

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2018

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado,Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano,Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Tutela dell'affidamento e scelte strategiche nella dismissione delle partecipazioni nelle società pubbliche

di Ferdinando Pinto*

Sommario

1. Le società a partecipazione pubblica, tra istituti di natura pubblicistica e soggetti privati. – 2. La ratio del Decreto Legislativo n. 175 del 19 agosto 2016 e il suo contesto interpretativo – 3. Le condizioni per la dismissione delle partecipazioni pubbliche nel Decreto Legislativo n.175 del 19 agosto 2016, tra "incidenza determinante" e obbligo di legge: C.Conti, Puglia, n. 75/2018/PAR del 16 maggio 2018 – 4. Il procedimento di liquidazione delle quote in concreto e la tutela dell'affidamento nella giurisprudenza costituzionale: C.Cost. n. 116 del 17 aprile 2018.

Abstract

Il contributo ha ad oggetto la dismissione delle quote di partecipazione nelle società pubbliche da parte degli Enti Locali. L'esatta ricostruzione delle modalità di dismissione delle quote delle società partecipate appare, allo stato attuale, estremamente problematica, anche dopo l'entrata in vigore della riforma che ha organicamente regolato la presenza delle pubbliche amministrazioni all'interno dei moduli societari contenuta nel decreto legislativo n. 175 del 19 agosto 2016, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Gli artt. 4 e 20 del decreto n. 175 definiscono, novellando le fonti precedenti, alcune fattispecie di liquidazione *ex lege* di società pubbliche e di dismissioni di partecipazione non strategiche sulla base di una valutazione discrezionale. Tuttavia, molti nodi sono ancora irrisolti sui presupposti concreti della dismissione, su alcune tipologie speciali di società comunali, e sulla posizione e il legittimo affidamento dei soci privati. Una risposta parziale ad alcuni quesiti viene dalla giurisprudenza più recente della Corte dei Conti e della Corte Costituzionale.

1. Premessa. Le società a partecipazione pubblica, tra istituti di natura pubblicistica e soggetti privati

L'esatta ricostruzione di quale siano le modalità di dismissione delle quote delle società partecipate appare, allo stato attuale, estremamente problematica, anche dopo l'entrata in vigore della riforma che ha organicamente regolato la presenza delle pubbliche amministrazioni all'interno dei moduli societari contenuta nel decreto legislativo n. 175 del 19 agosto 2016, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

La riforma, lungi dal portare chiarezza, ha, semmai, aggravato il problema. Quanto ai profili regolatori, sembra piuttosto il frutto di una delle tante "riforme-manifesto", che sembrano parlare più all'opinione pubblica che a chi è chiamato concretamente ad applicarla.

In ogni caso, il compito non era di per sé agevole, in quanto avrebbe dovuto fare i conti con l'ambiguità di fondo che ha da sempre caratterizzato la ricostruzione, normativa e dogmatica, delle società pubbliche costantemente in bilico tra pubblico e privato[1].

Alle origini, tralasciando il fenomeno delle grandi aziende pubbliche nazionali che aveva ed ha ben altre funzioni e diversi retroterra culturali, l'idea dell'utilizzo di moduli societari per l'esercizio dei servizi pubblici di livello locale nasceva dalla convinzione che il modello dell'azione pubblica, strettamente intesa, non fosse più idoneo a rispondere alle nuove sfide che, in un mondo sempre più competitivo, sotto il profilo dell'efficienza e dei prezzi, venivano alla luce.

Si trattava in realtà di una, seppur parziale riscoperta, in quanto già a cavallo del '800 e del '900 il fenomeno e lo sviluppo delle c.d. *società municipalizzate* era venuto prepotente all'attenzione dell'operatore e dell'interprete come modulo organizzativo dei servizi locali.

Si trattava, però, di un modello che, seppur con talune peculiarità, si presentava di non complessa qualificazione (e interpretazione), collocato, come era, chiaramente sul versante pubblico. L'obiettivo era il costo sociale del servizio, e non altro, e il contesto nel quale si collocava era caratterizzato dall'affermarsi dello stato sociale e dei suoi istituti, in cui l'intervento pubblico era finalizzato al progresso sociale come fattore del progresso economico. In questa prospettiva, la contaminazione tra pubblico e privato era tutta a vantaggio del primo, nel senso che era questo che subiva alcuni adattamenti, ma non variava nella sua struttura sostanziale.

Il profilo cambia al cambiare dei tempi e delle prospettive che ne derivano.

Agli inizi degli anni '90 dello scorso secolo, la forma societaria, per la gestione dei servizi viene, per così dire, riscoperta, e torna all'attenzione del legislatore che, non a caso, la introduce nella legge n. 142 del 8 giugno 1990

---

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II. Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

[1] Sul tema delle società partecipate, la letteratura è veramente copiosa. Cfr., *ex multis*, F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, a cura di, Giuffrè, Milano, 2011; R. RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Fallimento*, 2013, p. 1296; M. ROSSI, *Società partecipate, la legge di stabilità rafforza l'obbligo di dismissione di cui alla l. 244/2007 tra luci ed ombre*, in *www.lexitalia.it*, 1, 2014; A. CRISMANI, *Le società partecipate tra crisi e insolvenza*, in *Dir. e soc.*, 2015; M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2015, p. 767; G. MARASÀ, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel d.lgs. n. 175 del 2016*, in *Atti del Convegno Orizzonti di diritto commerciale*, 2017; M. NICO, *Quando l'ente diventa socio*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2011; ID., *Le società partecipate dagli enti locali dopo il decreto sui controlli*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013; M. ZUPPETTA, *Il t.u. sulle partecipate tra declaratoria di ille-gittimità e intervento correttivo*, in *www.federalismi.it*, 9, 2017.

come formula ordinaria del loro esercizio. Si tratta della normativa che troverà poi collocazione nell'art 113 del Tuel (decreto legislativo n. 267 del 18 agosto 2000), che, ancora una volta e non a caso, sarà una delle normative più tormentate nella regolamentazione degli enti locali. Molteplici saranno gli interventi del legislatore che troverà occasione, quasi in ognuna delle leggi finanziarie che si succederanno nel tempo, per intervenire sulle regole della condotta delle amministrazioni.

In quegli anni l'idea della forma societaria come strumento di gestione dei servizi ha al fondo una nuova idea: nel tentativo di coniugare efficienza e scopi sociali dell'impresa, in un bilanciamento dei rispettivi interessi, nella mente del legislatore il modello societario rappresenta il modo migliore per una gestione che, allo stesso tempo, sia efficiente e a costi contenuti. È questa l'epoca delle c.d. *società miste* con capitale pubblico e privato, oggi sostanzialmente tramontata, per molteplici ragioni: corretta l'idea, cattiva l'attuazione.

L'approdo sul versante privato sembra infatti, per molti amministratori, l'essere arrivati in un territorio privo dei legami tipici dell'azione amministrativa in cui è possibile fare ora quello che era vietato in passato. In primo luogo, sembra possibile un più discrezionale uso delle risorse pubbliche e, soprattutto, un più flessibile intervento sul mercato del lavoro che renderà poi necessario, tra gli altri, l'intervento del legislatore con il d.l. n.112 del 25 giugno 2008, convertito nella legge n. 133 del 6 agosto 2008.

Il numero delle società esplode tanto da rendere inevitabile l'intervento, per così dire, deflativo del legislatore i cui termini e condizioni costituiranno e costituiscono il fondamento delle successive dismissioni.

Due ulteriori fattori sono da esaminare per comprendere i retroterra culturali del fenomeno e come essi si riflettono sulle sue concrete regolamentazioni.

Il primo è che la forma societaria mista tra pubblico e privato regredisce inevitabilmente di fronte alla pressione, in specie di marca comunitaria, che consente l'affidamento dei servizio solo alle società *in house*, in cui cioè il controllo pubblico sia prevalente (analogo). Questo comporta che le società miste siano necessariamente assoggettate a procedure che restano di selezione pubblica e non oggetto di libera scelta del contraente, realizzando, cioè, un ritorno alle regole pubbliche, per di più con la scomoda presenza ora del privato.

In secondo luogo, l'esplodere delle società a partecipazione pubblica ha sottratto al mercato settori consistenti e ha ridotto, in importanti settori della vita del paese, la possibilità di fare impresa all'imprenditoria privata che ha a che fare con soggetti dalla configurazione ambigua che non hanno un vero e proprio capitale di rischio e la cui disciplina delle eventuali crisi ha regole diverse, peculiari e, spesso, almeno agli inizi, assai più favorevoli.

Se c'è un elemento comune in quegli anni è l'estrema incertezza di questo centauro del mercato con corpo pubblico e busto privato (l'inversione dei fattori dipende dalle prospettive).

La giurisprudenza non aiuta. Quella amministrativa che già in epoca risalente aveva qualificato le forme societarie come pubbliche — in virtù della sola natura del soggetto proprietario — era stata immediatamente smentita da quella ordinaria secondo cui per riconoscere la presenza di un soggetto pubblico, si deve «*accertare il concorso di elementi, da valutarsi volta per volta, che agiscano specificamente e profondamente sulla base strutturale degli ordinari organismi economici di diritto privato*»[2].

[2] Così Cass. S.U., 26.4.1940 n. 1337

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

Il richiamo ad una antica giurisprudenza può apparire fuori luogo, ma esso serve per comprendere come, da quel momento, nella qualificazione della natura delle società a proprietà pubblica si cominci per così dire a navigare "a vista" senza regole precise e con l'applicazione di istituti di matrice a volte pubblica e a volte privata. Così ancora nel 2005 la Cassazione afferma sia che la previsione legislativa possa configurare la natura pubblicistica di un ente a struttura societaria[3] , sia che, di converso, la partecipazione pubblica non muti la natura di soggetto di diritto privato[4].

Nella seconda decisione citata, la Cassazione, richiamando le precedenti proprie decisioni, con le quali è stata riconosciuta la giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori delle società in esame, afferma che: «*La qualificazione di un ente come società di capitali non è di per sé sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso. Ma si deve procedere ad una valutazione concreta in fatto, caso per caso*».

Nel dibattito si inserisce anche la Corte Costituzionale con la sentenza del 28 dicembre 1993 n. 466, quando afferma che «*la dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando*» e che «*le società per azioni derivate dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblica*», da cui la «*natura differenziata e speciale*» di codeste società.

La questione diviene ancor più complessa in quanto il legislatore sembra direttamente contaminare gli stessi istituti di origine tipicamente privatistica.

Emblematica è la vicenda delle *nomine sociali* che subiscono l'importante correttivo della partecipazione del soggetto pubblico — attraverso il decreto dell'organo di vertice di conferimento dell'incarico — come elemento strutturale del processo formativo della volontà degli organi sociali.

Il tutto, però, contemperato dalla ricostruzione della giurisdizione ordinaria come unica competente in caso di revoca e quindi con un ritorno al modello privatistico[5].

L'approccio cambierà negli anni.

Il Consiglio di Stato affermerà la «natura pubblica» della società partecipata da enti pubblici sulla scorta delle seguenti considerazioni: a) la forma societaria è neutra; b) anche le s.p.a. si possono presentare come un'articolazione organizzativa dell'ente o degli enti di riferimento; c) il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine societario lucrativo; c) determinante è, sotto il profilo strutturale, la partecipazione pubblica quasi totalitaria e, sul piano funzionale, il fine della gestione di un servizio pubblico[6].

Sostanzialmente, nei medesimi termini, il Consiglio di Stato si pronuncia poi con riferimento all'istituto comunitario dell'organismo di diritto pubblico, la cui lettura contribuisce a confermare la natura pubblica dell'ente[7].

[3] In tal senso, la Cass. S.U., 15.4.2005, n. 7799 afferma che : «*Va osservato, ai fini della risoluzione della questione di giurisdizione, che indubbiamente anche un ente a struttura societaria può assumere natura pubblicistica, qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge (v. ad es. art. 18 l. 22.12.1984 n. 887 per l'AGE Control s.p.a.) ovvero ricorrono determinate condizioni (comportanti una consistente alterazione del modello societario tipico, v. ad es. Poste Italiane s.p.a.)*».

[4] Precisa, infatti, Cass. S.U., 3.5.2005, n. 9096: «*Normalmente […] la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato*» ed esclude «*alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale*».

[5] Cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 13.06.2003 n. 3346.

[6] Cons.Stato, sez. VI, 01.04.2000 n. 1885.

[7] «*Tale qualificazione come organismo* [di diritto pubblico] *contribuisce a confermare la natura pubblica dell'ente* [si trattava di Poste Italiane spa] *sulla base di un criterio di pubblicità, non già formale, ma sostanziale, fondato sul dato relativo, sul piano strutturale, all'esercizio da parte dei poteri pubblici di*

Nella stessa sentenza si legge, altresì, che l'alterazione del modello societario tipico, determinata da regole di funzionamento le quali condizionano l'esercizio dei diritti di azionista, rivela la completa attrazione nell'orbita pubblicistica della S.p.a.[8].

Anche la dottrina si divide. La gamma delle opinioni è ampia. Si sostiene così: «*la partecipazione pubblica in organismi regolati dal diritto privato è stata da sempre considerata del tutto inidonea ad alterare la naturale qualificazione privatistica del tipo societario*» (Napolitano). Per contro, si afferma invece che: «*a voler prendere sul serio le scelte del legislatore, tuttavia, il riferimento allo schema della società dovrebbe comportare un arretramento del diritto pubblico e l'applicazione, salvo espressa deroga, della disciplina privatistica*» (Fracchia). E ancora — come posizione intermedia — l'idea secondo cui «*la qualificazione di un soggetto in senso pubblicistico può riguardare anche solo un determinato settore della sua attività*» (Chiti).

Di recente, la giurisprudenza è tornata sull'argomento, limitando la portata dell'inquadramento delle società pubbliche nell'organizzazione amministrava ai fini del riparto di giurisdizione: così, da un lato, le sezioni unite della Cassazione, nella sentenza SSUU n. 26283 del 2013, hanno affermato che le società *in house* costituiscono in realtà articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi; tuttavia, hanno altresì avuto cura di precisare che questa affermazione va intesa ai limitati fini del riparto di giurisdizione.

Questa affermazione viene riferita, più precisamente, al riparto di giurisdizione riguardante l'azione di responsabilità per danni arrecati dall'illegittimo comportamento degli organi sociali al patrimonio della società. Il tipo di rapporto che lega gli organi di una società *in house* all'ente pubblico da cui la società promana è, infatti, fin troppo simile a quello che intercorre tra la medesima amministrazione ed i propri dipendenti per poter giustificare un diverso regime di responsabilità, quanto alla giurisdizione ed ai riflessi sulle regole che presidiano la responsabilità di quei soggetti.

Secondo la Cassazione, ciò non implica però, necessariamente, che anche sotto ogni altro profilo l'adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza le società *in house* sia irrilevante e che le regole proprie del diritto societario siano poste fuori gioco: «*Sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato*». Insomma, si ricomincia a navigare «a vista».

2. La *ratio* del Decreto Legislativo n.175 del 19 agosto 2016 e il suo contesto interpretativo

I recenti interventi legislativi — e lo stesso decreto legislativo n.175 del 19 agosto 2016 sulle società partecipate — sembrano avere una ispirazione ancora diversa rispetto a quelli precedenti; ispirazione, per un verso, ambigua, per un altro, di mera facciata.

Quanto all'ambiguità, dal complesso del provvedimento sembra emergere la convinzione della necessità che il mercato sia totalmente liberato dall'intervento pubblico, seppure mediato attraverso il modulo "privatistico" delle partecipate, e che settori interi dell'economia nazionale vengano lasciati esclusivamente alla libera iniziativa privata.

un'influenza dominante sulla proprietà e sull'attività di gestione e, sul piano funzionale, al fine della gestione di un servizio pubblico». Così Cons. Stato, sez. VI, 02.03.2001 n. 1206.

[8] in termini assai simili sui requisiti della pubblicità, cfr. Cons. Stato, V, 17.09.2002 n. 4711.

Il disegno è ambiguo sotto molteplici profili. Innanzitutto, è assai difficile distinguere un intervento pubblico delle grandi imprese pubbliche nazionali — che evidentemente restano, anche nella forma, delle società quotate — da quello delle imprese locali se è vero, come è vero, che la spinta propulsiva del mercato ha evidentemente ben maggiori potenzialità se riportato sul livello nazionale rispetto a quanto non avvenga per il livello locale, certamente più ridotto e limitato. Ancora una volta, le incertezze tipiche della materia e degli approcci del legislatore nazionale svolgono un ruolo non secondario e condizionano l'interprete.

La dismissione delle quote da parte dei soggetti proprietari è la migliore cartina di tornasole degli effetti appena descritti e, per certi versi, fa venire alla luce tutti i nodi che il legislatore ha finito, come si è cercato di riassumere, per creare negli ultimi decenni.

Converrà tornare alle origini della riforma.

La normativa sintetizza, già nel suo oggetto, e dunque nelle sue finalità, la sua ambivalenza, finalizzata come è «*all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*» (art.1). Il punto nodale per l'interprete resta, in primo luogo, se la realizzazione dell'efficiente gestione delle partecipazioni sia da considerarsi un valore in sé o se esso si possa realizzare (solo) attraverso la riduzione dell'intervento pubblico per favorire la concorrenza del mercato. Inoltre, lo stesso concetto di razionalizzazione della spesa pubblica non può essere ridotto alla (sola) sua riduzione, se non altro perché i due profili restano tra loro distinti per volontà dello stesso legislatore.

Ancora una volta, pubblico e privato si fronteggiano nella loro dimensione culturale.

Vi è però un ulteriore profilo in cui il confronto emerge in tutta la sua evidenza laddove la norma detta la regola generale, che dovrebbe ora informare tutta l'azione delle società partecipate, secondo cui «*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*».

La norma sembra essere in continuità con la legge sul procedimento amministrativo che dispone: «*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*» (art 1, comma 1bis, della legge n.241 del 7 agosto 1990). Se così fosse, occorrerebbe aprire (nuovamente) l'articolato dibattito, nato subito dopo l'entrata in vigore della legge, che ha visto contrapposte le posizioni di chi ha ritenuto che effettivamente il legislatore avesse modificato le regole dell'azione amministrativa e chi invece — e in senso radicalmente opposto — ha ritenuto che nessuna mutazione vi sarebbe stata in quanto il legislatore si sarebbe limitato a ribadire quanto già previsto (da sempre) e cioè che l'azione amministrativa, salvo che non vengano utilizzati i moduli tipici del provvedimento o delle figure ad esso collegate, si svolge secondo gli ordinari strumenti che il diritto (privato) mette a disposizione delle persone giuridiche.

In realtà, la analogia è solo apparente e la norma non fa un passo avanti versa la privatizzazione delle regole di condotta della società partecipata, ma, piuttosto, un passo indietro.

La società infatti non agisce (mai) con strumenti autoritativi, per cui la regola del privato — proprio ai sensi della legge sul procedimento — dovrebbe essere l'unica ad applicarsi nella materia. Così non è proprio in virtù di quello che esplicitamente il legislatore dispone. La normativa cioè, al contrario, dà — e in questo il suo interesse — una lettura (almeno lì dove il legislatore lo ritiene necessario) con occhi pubblici

di un fenomeno che andrebbe invece letto — forse — con occhi privati.
L'assunto è fondamentale e condiziona la lettura successiva delle regole.
Le disposizioni normative in tema di società a partecipazioni pubblica sono, in questo senso, un continuo rinvio a regole derogatorie rispetto all'ordinario modulo, di natura privatistica, a cui le stesse dovrebbero ispirarsi.
La struttura del decreto legislativo sembra, infatti, fare una distinzione netta. Da un lato, vengono ricomprese le società quotate in borsa e dall'altro quelle che non lo sono.
Per le prime (definite peraltro con una certa peculiarità dall'art. 2, lettera p), nel primo comma) il rinvio al modello privatistico è totale, tant'è che esplicitamente la norma dispone — al comma 5 dell'art.1 — che le disposizioni del decreto legislativo debbano trovare applicazione alle società quotate solo se espressamente previsto. Per queste società dunque il modello è esclusivamente e totalmente privatistico, salvo le rare eccezioni in cui la norma diversamente dispone.
Per le altre società, invece, le deroghe sono ampie e tali da investire — pur restando formalmente non incise le regole sulla *governance* — profili sostanziali della vita societaria. L'alterazione è in questo caso negli stessi presupposti dell'azione che, nei suoi passaggi fondamentali, comportano una lettura pubblicistica della decisone da adottare che si pone prima dei processi e degli istituti della *governance* societaria.
Si può, dunque, ragionevolmente concludere nel senso che il modello sia sostanzialmente opposto a quello delle società quotate, e cioè che sul corpo di regole che sono e restano di diritto pubblico, si innestano talune deroghe ispirate a modelli di diritto privato. Un esame del testo conferma l'assunto. Innanzitutto, è la stessa limitazione nella possibilità di detenere partecipazioni in società, o di formarne di nuove, che ha una lettura esclusivamente pubblicistica, collegata, come è, a valutazioni che sono del tutto estranee alla logica del privato. La valutazione — il profilo come si vedrà tornerà utile per quanto di specifico interesse — è infatti connessa ai tipici processi di valutazione dell'interesse pubblico che informano l'attività amministrativa e che si esprime con strumenti non privatistici.
Sempre e solo la chiave pubblicistica è, ancora, il modo attraverso cui leggere le regole in tema di organizzazione aziendale sancite dall'art. 6 del decreto n. 175 del 2016, dove la necessità di adottare regole di condotta a tutela dei consumatori, diviene, ad esempio, non generico riferimento dell'azione societaria ma regola sanzionata del suo operare. È appena il caso di ricordare che il principio sembra richiamarsi alla stessa origine delle partecipate pubbliche in cui l'esigenza di tutela della collettività sociale — oggi i consumatori — costituiva la ragione stessa della formazione societaria.
Ancora, i precisi contenuti dello statuto secondo precise regole pubbliche o le specifiche norme in tema di organi della amministrazione (art. 11).
Tutto ciò a tacere delle disposizioni in tema di società miste tra pubblico è privato in cui la deroga al codice civile — non sembri un paradosso — è davvero la regola.
In conclusione le società partecipate sono e restano decisamente all'interno del settore pubblico e delle sue regole.
La prima conseguenza che deriva dalla conclusione a cui si è appena giunti si riflette immediatamente sulla discrezionalità amministrativa come contenuto e contenitore della volontà delle società e dei soggetti che vi partecipano.
L'azione è dunque caratterizzata da una scelta — come è tipico in qualsiasi esercizio della discrezionalità amministrative — che non può

prescindere da una comparazione di tutti gli interessi collegati che vanno valutati nella loro complessità.

Mentre il privato fa dunque una scelta che considera solo il suo interesse — per esempio nella alienazione delle proprie partecipazioni — il medesimo approccio è precluso all'azione amministrativa che non può non considerare il contesto in cui la sua azione si inserisce.

In questo senso la giurisprudenza ha così enucleato quel principio della leale collaborazione, sia con riferimento ai rapporti tra amministrazioni e privati sia con riferimento ai rapporti tra amministrazioni, la cui violazione è ora tipico vizio dell'azione amministrativa[9].

Questo processo non può mai essere avulso dal contesto e, nell'ambito e in coerenza con quanto appena detto, le decisioni di una amministrazione non possono che considerare l'effetto che producono nei confronti dell'azione di altre amministrazioni (o dei privati).

L'inquadramento e la collocazione nella riforma delle società partecipate non può che portare che ad una conclusione: *l'ambiente — e cioè il contesto e le sue regole — in cui esse operano è pubblico*. La conclusione si badi non è in contraddizione con quanto ritenuto dalle Sezioni Unite, secondo cui la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato con la proprietà delle quote da parte di soggetti pubblici, allorché la società operi sulla base della propria autonomia negoziale[10].

Il punto infatti non è — questo sembra l'errore o l'equivoco in cui comunemente il commentatore e la stessa giurisprudenza (ad es. Tar Genova, II, sentenza n. 333 del 4 aprile 2014) incorre — quale sia la natura del soggetto dell'azione, ma dove e con cosa lo stesso ha a che fare. Esattamente come avviene per qualsiasi soggetto privato — anche il singolo — se agisce in un ambiente pubblico, subendone le regole. In questo senso va letta la regola secondo cui: «*la legge non prevede alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale*»[11]. Il profilo riguarda infatti con ogni evidenza il modulo dell'organizzazione dei rapporti tra soci e non il contesto esterno in cui la società opera. Soggetti privati, dunque, in un quadro che inevitabilmente è un quadro di diritto pubblico che ne influenza le scelte, l'azione e, in parte la responsabilità.

---

[9] È stato così esplicitamente stabilito che: «*Deve ritenersi esistente il principio della necessità di una leale collaborazione istituzionale tra pubbliche amministrazioni appartenenti ad un diverso livello di governo: in questo principio che risiede nel dettato dell'art. 97 Cost., ed ancor più nel principio della ragionevolezza, dovrebbe risiedere la consuetudine di rapporti tra gli enti territoriali improntati alla massima correttezza ed al continuo scambio di informazioni*». In tal senso Cons. Stato, V, sentenza 09 luglio 2012, n. 3996.

[10] Cfr. Cass. S.U. n. 3/1993 cit.; S.U. n. 4989/1995 cit.; S.U. n. 2738/1997 cit.. Di recente Cass., S.U., 7799/2005 cit.: «*Normalmente, come è stato già sottolineato dalla stessa Corte (Cass. Sez. Un. 6.5.1995, n. 4989; 6.6.1997, n. 5085; 26.8.1998, n. 8454) la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico": il rapporto tra la società e l'ente locale è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali*».

[11] Cass., *loc.ult.cit*. E ancora: «*La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio (di maggioranza), derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società … avvalendosi non già di poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società (v. art. 2459 c.c.)*».

3. Le condizioni per la dismissione delle partecipazioni pubbliche nel Decreto Legislativo n.175 del 19 agosto 2016, tra "incidenza determinante" e obbligo di legge: C.Conti, Puglia, n. 75/2018/PAR del 16 maggio 2018

La dimissione delle quote di partecipazione è una vicenda emblematica per la dimostrazione delle incertezze del legislatore.

La riforma della società partecipate, in linea con le precedenti disposizioni normative di cui per certi versi è la mera trasposizione, prevede due ipotesi tra loro decisamente distinte.

La prima ipotesi è quella in cui un profondo intervento di ristrutturazione delle partecipazioni o la dismissione delle quote — in realtà la liquidazione della struttura societaria — è obbligatoria. Come è noto, si tratta (art.20 c.2) dei casi in cui si verifichi una delle seguenti condizioni: a) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; b) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; c) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; d) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti.

Ai casi appena ricordati si deve aggiungere una ulteriore ipotesi contemplata dal nono comma dell'art. 21. In tal caso il conservatore del registro delle imprese, sostanzialmente previa diffida, cancella d'ufficio dal registro delle imprese, con gli effetti previsti dall'articolo 2495 del codice civile, le società a controllo pubblico che, per oltre tre anni consecutivi, non abbiano depositato il bilancio d'esercizio ovvero non abbiano compiuto atti di gestione.

In tutti questi casi non vi è esercizio di alcun potere discrezionale. L'atto è dovuto e la sua mancanza comporta precise responsabilità anche di natura contabile.

Scarso sembra l'interesse per la liquidazione di queste partecipazioni che più correttamente si possono definire come liquidazioni societarie e, nell'ambito di queste, trovano una loro collocazione, seppur con la peculiarità di un obbligo (pubblico) da assolvere da parte del soggetto proprietario. In questo caso non si pongono infatti particolari problemi che incidono sulla discrezionalità amministrativa, esattamente come nel caso in cui l'atto è vincolato per effetto della disposizione normativa. L'interesse ai fini di quanto oggetto delle considerazione che seguono è solo, per così dire, *a contrariis*, nel senso di distinguere le attività a cui sono tenute — o non obbligatoriamente tenute — le amministrazioni una volta effettuata l'analisi delle proprie partecipate.

Nei restanti casi rispetto a quelli da ultimo esaminati non vi è alcun obbligo di dismissione o, meglio, la dismissione è subordinata all'esercizio della discrezionalità amministrativa tipica i cui termini sono stati in precedenza sinteticamente riassunti.

Si tratta dei casi in cui le partecipazioni societarie non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4 e pertanto di società la cui attività di produzione di beni e servizi *non siano strettamente necessarie* per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Non si tratta di atto dovuto in quanto, la definizione di quali siano le società che rientrano nella categoria è subordinata alla definizione — evidentemente espressione di discrezionalità — di cosa sia la finalità istituzionale dell'amministrazione e di cosa debba intendersi con lo "strettamente necessario" quale strumento per la realizzazione del fine. La polemica — di cui si è già avuto modo di dire — è antica e — come è noto — si

riflette sulla stessa definizione generale di servizio pubblico. Il punto è evidentemente di estrema delicatezza in quanto le definizioni si innestano nel corpo di un soggetto istituzionale che persegue fini generali e che riceve, per effetto della sua collocazione nel sistema, una posizione peculiare e specifica. Il riferimento è evidentemente ai comuni, dove l'abolizione, ormai da tempo metabolizzata, della differenza tra spese facoltative e spese obbligatorie — neppure incisa dalle norme in tema di funzioni obbligatorie — li ha collocati sul versante di un soggetto con personalità giuridica piena non limitata in rapporto a specifiche funzioni.
In altri termini, nelle competenze del Comune resta la definizione della propria azioni, avvertendo, però, subito che, va ribadito, come la sua non sia una scelta libera — ancora una volta evidente è la differenza con il modulo privatistico —, ma una scelta condizionata comunque dall'esercizio di discrezionalità come valutazione dell'interesse pubblico in concreto da perseguire.
Ancor maggior esercizio di potere discrezionale si ha per altre categorie di imprese investite dai processi di razionalizzazione, pure esse richiamate dalla norma e che sono riassunte con la necessità di contenimento dei costi di funzionamento e la necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.
Lo stesso articolo 4 opera, poi, una ulteriore specificazione chiarendo quelle attività che possono ritenersi coerenti con i fini istituzionali degli enti.
Sono dunque ritenute tali: a) la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016; c) la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato con un imprenditore selezionato con criteri trasparenti; d) la autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) i servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.
La norma, solo apparentemente chiara — ma davvero resta difficile comprendere come mai la partecipazione a società di valorizzazione del proprio patrimonio immobiliare debba essere per l'ente locale intesa come attività in deroga ai principi appena richiamati — si presta a letture ambivalenti.
Due le principali problematiche che emergono e che, in quanto profili di un medesimo problema, reciprocamente si condizionano.
Le due tematiche si riassumono nelle modalità e nei contenuti dell'esercizio della discrezionalità che porta a decidere per la dismissione e le concrete modalità con cui questa va realizzata.
In primo luogo l'assunto è persino ovvio, discrezionalità non significa possibilità di scelta senza limiti. La regola della motivazione del provvedimento amministrativo resta una regola imprescindibile e costituisce limite della azione e della decisione che ne è la sintesi.
La regola è generale e si manifesta anche nei procedimenti in cui ampia è il margine della discrezionalità. Di recente si è così ritenuto che neppure «*nell'ampia discrezionalità di una nomina fiduciaria* [questo] *non implica che l'azione ammi-*

nistrativa possa ritenersi svincolata dal rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e del giusto procedimento, discendenti dagli artt. 97 e 113 della Costituzione»[12].

In questa prospettiva, la motivazione non può mai essere un mero richiamo alla disposizione che costituisce il parametro dell'azione, ma deve sempre riguardare la concreta applicazione della regola astratta al caso oggetto del giudizio. Essa cioè non può «*limitarsi ad un'inutile e vuota formula di stile*»[13], come il richiamo alla legge che non può mai essere il contenuto della decisione, ma solo il suo presupposto.

Esaminando alcuni atti con cui talune amministrazioni hanno deliberato la dismissione della quota di cui sono proprietari costituisce si ha l'evidente prova dell'assunto e le conseguenti criticità.

La semplice premessa che le attività esercitate dalla società che si intende dismettere non sono «*riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'art. 4 del Testo Unico*», senza alcuna ulteriore specificazione si riduce infatti ad una petizione di principio, se non si indicano le motivazioni che fanno propendere per tale affermazione. Si è già detto, e va qui riaffermato, che la norma è il presupposto dell'azione e non il suo contenuto.

Analogamente sono mere petizioni di principio affermazioni che genericamente giustificano la scelta «*sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche*» senza dare poi alcuna contezza di quale sia l'effettiva esigenza finanziaria e la concreta destinazione delle somme. Né migliore sorte — sul versante della sufficienza della motivazione — può avere l'affermazione secondo cui la dismissione è effettuata «*tenuto conto degli atti istruttori compiuti dai servizi e dagli uffici comunali ed in particolare dalle analisi e valutazioni di carattere economico, sociale, organizzativo, finanziario e commerciale dagli stessi svolte in ordine alle partecipazioni da alienare*». La genericità appare in questo caso assolutamente evidente proprio nell'apparente ampiezza dei criteri utilizzati per la valutazione che alla fine fanno davvero intendere che — mancando qualsiasi dato concreto che ne costituisca la sintesi — nessuna effettiva valutazione sia stata in concreto effettuata.

Analogamente, priva di qualsiasi riscontro risulta l'affermazione secondo cui la dismissione, oltre la consueta formula di stile secondo cui la «*partecipazione non sarebbe strategica*», sarebbe dovuta al fatto che i servizi offerti risulterebbero «*facilmente reperibili sul mercato a condizioni competitive*». Quale sarebbero le condizioni della competitività non è dato, infatti sapere. Il richiamo a indimostrate possibilità che il mercato offra condizioni più favorevoli risulta frequente, ma non può da solo giustificare la dismissione, quasi in una logica come se, poiché il mercato non riesca ad assorbire le dismissioni, debba essere comunque dovuto un intervento pubblico per realizzare comunque e ad ogni costo la dismissione. La logica sembra infatti, ancora una volta, quella secondo cui si parafraserebbe sempre lo stato e non il mercato.

In realtà, ciò che effettivamente sottendono — ma non è questo evidentemente lo scopo della riforma — le delibere di dismissione delle società è la possibilità che, dalla loro liquidazione, possa derivare una immediata liquidità di cassa per il comune che effettua appunto la dismissione. In alcuni casi il profilo appare assolutamente esplicito.

Per restare però al tema della necessità di una motivazione non generica del provvedimento, vanno ricordate alcune ipotesi in cui tale motivazione appare coerente con la disposizione legislativa. Il richiamo è utile per dare maggiore

[12] Cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, sentenza 14 febbraio 2018, n. 14

[13] Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. I, 31 ottobre 2016, n. 1067

forza a quanto evidenziato circa la insufficienza delle motivazioni in precedenza richiamate.

Un caso tipico è rappresentato dalla procedura decisa da parte da una importante provincia italiana (si tratta della provincia di Brescia) per la vendita della sua partecipazione nella società Autostrada del Brennero spa. Avverso la dismissione, che ne costituiva il necessario presupposto, la stessa società ha eccepito, tra l'altro, il difetto della motivazione della delibera con cui la Provincia aveva appunto deciso per l'attivazione della procedura.

Va, in primo luogo, evidenziata la conferma di quanto prima si è affermato in merito alla necessità della motivazione. La giurisprudenza, infatti, entra nel merito del profilo e il suo esame consente di definire un caso in cui la motivazione, lungi dall'essere apodittica e generica, rappresenta invece l'espressione di una corretta volontà dell'amministrazione. Il punto è che, in passato, la stessa amministrazione che ha deliberato la dismissione aveva dichiarato la strategicità della partecipazione. Il profilo è essenziale in quanto in tutti i casi di costituzione di società in cui l'amministrazione partecipa la strategicità della partecipazione è comunque sempre voluta — e così valutata — se non altro nel momento di costituzione della società stessa. Si dovrebbe altrimenti concludere che, già all'origine, la partecipazione era stata considerata non strategica, con l'ulteriore conseguenza che neppure si comprenderebbe allora perché essa sia stata mantenuta e ciò al di la della entrata in vigore delle nuove disposizioni.

Nel caso di specie, la motivazione è ritenuta congrua sul presupposto del mutato quadro normativo in cui si trovano ad operare le Province che hanno profondamente modificato struttura e compiti dopo l'entrata in vigore della legge c.d. Del Rio (la legge n. 56 del 7 aprile 2014). In questo senso legittima è la rivisitazione della presenza dell'ente sul territorio in funzione degli strumenti adottati per la sua azione.

L'interesse maggiore è però rappresentato dalla affermazione secondo cui: «*Nello specifico, alla luce del mutato quadro dei trasferimenti finanziari, si è presentata la scelta tra mantenere un investimento azionario nella società che attualmente gestisce l'autostrada collocata sul territorio provinciale (con i futuri dividendi come fonte integrativa di finanziamento) oppure capitalizzare tale investimento per continuare a svolgere le attività istituzionali senza tagli alle prestazioni o interruzioni di servizio. Entrambe le soluzioni presentano vantaggi e rischi, la cui valutazione di merito non può essere ripetuta dal giudice amministrativo, una volta escluso che vi siano elementi di palese irragionevolezza*»[14].

Insomma — sostiene la pronunzia — la scelta è sempre un bilanciamento dei valori tra la monetizzazione e il valore stesso della partecipazione da valutarsi sia in termini finanziari che di presenza sul territorio. Il giudice non ne sindaca le scelte ma evidenzia come il bilanciamento deve pure esserci nella valutazione che sottende la scelta verso l'una o l'altra soluzione.

Soprattutto, sembra emergere dalla pronunzia, che la dismissione deve essere la conseguenza di fatti concreti sopravvenuti e non può tradursi nel mero ripensamento su condizioni che preesistevano all'entrata in vigore dalla legge. Al di là di quest'ultima, si dovrebbe infatti dimostrare per quale motivi si è continuato a mantenere una partecipazione comunque ritenuta non strategica.

La responsabilità erariale trova, infatti, il suo fondamento anche nell'omissione dell'intervento che — nell'accertata invarianza dei fatti — avrebbe dovuto essere eseguito comunque ben prima dell'entrata in vigore delle normative sulle dimissioni. La norma, in questo senso,

[14] Così Tar Lombardia, Brescia, I, sentenza n. 1305 del 13.10.2015.

non è una norma nuova ribadendo di fatto quanto le amministrazioni avrebbero dovuto già fare in passato. Essa è semmai una normativa di carattere esplicitamente sanzionatorio delle amministrazioni per non aver fatto, neppure oggi, quello che comunque andava fatto ieri.
Sempre sul versante della motivazione, ma sotto altro profilo, va ancora ricordato — il principio è sempre ricavato dalla pronunzia appena ricordata — che la partecipazione a società anche non strategiche rappresenta comunque un valore patrimoniale per le amministrazioni, le quali debbono — se non vogliono per altro verso ricadere nelle responsabilità tipiche che loro competono — indirizzare il relativo possibile ricavo su altrettante operazioni di patrimonializzazioni, salvo, evidentemente, che non ricorrano situazioni debitorie tali da rendere necessario l'utilizzo delle risorse finanziarie che conseguono all'operazione per ripianare i propri debiti. Il punto dunque non è tanto, o almeno solo, se dismettere partecipazioni ritenute non strategiche anche perché minoritarie, ma come si effettua la dismissione di quote societarie all'interno di un contesto che rimane, come si è visto, inequivocabilmente pubblico[15].
In altre parole, la dismissione, salvo che come detto non si trasformi in una sostituzione patrimoniale di risorse da imputarsi ad investimenti, non può che essere inserita in un contesto in cui la possibile monetizzazione non può avere finalità diverse da un intervento di natura patrimoniale, di ripiano del debito o per l'assoluta necessità di assicurare, attraverso l'entrata straordinaria, il funzionamento dei servizi essenziali da erogare alla cittadinanza. Questo perché la pubblica amministrazione, anche quando agisce con strumenti di diritto privato, resta governata nella sua azione dall'interesse pubblico.
In questo senso ancora una volta la necessità della motivazione e l'impossibilità che le nuove eventuali nuove risorse siano genericamente utilizzate, per esempio, per la spesa corrente.
Con la chiave di lettura appena evidenziata, va letto anche il principio stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 giugno 2011, n. 10 che legge nelle disposizioni normative in tema di dismissione «*un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e nel mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche di società commerciali con scopo lucrativo*».
La dismissione — seppur favorita dal legislatore — non può mai avvenire in disarmonia — giova ripeterlo ancora una volta — con le regole generali che governano l'azione amministrativa. La stessa Adunanza Plenaria infatti colloca comunque il quadro delle dimissioni nel contesto della decisione amministrativa e mai ritiene conseguente alle scelte del legislatore la semplice dismissione, in quanto tale, delle partecipazioni societarie detenute da soggetti pubblici.
Nell'ambito di questa dicotomia tra scelte strategiche e scelte di natura patrimoniale, si possono osservare le evoluzioni della giurisprudenza contabile.
La più recente giurisprudenza contabile ha più volte ribadito la specialità della disciplina e il fatto che la norma presenti «*la chiara finalità di forzare (con la fissazione di termini, procedure e sanzioni) la volontà del soggetto pubblico alla dismissione delle partecipazioni non indispensabili*»[16].
Sulla delimitazione della partecipazione «strategica» del Comune quale condizione per orientare le scelte di liquidazione, può essere molto interessante analizzare la recente deliberazione

[15] Cfr. in tal senso Cons. Stato, sentenza n. 4688 del 11.11.2016.

[16] Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, n. 79/2018/PAR del 9 marzo 2018.

della Corte dei Conti, sezione controllo della Puglia, n. 75/2018/PAR del 16 maggio 2018.

Il Comune di Bari chiedeva alla Corte di pronunciarsi sul mantenimento o la dismissione della partecipazione azionaria, pari al 0,04%, del Comune nella società Aeroporti di Puglia S.p.a., che realizza, adegua e amministra gli aeroporti pugliesi di Bari, Brindisi, Foggia e Taranto ai sensi del combinato disposto dell'art. 10 comma 13 l. 537/93 e del decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione del 12 novembre 1997 n. 521.

Da un lato, afferma la Corte, spetta, al singolo Ente valutare «*quali siano le necessità della comunità locale e, nell'ambito delle compatibilità finanziarie e gestionali, avviare le "politiche" necessarie per soddisfarle*»[17], dall'altro, l'art. 4 del Decreto Legislativo deve essere interpretato nel senso che «*La norma riproduce le principali ipotesi di legittima detenzione di partecipazioni societarie già affermate nelle prassi e valorizzate dalla giurisprudenza. I successivi commi 6, 7 e 8 dell'art. 4 in esame ampliano, o meglio, specificano l'ambito di legittima esplicazione del potere di costituzione o acquisizione di società da parte di pubbliche amministrazioni*».

Al fine di inquadrare la legittimità del mantenimento delle partecipazioni nell'ipotesi contemplata dalla lettera a) dell'art. 4, con riferimento alla riconducibilità dell'attività di gestione degli aeroporti tra i *servizi di interesse generale*, la Corte ricorda che «*il servizio può essere svolto dall'ente locale se l'intervento dell'ente stesso sia necessario per* garantire l'erogazione del servizio»: quindi, la decisione di mantenimento viene connessa direttamente all'*entità della partecipazione*, che sia tale effettivamente da poter iscrivere in capo al Comune il potere di condizionare l'attività della società[18].

Nel caso di partecipazione pubblica minoritaria, il «carattere di per sé non strategico *della stessa preclude l'esercizio di qualunque influenza determinante da parte del socio pubblico in caso di maggioranza di capitale privato, mentre, in presenza di altri soci pubblici, richiede la dimostrazione, nel contesto della decisione di mantenimento, dell'effettiva sussistenza, anche attraverso il controllo pubblico congiunto, del vincolo teleologico*».

Così il nesso diviene palese: nel caso in cui la partecipazione del Comune sia minoritaria, anzi, come nel caso di specie, irrisoria, il servizio espletato non è da ritenere "servizio di interesse generale", poiché, «*a prescindere da ogni altra considerazione relativa alle finalità istituzionali dell'ente*», l'intervento pubblico del Comune non sarebbe in grado di incidere sulla *governance* societaria così da condizionarne l'attività in modo da incidere, rispetto ai servizi organizzati ed erogati, sulle modalità di *accesso al servizio*: «*Infatti, una partecipazione poco significativa non sarebbe in grado di determinare le condizioni di accesso al servizio che potrebbero legittimare il mantenimento della quota*».

Per la Corte, quindi, ciò che rileva, in ordine alla sussumibilità della partecipazione tra quelle consentite ex art. 4 è, quindi, la dimostrazione di un «*effettivo rapporto di strumentalità di un operatore di mercato, quale l'organismo societario, rispetto ai fini di interesse pubblico devoluti alla cura dell'amministrazione partecipante. La ricorrenza di un siffatto rapporto di strumentalità non dipende dal solo oggetto sociale, ma anche dalle modalità con le quali il socio pubblico è in grado di esercitare i pro-*

[17] In tal senso, richiamando Corte dei Conti, Sezione controllo Lombardia, delibera n. 398/PAR/2016.

[18] «*In particolare, l'Ente deve motivare la decisione di mantenimento tenuto conto non solo dell'oggetto sociale, ma anche dell'entità della partecipazione, che deve essere tale da consentire al socio pubblico di orientare l'attività della società verso la realizzazione di quel fine istituzionale che giustifica l'investimento di risorse pubbliche nell'organismo societario*».

pri diritti di azionista, condizionando la strategia societaria». Così, ciò che viene in rilievo è l'«entità concreta della partecipazione», nell'ottica della capacità dell'Ente pubblico di assicurarsi una *incidenza determinante* sul governo della società partecipata. L'Ente dovrà, quindi, effettuare la valutazione della stretta indispensabilità dell'attività per il perseguimento delle finalità istituzionali, richiesta dal comma 1 dell'art. 4 alla luce della rilevanza strategica o meno della partecipazione detenuta, se sia in grado di configurare una incidenza determinante sull'attività societaria di organizzazione dei servizi.

4. Il procedimento di liquidazione delle quote in concreto e la tutela dell'affidamento nella giurisprudenza costituzionale: C.Cost. n. 116 del 17 aprile 2018

Analizzate le questioni generali ancora controverse in ordine ai presupposti delle scelte di dismissione, occorre considerare la disciplina della dismissione in concreto delle quote prevista dall'art. 24 del decreto legislativo n. 175 del 2016.

La norma in parola prevede che, al ricorrere delle ipotesi di cui all'art. 4 ovvero nelle ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 20, le partecipazioni siano alienate ovvero oggetto di un piano di riorganizzazione.

Per quanto riguarda l'obbligo di alienazione, la stessa deve avvenire entro un anno dall'approvazione del piano di revisione straordinaria delle partecipazioni nel quale sia evidenziata l'obbligatorietà ovvero la decisione di dismettere tale partecipazione.

Per rendere stringente tale obbligo la norma prevede che, nel caso di mancata vendita entro tale termine, il socio pubblico sia privato dei propri diritti sociali e la partecipazione venga liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all'articolo 2437quater del codice civile.

Il riferimento è, come è noto, alla normativa dettata dal codice per le società per azioni in merito al diritto di recesso regolato dall'art. 2437 c.c. Quindi non al diritto di recesso di per sé, ma alle sole regole procedimentali che regolano cosa avviene dopo il recesso esercitato da un socio in accordo con l'art. 2437 c.c. ovvero con altra regola di natura statutaria.

Occorre dunque immediatamente uscire da un equivoco che né la giurisprudenza né la dottrina hanno mai ritenuto esistente: l'art. 24 non prevede una ipotesi di recesso del socio pubblico dalla partecipata, bensì prevede, *per relationem*, una regolamentazione di quanto avviene qualora il socio pubblico tenuto alla dismissione non riesca ad alienare la stessa a terzi.

Tuttavia questo travasamento di discipline civilistiche in eventi che si collocano in un ambito pubblico, come spiegato in precedenza, crea notevoli problemi applicativi e interpretativi, sia di natura pubblicistica che privatistica, oltre che gli equivoci sopra accennati.

Che il legislatore non abbia voluto introdurre una ipotesi speciale di diritto di recesso è confermato non solo dal testo della norma, ma anche dalla differente natura del presupposto regolato dall'art. 24.

Il recesso è infatti un diritto attribuito ad uno o più soci e da essi liberamente esercitabile, o meno, al ricorrere di determinate circostanze previste dalla legge (art. 2437 c.c. per le s.p.a. e 2473 c.c. per le s.r.l.) ovvero dallo statuto.

Il caso regolato dall'art. 24 è completamente differente. Con la sola eccezione del primo comma dell'art. 4, ben lungi dall'essere un diritto attribuito al socio pubblico la fattispecie prevede un obbligo imposto per legge al socio pubblico.

Il problema applicativo è che tale obbligo non solo grava sul socio pubblico, ma altresì grava sugli eventuali altri soci e, spesso, sulla società

stessa senza che vi sia stato alcun mutamento sostanziale delle condizioni iniziali di stipulazione del contratto sociale.

È evidente che l'impatto di tale obbligo sarà differente a seconda dei casi: meno grave (o meglio grave ma rivolto al solo soggetto gravato dalla riforma delle società pubbliche) qualora la partecipata sia una società a socio unico (risolvendosi di fatto in un obbligo di liquidazione coatta, seppur con dubbi applicativi), ben più grave nel caso in cui i soci siano diversi e gravati dalle conseguenze di un obbligo di legge che, teoricamente, coinvolge il solo socio pubblico ovvero un determinato socio pubblico tra i diversi soci della società.

Quanto sopra appare in tutta la sua anomalia nel caso in cui il procedimento di cui al comma 5 dell'art. 24 venga attivato non *per factum principis*, ma per effetto della decisione del socio pubblico di non ritenere più strettamente necessaria la propria partecipazione nella società.

Questo pare essere il caso che più ha contribuito a diffondere negli operatori l'errata convinzione che la norma abbia introdotto un caso di recesso. L'errore, in prima valutazione, è nel non considerare quanto sopra meglio esposto ovvero che la discrezionalità dell'ente pubblico è soggetta a ben *precisi e stringenti limiti* di merito che devono trovare espressa esplicazione nelle motivazioni degli atti che formalizzano la decisione.

Alcuni di questi limiti hanno natura pubblicistica, ed attengono all'*equilibrio finanziario dell'ente*. In tal senso, la Corte de Conti conferma che la dismissione della quota, dunque, e i suoi eventuali proventi debbono trovare collocazione all'interno di un più complesso sistema dell'equilibrio finanziario dell'ente[19]

Inoltre, la Corte dei Conti conferma che la peculiarità dell'istituto e le sue caratteristiche di specialità lo rendono diverso dall'ordinario istituto del recesso civilistico. Si tratterebbe infatti di «un'ipotesi di recesso *extra ordinem* e *sui generis*»[20].

Nell'ambito dei limiti di tale *sui generis* ipotesi di recesso, occorre poi indagare: a) se l'istituto — ed in che misura — sia praticabile in alcune peculiari ipotesi di società comunali previste dalla normativa di settore, e se, quindi, la natura *extra ordinem* e *sui generis* si scontri e ceda al *criterio della specialità*; b) se l'istituto incontri un limite, anche circoscritto, nella tutela del *legittimo affidamento* del socio privato.

Ad entrambe le questioni fornisce una risposta una recentissima pronuncia della Corte Costituzionale, la n. 116 del 17 aprile 2018.

La questione sottoposta al vaglio della Corte aveva ad oggetto la dismissione della partecipazione comunale, pari al 51%, di una *società di capitali per la gestione di una farmacia comunale*,

[19] Cfr., in tal senso, Corte dei Conti Friuli Venezia Giulia, Sez. Controllo, deliberazione n. FVG/158/2015/PAR del 23 dicembre 2015: «*Nell'ambito delle procedure di razionalizzazione, l'obiettivo dei risparmi non può essere trascurato, in quanto l'esigenza di procedere o meno a dismissioni deriva principalmente da esigenze di cassa, tenendo conto che il concretizzarsi di una voce di entrata riduce la necessità di indebitamento complessivo per finanziare altri investimenti e risulta, comunque, utile per assicurare l'equilibrio di bilancio e il miglioramento dei saldi*».

[20] Cfr. Corte dei Conti Marche, Sez. Controllo, deliberazione n. 25/2014/PAR del 16 aprile 2014: «*La peculiarità della disciplina essa non appare* prima facie *riconducibile a istituti tipici del diritto societario in coerenza, del resto, con la tendenza del legislatore a ritagliare in favore delle società a partecipazione pubblica regimi differenziati e speciali che vanno ad affiancare il corpus delle norme di diritto comune ordinariamente applicabili alle stesse*. [Ne consegue] *che non si appalesa pertinente il richiamo tout court all'istituto del recesso cui pure il legislatore fa rinvio evocando il disposto di cui all'art. 2437 ter comma 2 c.c. Meritevoli di apprezzamento e condivisibili risultano, sotto tale profilo, le riflessioni di alcuni Commentatori che, muovendo dal portato letterale della disposizione in parola, hanno evidenziato come non possa annettersi valore dirimente al citato richiamo normativo poiché lo stesso attiene unicamente alla individuazione dei criteri per la liquidazione della partecipazione del socio cessato e non assurge, dunque, a più generale criterio qualificatorio*».

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

costituta ai sensi dell'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475 (Norme concernenti il servizio farmaceutico), che consente la gestione delle farmacie comunali a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti ex dipendenti[21].

La censura di incostituzionalità prospettata dal giudice remittente aveva ad oggetto le ipotesi *ex lege* di scioglimento o alienazione delle partecipazioni previste dall'art. 1, comma 568-bis, della legge n. 147 del 2013, espressamente richiamate dall'art. 20, comma 6 del Decreto Legislativo n. 175 del 19 agosto 2016.

La Corte rigetta la censura di incostituzionalità (prospettata sulla base degli artt. 3, 41 e 47 Cost.) della disposizione contestata, poiché non ne riconosce l'efficacia rispetto alla disciplina di settore in oggetto: infatti, la società per l'esercizio di farmacie comunali «*costituisce un modello specialissimo di società a partecipazione mista per la gestione di servizi pubblici locali (rispetto agli ordinari tipi previsti dalla normativa vigente) e un modello altrettanto eccezionale di gestione da parte del comune del servizio farmaceutico*».

Il tratto peculiare della specialità viene rintracciato nel «*modello societario con predeterminazione legislativa dei soci*»[22], in cui, da un lato, i caratteri soggettivi del socio privato e le procedure di scelta sono direttamente previste dalla legge, e non viene contemplata, al contrario delle altre società miste, una fase ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato.

Dall'altro, la specialità si ravvisa anche, secondo la Corte, in un peculiare regime di protezione del *legittimo affidamento* del socio privato: l'applicazione della norma contestata «*finirebbe per autorizzare l'amministrazione a incidere unilateralmente mediante una drastica riduzione della durata del servizio e senza indennizzo – in contrasto quindi, fra l'altro, con quanto previsto in via generale dall'art. 11, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241…, e dall'art. 176, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50… – sull'esercizio in atto di servizio pubblico comunale assegnato per un periodo pluridecennale, in base a un'espressa previsione di legge e a fronte dell'assunzione da parte del privato di oneri alquanto gravosi (pagamento della quota e rinuncia all'impiego dipendente)*».

Così, con l'interpretazione che vedesse l'applicazione delle norme sulle dismissioni alla disciplina di settore in esame, si realizzerebbe una grave violazione degli artt. 3, 41 e 47 Cost., nel cui ambito di interpretazione costituzionalmente orientata la Corte, con un monito severo, riporta la lettura del quadro complesso

[21] La disposizione prevedeva la specifica ipotesi di società costituite tra il Comune e i dipendenti che avessero prestato servizio presso le preesistenti farmacie comunali e cessassero il rapporto di lavoro dipendente con il comune all'atto della costituzione della società. In applicazione di tale norma, nel caso al vaglio della Corte era stata costituita una società a responsabilità limitata, con cessione del 49% del capitale sociale al farmacista ex dipendente, il quale, oltre a rinunciare al rapporto di lavoro, aveva anche effettuato conferimenti in denaro per acquisire la partecipazione sociale.

[22] Secondo la Corte, «*La specialità sta innanzitutto nel fatto che, sebbene non si tratti di società interamente pubblica, e sebbene in essa i soci privati non vengano scelti con gara secondo procedure di evidenza pubblica, la società partecipata ai sensi dell'art. 9, primo comma, lettera d), citato, è diretta affidataria del servizio: ogni scelta circa l'opportunità di coinvolgere altri soggetti nella compagine societaria e circa i caratteri soggettivi dei privati da coinvolgere è già operata a priori dalla legge, in maniera vincolante per l'amministrazione. In secondo luogo, la stessa posizione del socio farmacista presenta caratteri di specialità rispetto all'ordinaria partecipazione del socio privato a una società comunale di gestione del servizio, giacché con essa il legislatore valorizza una peculiare categoria di dipendenti dell'ente locale, i farmacisti, che vengono con ciò resi compartecipi dell'impresa pubblica. In tale contesto, nel quale la società mista rappresenta, in sostanza, la nuova veste gestionale di un servizio pubblico che il comune già svolgeva sotto altra forma, l'affidamento non ha limiti temporali di durata e al socio privato è consentito di disporre delle sue quote perfino in sede testamentaria*».

delle norme sulle dismissioni che si è cercato di tratteggiare[23].

Appare evidente che, da un lato, le dismissioni delle partecipazioni ritenute non strategiche non sono attratte dall'istituto civilistico del recesso, ma subiscono l'influenza e sono condizionate da principi pubblicistici.

Dall'altro, le modalità concrete di dismissione sempre più si delineano come l'ennesimo ossimoro giuridico in materia di applicazione di istituti di diritto privato che trovano applicazione in un contesto pubblico.

Se, da un lato, è più volte ribadita dalle Corti la specialità della disciplina prevista per le dismissioni di partecipazioni e il fatto che la norma presenti «*la chiara finalità di forzare (con la fissazione di termini, procedure e sanzioni) la volontà del soggetto pubblico alla dismissione delle partecipazioni non indispensabili*»[24] , appare ancora incerta, nella pluralità di fattispecie di società degli Enti Locali previste dalla disciplina generale e di settore, la situazione dei diritti che conseguono alla partecipazione in capo ai soci.

[23] Ancora la Corte: «*Se già queste considerazioni portano a escludere che, correttamente interpretata, la disposizione censurata possa estendere il suo ambito di applicazione alle società di gestione del servizio farmaceutico costituite con farmacisti ex dipendenti in base dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge n. 475 del 1968, le medesime conclusioni sono rafforzate dagli stessi argomenti esposti nell'ordinanza di rimessione a sostegno del prospettato contrasto della disposizione, come interpretata dal rimettente, in particolare con gli artt. 41 e 3 Cost.: la norma stessa, invero, non può che essere interpretata in modo costituzionalmente compatibile, presentandosi così immune dai lamentati effetti contrari a Costituzione. Mettendone in evidenza il preteso contrasto – per le conseguenze che comporterebbe la sua applicazione al caso del citato, particolare tipo di società di gestione della farmacia comunale – con il principio costituzionale di tutela dell'affidamento, e più in generale la sua pretesa irragionevolezza, anche in relazione al principio di tutela della concorrenza ex art. 41 Cost., il rimettente rappresenta efficacemente le inaccettabili conseguenze della propria (errata) interpretazione della disposizione censurata… Non c'è dubbio, infatti, che, utilizzata nel caso delle società partecipate affidatarie dirette del servizio farmaceutico – come è accaduto nella vicenda oggetto del giudizio a quo – la disposizione presenterebbe effettivamente i gravi dubbi di legittimità costituzionale paventati dal rimettente, sia sotto il profilo della lesione del legittimo affidamento, sia sotto quello della sua intrinseca irragionevolezza.*».

[24] Cfr. Corte dei Conti della Lombardia, sez. controllo, n. 79/2018/PAR del 9 marzo 2018.