anche) economiche. Se ciò è esatto, non rimane che ipotizzare che le società in controllo pubblico, costituite nel rispetto dei criteri di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., sono sempre imprese in forma societaria, le quali esercitano almeno un'attività a carattere economico tra quelle indicate all'art. 4, comma 2 T.u.s.p.p. Ciò, *a fortiori* se si considera che è stato disatteso dal legislatore delegato il criterio direttivo – contenuto nella legge di delegazione⁷¹ – che imponeva di distinguere le società a partecipazione pubblica a seconda del tipo di attività sociale svolta, nonché di esercitare in modo distinto le attività amministrative in forma privatistica e le attività d'impresa⁷².

Al di fuori del pur nutrito gruppo di ipotesi di partecipazioni societarie che sono "consentite" *ex lege*, in deroga all'applicazione dei criteri di cui ai commi 1 e/o 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p.⁷³, viene dunque, di regola, riconosciuta alle amministrazioni pubbliche la possibilità di detenere partecipazioni essenzialmente in società *in house*, affidatarie dirette di contratti pubblici, anche ad 'oggetto socia-

to il profilo patrimoniale, finanziario, amministrativo, tecnico ed organizzativo, delle società ed enti in cui partecipa". Si v. anche la Relazione 2015 della Sezione Autonomie della Corte dei conti, § 2.3.1.

⁷¹ Criterio direttivo desumibile dalle lett. a) e m), punti 1) e 2) del comma 1 dell'art. 18, l. n. 124/2015.

⁷² Si v. su tale distinzione: Corte cost. 30 luglio 2008, n. 326 e 4 maggio 2009 n. 148, in www.cortecostituzionale.it. La Commissione speciale del Consiglio di Stato, sezione normativa, nel parere del 21 aprile 2016 n. 968 reso sullo schema di decreto legislativo, in www.giustizia-amministrativa.it, nell'individuare una serie di proposte di modifica, suggeriva di far confluire le società strumentali e quelle *in house* in un modello generale distinto.

⁷³ La partecipazione detenuta in società c.d. patrimoniali è considerata dal legislatore a «strumentalità necessaria», dal momento che l'amministrazione viene esentata dalla specifica indicazione della sussistenza di detta strumentalità rispetto alle proprie finalità istituzionali; in alcuni casi la società o la partecipazione è considerata "consentita" *ex lege*, nel senso che si deroga alla verifica circa il rispetto dei due criteri di cui all'art. 4, commi 1 e 2 T.u.s.p.p.; nel caso, poi, in cui vi sia lo svolgimento di un'attività per la quale siano attribuiti diritti esclusivi o speciali (ad es. SIG e SIEG), le attività di mercato contestualmente esercitate dalla stessa società sono considerate dalla legge a «strumentalità necessaria» per 'osmosi'; altre partecipazioni societarie sono considerate 'ammesse' in via implicita dalla legge, in quanto quest'ultima ne rimette l'individuazione ad opera di un d.P.C.M. Per un più approfondito esame di dette ipotesi derogatorie e la prospettazione di una serie di rilievi critici con riguardo alle stesse, sia consentito di rinviare ad: A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, op. cit., 204 ss.

le plurimo⁷⁴, nonché in società miste pubblico private, costituite *ex art.* 17, T.u.s.p.p. Per tale via si definiscono anche i modelli organizzativi utilizzabili dalle amministrazioni per il perseguimento dell'interesse pubblico, *recte* quello della società *in house* e quello della società mista.

La delimitazione della scelta ai due predetti modelli organizzativi, che scaturisce dai vincoli posti dai commi 1 e 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., costituisce, a ben vedere, la diretta conseguenza del fatto che le società a partecipazione pubblica – *rectius* quelle sottoposte al rispetto di detti vincoli – risultano affidatarie di contratti pubblici⁷⁵.

5.1 *Segue: la valutazione ex ante dell'interesse pubblico nella fase costitutiva della società o in quella deliberativa di assunzione di una partecipazione societaria*

Come si è anticipato sopra, la deliberazione di partecipazione alla costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione nella stessa da parte di una p.a. non soltanto non può che avere una specifica forma ed essere adottata dall'organo competente dell'amministrazione in base alla legge statale o regionale, ma deve anche risultare analiticamente motivata⁷⁶. Più precisamente, nella motivazione di detti atti deliberativi⁷⁷ deve darsi conto: che risulta soddisfatto il criterio della necessaria strumentalità rispetto alle finalità istituzionali, *ex art.* 4, comma 1 T.u.s.p.p.; che la costituzione della società o la partecipazione assunta appare giustificata sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché, nel caso in cui alla stessa sia affidato un servizio, che è stata

⁷⁴ A norma dell'art. 4, comma 4 T.u.s.p.p., le società *in house* hanno un "oggetto plurimo", allorché il loro oggetto sociale esclusivo contenga non soltanto attività o servizi strumentali, ma anche la produzione o la gestione di un SIG o di un SIEG.

⁷⁵ Nel caso in cui gli enti locali costituiscano una società *holding* – che, come si è precisato, è riconducibile al modello dell'*in house* – la stessa assume a strumento attraverso cui viene esercitato il controllo analogo (c.d. *in house* a cascata) e si rende possibile l'affidamento diretto di contratti pubblici a società controllate soltanto indirettamente da dette amministrazioni aggiudicatrici.

⁷⁶ Tenuto conto che le disposizioni contenute nell'art. 5, sono richiamate anche dall'art. 7, comma 7, nonché dall'art. 8, comma 1 e dall'art. 18, comma 1 T.u.s.p.p., la disciplina sulla forma dell'atto, sulla competenza dell'organo dell'ente a cui spetta deliberare e sull'obbligo di motivazione va riferita anche: all'atto deliberativo con cui sono approvate le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentono un cambiamento significativo dell'attività della società, oppure la trasformazione della società, il trasferimento della sede sociale all'estero, la revoca dello stato di liquidazione; all'atto deliberativo di acquisizione di partecipazioni societarie dirette o indirette, anche mediante la sottoscrizione di un aumento di capitale o la partecipazione ad operazioni straordinarie; all'atto deliberativo avente ad oggetto la richiesta di ammissione di azioni o di altri strumenti finanziari alla quotazione in un mercato regolamentato.

⁷⁷ Si consideri che, quantunque all'art. 7, comma 2 viene richiamato soltanto il comma 1 dell'art. 5 T.u.s.p.p., anche i successivi commi di quest'ultimo articolo fanno riferimento agli atti deliberativi di costituzione di società e di acquisizione di una partecipazione societaria.

considerata anche la possibile gestione diretta o esternalizzata del medesimo servizio; che la decisione assunta dalla p.a. è conforme ai principi di efficienza, efficacia, economicità dell'azione amministrativa; che l'intervento finanziario all'uopo previsto risulta compatibile con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Si prevede, inoltre, che lo schema di tale atto deliberativo, prima della sua approvazione da parte del competente organo dell'amministrazione, sia sottoposto a forme di consultazione pubblica, secondo le modalità stabilite da ciascun ente, nonché inviato alla competente sezione di controllo della Corte dei conti, a scopo conoscitivo, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Gli atti deliberativi indicati⁷⁸ sono atti che possono considerarsi "prodromici" rispetto ai successivi atti societari, e, per quanto attiene al regime giuridico, risultano sostanzialmente equiparati ai provvedimenti amministrativi⁷⁹.

In virtù di una precisa scelta legislativa, il predetto obbligo di motivazione, non soltanto garantisce la trasparenza e la controllabilità del processo decisionale compiuto dalle amministrazioni pubbliche, ma risulta altresì preordinato ad assicurare la conformità a determinate finalità di interesse pubblico di scelte che incidono su aspetti societari di particolare rilevanza⁸⁰.

Il regime amministrativo dell'atto deliberativo – che trova conferma anche nella disposizione che riconosce all'Autorità *antitrust* la legittimazione, ex art. 21-*bis* comma 2, l. n. 287/1990, ad impugnarlo in sede giurisdizionale, là dove violi le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁸¹ – e l'obbligo specifico di motivazione, a ben vedere, finiscono per rendere trasparenti e sindacabili in sede giurisdizionale anche le ragioni di interesse pubblico che presiedono alla decisione di un'amministrazione pubblica di partecipare alla costituzione di società o di acquisire una partecipazione nella stessa⁸².

⁷⁸ Ci si riferisce, in particolare, agli atti deliberativi richiamati agli artt. 5, 7, 8 e 18 T.u.s.p.p.

⁷⁹ Per un più approfondito esame di detto tema sia consentito rinviare ad A. Maltoni, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle P.A. nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Munus*, n. 3/2018, 883 ss.

⁸⁰ Sottolineano i giudici del T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 3 ottobre 2017, n. 331, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che «nel caso della costituzione di una società come anche nel caso della decisione di pervenire all'aumento del capitale sociale vengono in evidenza aspetti organizzatori, essendo evidente l'incidenza della relativa scelta sulle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico».

⁸¹ Si v. l'art. 5, comma 3 T.u.s.p.p.

⁸² Si v. sul punto il parere adottato dall'AGCM, ex art. 21-bis, l. n. 287/1990, (AS1587) con riguardo ad un deliberazione di un Comune relativa ad una complessa operazione societaria, in cui la medesima Autorità ha rilevato alcune violazioni della concorrenza.

5.2 Segue: *la valutazione in ordine alla conformità dell'attività svolta dalla società partecipata all'interesse pubblico successivamente alla costituzione della società o all'acquisizione della partecipazione*

Delineato il regime degli atti adottati dalla p.a. socia, non può che conseguire la sindacabilità dei medesimi da parte del giudice amministrativo. Si tratta in particolare di atti che incidono sul momento organizzativo-costitutivo della società, contestualmente a quello contrattuale, in tutte le ipotesi – *recte*: quelle individuate al comma 2 dell'art. 4, T.u.s.p.p. – in cui alla stessa società siano affidati contratti pubblici. Si realizza in tale modo una compenetrazione tra i due momenti (organizzativo e contrattuale), come conseguenza del fatto che la costituzione della società o l'acquisizione di una partecipazione societaria trova giustificazione nella decisione di affidare un contratto all'entità societaria.

Inoltre, dal momento che la decisione di costituire una società *in house* comporta la sottrazione al confronto concorrenziale dell'affidamento di determinati appalti o concessioni, non sembra revocabile in dubbio che sussiste l'interesse qualificato degli operatori economici a contestare la costituzione di detta società o l'acquisizione di una partecipazione societaria in ipotesi di *in house* frazionato.

Per quanto la giurisprudenza appaia orientata a ritenere che la decisione di costituire una società *in house* o di assumere una partecipazione nella stessa, ancorché debba essere motivata, costituisca espressione di una scelta ampiamente discrezionale⁸³, ha altresì sottolineato come l'individuazione del modello societario debba essere supportata da ragioni di convenienza sotto il profilo dei benefici per la collettività⁸⁴.

Peraltro, il sindacato del giudice amministrativo risulta ora più ampio, dal momento che esso non appare limitato alla verifica circa la sussistenza delle condizioni individuate dal diritto europeo in tema di affidamenti *in house*⁸⁵, nonché alla valutazione della legittimità della scelta comparativa compiuta dall'amministrazione tra i possibili modelli organizzativi per la gestione delle attività oggetto di affidamento⁸⁶, ma riguarda altresì i più specifici contenuti della motivazione dell'atto deliberativo, *ex art. 5, comma 1 T.u.s.p.p.*⁸⁷.

⁸³ Si v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁴ Si v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1781, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁵ Su cui si v. ora l'art. 5, d.lgs. n. 50/2016.

⁸⁶ Si consideri che la decisione degli enti locali di affidare servizi pubblici locali a rilevanza economica ad una società *in house* deve già essere motivata in base all'art. 34, comma 20 d.l. n. 179/2012, conv. dalla l. n. 221/2012.

⁸⁷ Occorre infatti considerare che, al comma 1 dell'art. 5 T.u.s.p.p., si prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisto di una partecipazione societaria deve essere motivato «anche sul pia-

Inoltre, l'estensione di detto sindacato giurisdizionale sembra doversi valutare sia con riguardo alla possibile violazione delle disposizioni rivolte a tutelare la concorrenza, come riconosciuto espressamente all'art. 5, comma 3 T.u.s.p.p., sia in ordine alla sussistenza in concreto del rapporto di strumentalità tra la società e le finalità istituzionali dell'ente pubblico socio, ex art. 4, comma 1 T.u.s.p.p.⁸⁸, e alla legittimità delle scelte compiute dall'amministrazione mediante l'approvazione dei piani di razionalizzazione delle partecipate⁸⁹.

6. *Altri strumenti (contrattuali) conformativi delle attività indicate nell'oggetto sociale a finalità di interesse pubblico*

Se, come si è chiarito, il "vincolo" dell'attività di cui al comma 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p. rende configurabile soltanto lo svolgimento di attività oggetto di affidamento da parte delle amministrazioni socie, occorre aver riguardo anche alla regolamentazione di dette attività.

Nel caso infatti in cui siano affidate alla società a partecipazione pubblica attività di gestione/produzione di SIG e di SIEG, la regolamentazione del rapporto con l'ente pubblico affidante si attua essenzialmente mediante il contratto di servizio, i patti parasociali, nonché, eventualmente, la previsione di determinate clausole statutarie che siano rivolte a salvaguardare o a soddisfare specifiche finalità pubblicistiche perseguite dall'ente pubblico socio⁹⁰.

no della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato».

⁸⁸ Si v. ad es.: Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2016, n. 4688, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, ove si rileva che detto rapporto di strumentalità – che nel caso di specie doveva valutarsi ai sensi dell'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007 – non dipende soltanto dall'oggetto sociale, ma anche dalle modalità con le quali l'amministrazione può esercitare le proprie prerogative di azionista, di tal che «ciò che conta è soprattutto il tipo di indirizzo o di influenza che sulla società l'ente pubblico può davvero esercitare per assicurare l'irrinunciabile coerenza con le proprie finalità istituzionali». Inoltre, con riguardo ad una società mista pubblico privata, in ordine alla legittimazione del socio privato ad impugnare la delibera prodromica di aumento di capitale dell'Amministrazione regionale, si v. T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 3 ottobre 2017, n. 331, cit.

⁸⁹ Si v. sul punto T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 18 aprile 2018, n. 426, ove si è sottolineato che anche il piano di razionalizzazione (*recte*: sia quello straordinario che quello ordinario periodico) è da qualificarsi alla stregua di un «provvedimento motivato» con cui ciascuna Amministrazione effettua la ricognizione delle partecipazioni possedute alla data di entrata in vigore dello stesso decreto legislativo ed individua quelle che debbono essere alienate». Ciò, in ragione del fatto che è ravvisabile «nell'atto che le P.A. adottano ai sensi dell'art. 24, comma 1, cit. un contenuto non solo ricognitivo, ma anche volitivo, che indubbiamente lo fa rientrare nella categoria dei provvedimenti amministrativi, intesi, alla luce della classica definizione dottrinale, come manifestazioni di volontà preordinate alla cura di uno specifico interesse pubblico (la cui realizzazione è affidata alla P.A. titolare del potere di provvedere) e dirette a produrre unilateralmente effetti giuridici nei rapporti esterni con i destinatari». In termini non dissimili, si v. anche ID, 5 aprile 2018, n. 363; ID, 11 aprile 2018, n. 376, nonché ID, 17 aprile 2018, n. 408, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

⁹⁰ Si v. in tal senso: F. Guerrero, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, op. cit., spec. 683 e 689.

Ma anche quando l'affidamento alla società, in via diretta o all'esito di una gara a doppio oggetto, riguardi servizi e attività strumentali, la regolamentazione dell'attività sarà rimessa al contratto pubblico attraverso il quale si realizza detto affidamento e ai patti parasociali e/o a clausole statutarie.

In definitiva, appare tutt'altro che marginale il ruolo assegnato alla regolamentazione convenzionale dell'attività oggetto di affidamento nello stabilire quale sia la rilevanza assegnata all'interesse pubblico nell'ambito della comunione degli interessi dei soci. Interesse pubblico specifico, da individuarsi essenzialmente nell'ottimale gestione dell'attività affidata, la cui regolamentazione – stabilita dall'ente pubblico o dagli enti pubblici affidanti – deve appunto essere finalizzata ad assicurare detto obiettivo.

7. *Il controllo esercitato dagli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c. e la penetrazione dell'interesse pubblico nell'interesse sociale*

La nomina in via diretta di determinati amministratori finisce per integrare una forma di “controllo dall'interno”, nel senso che la “necessaria strumentalità” dell'attività sociale rispetto alle finalità istituzionali, *ex art. 4*, comma 1 T.u.s.p.p., non attiene soltanto al momento deliberativo iniziale (*i.e.* quello costitutivo o quello di acquisizione della partecipazione), dovendo sussistere durante tutta la vita dell'ente societario o fintanto che permanga la partecipazione pubblica nel medesimo. Di ciò costituisce riprova il fatto che le amministrazioni pubbliche sono tenute periodicamente a predisporre un piano di razionalizzazione ordinario, *ex art. 20*, comma 2, lett. a) T.u.s.p.p., in cui debbono essere indicate le partecipazioni da mantenere e quelle da alienare⁹¹.

Detti amministratori di nomina diretta dovrebbero dunque effettuare un controllo – tenendo conto anche delle direttive o degli indirizzi che siano loro eventualmente impartiti dall'amministrazione nominante – in ordine al fatto che sia assicurata, nel corso del tempo, la connotazione pubblicistica dell'attività sociale.

Ne consegue che anche il potere di revoca risulta correlativamente condizionato dal potere di direttiva/indirizzo, che può essere esercitato al fine di garantire la predetta penetrazione. In altri termini, il controllo svolto dagli amministratori di nomina diretta, soprattutto là dove vi siano soci privati, non può che essere rivolto alla verifica del conseguimento di quegli obiettivi di interesse pub-

⁹¹ Come è stato sottolineato da Corte dei conti, sez. autonomie, deliberazione n. 21 luglio 2017, n. 19/SEZAUT/2017/INPR, avente ad oggetto «Linee di indirizzo per la revisione straordinaria delle partecipazioni di cui all'art. 24, d.lgs. n. 175/2016», in www.corteconti.it, occorre dare conto, al fine di motivare il mantenimento delle partecipazioni detenute, anche di minima entità, sia della sussistenza del requisito della necessaria strumentalità dell'attività sociale rispetto alle finalità istituzionali, sia, in esito alla ricognizione effettuata, «dell'attività svolta dalla società a beneficio della comunità amministrata».

blico connessi all'attività affidata, specificati nel contratto, nei disciplinari e nei regolamenti di esecuzione, in clausole statutarie.

Occorre però distinguere la situazione in cui il socio o i soci pubblici detengono una partecipazione di controllo – nella quale come si è evidenziato si realizza una compenetrazione tra interesse pubblico e interesse sociale, essendo quest'ultimo l'interesse prevalente tra quelli che rifluiscono nello schema causale societario – da quella in cui, invece, la partecipazione detenuta non assicuri il controllo societario. In quest'ultimo caso, infatti, potrebbero verificarsi dei conflitti tra i diversi tipi di interessi destinati a coesistere all'interno della società. Anche in detta ipotesi occorre tuttavia considerare che, diversamente dal passato – come si è evidenziato – la partecipazione societaria può essere mantenuta soltanto se e fin tanto che sia garantita la necessaria strumentalità, in concreto, rispetto alle finalità istituzionali perseguite dall'ente pubblico socio, la quale deve essere declinata nel soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico sotteso all'attività che abbia costituito oggetto di affidamento alla società. Sotto questo profilo, non muta dunque il ruolo degli amministratori di nomina diretta, che è propriamente quello di effettuare un controllo circa la permanenza, nel tempo, di detto orientamento dell'attività sociale all'interesse pubblico perseguito.

Se ciò è esatto, l'attribuzione agli enti pubblici nominanti di un potere di indirizzo/direttiva nei confronti degli amministratori nominati, *ex art.* 2449, comma 1 c.c., sembra doversi ricostruire alla stregua di un potere diretto a garantire la predetta connotazione pubblicistica (nel tempo) dell'attività sociale, connotazione che del resto deve sussistere già nella fase genetica dell'ente societario ovvero nel momento in cui è adottata la decisione dell'amministrazione di acquisire una partecipazione societaria. Occorre peraltro tener conto che gli atti deliberativi rivolti alla costituzione o all'assunzione di una partecipazione e gli atti di nomina e di revoca in via diretta degli amministratori risultano sottoposti al medesimo regime giuridico, trattandosi di atti amministrativi sostanzialmente equiparati a provvedimenti, che debbono essere specificamente motivati⁹².

8. Conclusioni

Dopo aver precisato che il diritto europeo e quello interno individuano una serie di limiti, si è osservato come le disposizioni contenute nel T.u.s.p.p. dettino un nucleo di regole comuni applicabili alle società a partecipazione pubblica. Per quanto dette disposizioni incidano più che altro sulla capacità di diritto pri-

⁹² Si v. ancora *amplius*: A. Maltoni, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle P.A. nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, *op. cit.*, spec. 900 ss.

vato delle amministrazioni, individuando in particolare alcuni limiti alla possibilità di porre in essere contratti di società o di acquisire partecipazioni societarie, le stesse dettano altresì una regolamentazione “in positivo” dell’oggetto sociale, dal momento che le attività che possono essere esercitate dalle società a partecipazione pubblica sono individuate dalla disciplina di carattere speciale. Detta delimitazione – che tuttavia non vale per le fattispecie societarie sottratte in tutto o in parte al rispetto dei criteri di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 4 T.u.s.p.p., nonché a quelle ‘legali’ o disciplinate da leggi ‘singolari’ – rende evidente come si sia inteso tipicizzare l’oggetto sociale.

Se la coesistenza di una pluralità di interessi costituisce un dato che può considerarsi ormai acquisito nelle società per azioni – come la dottrina gius-commercialista ha ben evidenziato⁹³ – la disciplina speciale non ha soltanto individuato le condizioni e definito le modalità deliberative per la costituzione di una società o l’assunzione di una partecipazione societaria da parte di una p.a., ma ha anche delineato un particolare modo di essere della comunione degli interessi dei soci nelle società a partecipazione pubblica. In quelle che possono considerarsi delle pre-condizioni per l’esistenza di una società a partecipazione pubblica, individuate dalla disciplina positiva – tenuto conto che la stessa impone di verificare la conformità ai due criteri di cui all’art. 4, commi 1 e 2 T.u.s.p.p. – è insita l’esigenza di realizzare una forte compenetrazione tra l’interesse sociale e l’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione socia⁹⁴. Più precisamente, mentre nelle società a totale partecipazione pubblica l’interesse sociale risulta fortemente compenetrato non con un generico interesse pubblico, bensì con l’interesse pubblico sotteso all’attività affidata o al compito conferito, nelle società miste pubblico private, in cui risultano compresenti interessi di matrice diversa, non potrà che risultare prevalente l’interesse pubblico specifico, per le ragioni sopra indicate. Come si è indicato, sono individuabili diversi momenti in cui le amministrazioni debbono non soltanto specificare le ragioni di interesse pubblico che presiedono alla scelta di costituire una società o di acquisire una partecipazione societaria, ma anche confermare il mantenimento della partecipazione detenuta in ragione della permanenza di dette ragioni. Detta articolazione costituisce, a ben vedere, la diretta conseguenza della tipicizzazione delle attività esercitabili mediante lo schema societario. Attività che sono affidate in gestione alla società pubblica, ma di cui rimane titolare l’ente pubblico socio.

⁹³ Si v. *supra* le note 27 e 28.

⁹⁴ Forte compenetrazione che ci pare impedisca – come è stato osservato da F. Fracchia, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 855 ss., spec. 886-887 – «un uso dello strumento societario “distorto” perché contrario agli interessi pubblici» e, al contempo, giustifichi la vigente disciplina pubblicistica dei controlli sulla società.

Giova al riguardo rilevare come, mediante la necessaria strumentalità alle finalità istituzionali e la determinazione delle attività che possono essere esercitate dalla società a partecipazione pubblica, si definiscano gli spazi di coesistenza tra i diversi interessi dei soci.

La predetta tipizzazione costituisce, in particolare, il risultato di una “selezione”, imposta dalla legge, delle attività di cui deve essere assicurata la necessaria strumentalità rispetto alle finalità istituzionali perseguite dalle amministrazioni soci, con riferimento alle quali l’interesse pubblico perseguito si concretizza nelle specifiche modalità di svolgimento delle stesse, o meglio nella ottimale gestione del SIG, del SIEG, o del servizio strumentale affidato. In tal modo, il legislatore ‘seleziona’ anche le attività, che possono essere svolte mediante lo schema societario, a cui possono essere destinate risorse finanziarie pubbliche.

Le predette condizioni rendono inoltre evidente come, per un verso, gli interessi pubblici perseguiti dalle amministrazioni appaiano tendenzialmente omogenei⁹⁵ – essendo connessi alla/e tipologia/e di attività oggetto di affidamento – per l’altro, gli interessi dei privati subiscono significative limitazioni, potendo essere soddisfatti esclusivamente all’interno del modello organizzativo predefinito dall’amministrazione e soltanto se e fino a quando l’ente pubblico socio ritenga che si possa continuare a garantire la necessaria strumentalità rispetto a determinate finalità di interesse pubblico⁹⁶. Nella prospettiva indicata deve considerarsi che, ad eccezione delle ipotesi derogatorie espressamente previste, la conformazione dell’interesse sociale ad esigenze di interesse pubblico si realizza altresì per il tramite di modelli organizzativi delineati dal testo unico, segnatamente quello della società *in house* e quello della società mista. Con riferimento a quest’ultimo modulo organizzativo, in sede di regolamentazione del rapporto tra soci pubblici e soci privati, l’amministrazione è chiamata a definire le modalità finalizzate a garantire l’adeguato soddisfacimento dell’interesse pubblico specifico sotte-

⁹⁵ Detta osservazione tiene conto anche di quanto rilevato, di recente, dai giudici del massimo organo della giustizia contabile (si v. Corte dei conti, sez. riun. giurisd., 22 maggio 2019, n. 16/2019/EL, in www.corteconti.it), ovvero che, dal momento che nessuna disposizione impone alle amministrazioni, che detengono una partecipazione societaria, di gestirle in modo associato e congiunto, l’interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire «non è necessariamente compromesso dall’adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono fare capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenziali».

⁹⁶ Si consideri al riguardo, ad esempio, quanto rilevato, con riferimento all’art. 3, comma 29, l. n. 244/2007 – disposizione che può oggi ricondursi a quanto previsto dal combinato disposto di cui all’art. 4, comma 1 e all’art. 20, comma 2, lett. a) T.u.s.p.p. – dai giudici del T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 13 ottobre 2015, n. 1305, in www.giustizia-amministrativa.it, ad avviso dei quali «se il legislatore statale non impone direttamente l’uscita degli enti pubblici dalle società che gestiscono servizi pubblici, non esprime nemmeno una qualche opposizione a tale ipotesi, e certamente non costringe le pubbliche amministrazioni a rimanere prigioniere delle società partecipate. Una volta che l’ente pubblico, esercitando la propria discrezionalità, abbia qualificato come non più strategica la presenza nel capitale di società affidatarie di servizi pubblici, si verifica una situazione equivalente al divieto di conservare partecipazioni azionarie estranee alle finalità istituzionali».

so all'attività oggetto di affidamento, assicurando la prevalenza del medesimo in sede di composizione dei diversi interessi compresenti nella compagine sociale.

Nell'ipotesi in cui nella società mista vi sia una pluralità di enti pubblici soci – i quali, complessivamente, detengono la parte maggioritaria del capitale sociale –, come di recente è stato rilevato dai giudici di Palazzo Spada, deve aversi riguardo ad un ulteriore limite, desumibile dal fatto che «una partecipazione pulviscolare è in principio inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di effettivamente incidere sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa [...] in presenza di interessi contrastanti e, in ultimo, impeditivi»⁹⁷. Al ricorrere di dette circostanze, ad avviso dei medesimi giudici, i soci pubblici, per sopperire alla oggettiva debolezza in cui si trovano, dovrebbero stipulare patti parasociali ovvero prevedere, negli atti costitutivi della società, la costituzione di «un organo speciale, che, al pari delle assemblee speciali di cui all'art. 2376 Cod. civ. [...], sia deputato ad esprimere la volontà dei soci pubblici» in modo da consentire «alle amministrazioni pubbliche di coordinare e dunque rinforzare la loro azione collettiva e, in definitiva, di assicurare un loro controllo sulle decisioni più rilevanti riguardanti la vita e l'attività della società partecipata»⁹⁸. Ciò che emerge è, in definitiva, che, in mancanza della stipula di appositi strumenti negoziali di coordinamento ovvero dell'istituzione di organi sociali speciali, gli enti pubblici, che detengono una partecipazione c.d. pulviscolare in società miste, non sono in grado di indirizzare l'esercizio dell'attività sociale al perseguimento del fine pubblico, dalle stesse istituzionalmente perseguito, con riferimento all'attività affidata in gestione alla società⁹⁹.

Occorre poi considerare che ulteriori limiti sono desumibili da quelle disposizioni del testo unico che formalizzano il processo decisionale dell'amministrazione sociale, non soltanto ai fini della costituzione della società, nonché dell'acquisizione di partecipazioni, ma anche, ad esempio, là dove si intendano appor-

⁹⁷ Si v. Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si osserva come «la particolare modestia della partecipazione al capitale normalmente» si traduca «in una debolezza sia assembleare sia, di riflesso, amministrativa (la quale può di fatto essere compensata solo in situazioni eccezionali dove altri equilibri refluiscono a compensare questa debolezza)».

⁹⁸ Si v. ancora Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, cit.; in detta pronuncia viene sottolineata altresì che se lo «scopo assegnato dalla legge, per la via mediata della previa valutazione politico – strategica dell'amministrazione pubblica, è di acquisire o mantenere partecipazioni in società di capitali per lo svolgimento di un servizio valutato come necessario a soddisfare i bisogni della collettività di riferimento, una partecipazione pulviscolare priva di adeguati strumenti di coordinamento con le partecipazioni di altri soggetti pubblici, non consente o mette in discussione il raggiungimento di tale obiettivo».

⁹⁹ Si v. anche T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 17 settembre 2019, n. 999, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si sottolinea che la strumentalità rispetto alle proprie finalità istituzionali dipende non soltanto dall'oggetto sociale, ma anche dalle modalità con cui i soci pubblici sono in grado di esercitare le proprie prerogative di azionisti ed indirizzare e coordinare l'attività svolta dalla società.

tare «modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società» (si v. l'art. 7, comma 7 T.u.s.p.p.), modifiche che debbono essere previamente "autorizzate" dall'ente pubblico socio mediante un atto deliberativo motivato a regime amministrativo. Atto dunque che – parimenti a quelli di partecipazione alla costituzione o di acquisizione di una partecipazione o di nomina e di revoca di amministratori *ex art. 2449 c.c.* – risulta impugnabile davanti al g.a., là dove siano violati i limiti posti dai commi 1 e 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., anche da parte di operatori economici di mercato, che potrebbero essere interessati all'aggiudicazione dei contratti affidati alla società partecipata o che operano nel settore in cui la società si propone di intervenire, con la modifica dell'oggetto sociale.

Infine, allo scopo di assicurare la permanenza, nel tempo, di detta necessaria connotazione in senso pubblicistico, all'art. 20 T.u.s.p.p. si prevede un obbligo di dismissione delle partecipazioni dirette e indirette detenute in società che non siano riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'art. 4 T.u.s.p.p. Si consideri che, quand'anche l'atto deliberativo di modifica dell'oggetto sociale fosse adottato e, successivamente, si addivenisse all'approvazione della relativa modifica statutaria, al fine di comprendere nell'oggetto sociale attività non "consentite" *ex art. 4, comma 2, T.u.s.p.p.*, la società dovrebbe essere posta in liquidazione o essere alienata la partecipazione pubblica detenuta.

In conclusione, le disposizioni del testo unico richiamate se per un verso hanno confermato il modello societario privatistico, per l'altro hanno notevolmente rafforzato le garanzie di trasparenza dell'interesse pubblico perseguito e assicurato la necessaria strumentalità del modello societario rispetto al medesimo interesse¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Per una interessante ricognizione dei modelli societari e delle modalità di costituzione delle società pubbliche, si v. F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 589, spec. 595, che, con riferimento alla normativa in tema di società pubbliche allora vigente, evidenziava come la stessa determinasse una «attenuazione delle garanzie proprie dell'interesse pubblico».

Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici

Le società a partecipazione pubblica – diverse da quelle a statuto “speciale” o “singolare” – non costituiscono una distinta categoria rispetto a quelle disciplinate dal codice civile. Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica, da un lato, ha ridotto il tasso di ‘specialità’ della disciplina riguardante le società a partecipazione pubblica, e, dall’altro, ha definito in modo molto preciso le ipotesi in cui le amministrazioni pubbliche possono costituire società o acquisire partecipazioni societarie.

L’interesse pubblico solitamente è stato considerato come un interesse extrasociale nelle società a partecipazione pubblica.

Tuttavia, una parte della dottrina ha posto in rilievo come l’interesse sociale si sia aperto ad una molteplicità di interessi.

Nelle società a totale partecipazione pubblica, l’interesse sociale risulta fortemente compenetrato con l’interesse pubblico sotteso all’attività affidata.

Nelle società miste pubblico privati, gli interessi dei privati possono essere soddisfatti esclusivamente all’interno del modello organizzativo, predefinito dall’amministrazione socia, e soltanto se e fino a quando la stessa ritenga che possa continuare a garantirsi la necessaria strumentalità rispetto a determinate finalità di interesse pubblico.

La conformazione dell’interesse sociale ad esigenze di interesse pubblico si realizza altresì per il tramite dei modelli organizzativi della società *in house* e della società mista.

La ‘selezione’ – imposta dalla legge – delle attività di cui deve essere assicurata la necessaria strumentalità rispetto alle finalità istituzionali perseguite dalle amministrazioni socie, rende evidente come l’interesse pubblico perseguito si concretizza nelle specifiche modalità di svolgimento delle stesse.

Public-shareholder companies and the pursuit of the public interest

Public-shareholder companies – which are companies different from those with a “special” or “singular” bylaw – do not constitute a legally distinct category from those of companies regulated by the Italian Civil Code.

The single text on public-shareholder companies, on the one hand, has reduced the degree of “speciality” concerning their regulation, and on the other hand, has very precisely defined the cases in which Public Administrations may set up a company or purchase holdings.

The public interest has been commonly regarded as one that falls outside the statutory purpose of public-shareholder companies. Nevertheless, some scholars have pointed out that the statutory purpose has opened up to a variety of different interests.

The statutory purpose of companies which only have public shareholders is strongly permeated by the public interest that lies behind the activity conferred.

Private interests, in public-private partnerships, can be satisfied solely within the organisational pattern, predetermined by the Public Administration partner, and only if and as long as the Administration considers the necessary instrumentality may be guaranteed in connection to specific purposes of public interest.

The conformation of the statutory purpose to the public interest is also achieved through organisational models, such as the in-house public-controlled company and the public-private partnership.

The selection of activities – required by law – in which the necessary instrumentality with respect to the institutional aims pursued by the public Administration partner must be ensured, make it clear that the public interest pursued materialises in the specific rules for carrying out the activities.

