

# Le partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, tra esigenze e suggestioni: appunti per un tentativo di ricostruzione del fenomeno.

DI HARALD BONURA

## 1. Il Magistrato al servizio delle Istituzioni: nel ricordo di Fabio Viola.

Il ricordo del presidente Fabio Viola non ha e non può avere nulla di retorico o di scontato. Al ricordo personale di ciascuno dei familiari, degli amici, dei colleghi, dei collaboratori, degli studiosi, dei professionisti che hanno avuto la fortuna di conoscerlo, si deve aggiungere, infatti, non il ricordo, ma l'esempio, il modello di un Magistrato al servizio delle Istituzioni; il modello di un giurista e di un magistrato attento, rigoroso, ma anche equilibrato e aperto al confronto. E credo che il modo migliore per onorare la memoria di un Magistrato al servizio delle Istituzioni – come il presidente Fabio Viola – sia proprio quello di ricordare, a tutti noi, in una sede di dibattito e approfondimento scientifici, che è proprio il confronto e non lo scontro tra le istituzioni ad arricchirle. E che alla Magistratura, e a quella contabile in testa, non occorre guardare con paura o con fastidio, ma con lo stesso rispetto con cui il magistrato si pone, appunto, al servizio delle istituzioni tutte.

## 2. La partecipazione societaria come “bene pubblico”.

Detto ciò, ed entrando nel merito delle questioni da affrontare, devo dire subito che il tema che mi è stato assegnato imporrebbe un tempo non compatibile con l'evento e, soprattutto, capacità diverse da quelle del relatore.

Tutto ciò ha, però, un vantaggio e, cioè, quello di permettermi di procedere per “appunti” e in modo prescrittivo. E in questa rapida serie di appunti, prendo le mosse dalla prospettiva fatta propria dal titolo assegnato al mio intervento; titolo riferito non alle “società pubbliche”, ma alle “partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni”. Ora, le partecipazioni (azioni o quote) detenute da pubbliche amministrazioni in società di capitali vanno considerate, nella loro materialità, come beni mobili, dotati di un valore (nominale e reale). Da questa semplice constatazione, ne discende un'altra, altrettanto banale: come tutti i “beni pubblici” (in questo caso, in senso “soggettivo” e, cioè, in ragione della natura pubblica del loro titolare, non del loro regime o destinazione), le condotte, commissive od omissive, degli “agenti pubblici” che determinano un deprezzamento del loro valore possono essere conosciute dal giudice contabile.

Il che è perfettamente coerente con quanto previsto oggi dall'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (ossia, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica; TUSP).

Come ogni bene di proprietà di una pubblica amministrazione, inoltre, lo stesso sopporta un vincolo funzionale e, cioè, deve esserne garantito l'uso in funzione del perseguimento delle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni proprietarie. Non è possibile, in altri termini, impiegare beni pubblici per finalità estranee a

quelle proprie della pubblica amministrazione che ne detiene la proprietà.

Il che spiega perché la magistratura avesse, da subito, attribuito carattere meramente “ricognitivo” (di un principio di portata generale) al c.d. vincolo di “scopo istituzionale” o di “scopo pubblico” e, cioè, al divieto, originariamente previsto dall’articolo 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244, e oggi, dall’articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 175 del 2016, di detenere partecipazioni destinate all’esercizio di attività non necessarie al perseguimento delle finalità della pubblica amministrazione proprietaria<sup>(1)</sup>.

La citata disciplina, semmai, ha carattere innovativo nella parte in cui richiede una relazione qualificata (di “stretta necessarietà”) tra il bene (o, meglio, le attività perseguite per il suo tramite) e le finalità istituzionali dell’ente proprietario.

Non è, cioè, sufficiente una mera strumentalità, ma occorre una “stretta inerenza” della società (o, più correttamente, del suo oggetto) alle finalità istituzionali dell’ente partecipante<sup>(2)</sup>. E tale parametro di “stretta inerenza” – espressione, a sua volta, del più generale principio di legalità dell’azione amministrativa – costituisce, altresì, oggetto di verifica da parte della magistratura contabile sia in sede di controllo sulla costituzione di nuove società o sull’acquisto di partecipazioni, dirette o indirette, in società già costituite, ai sensi dell’articolo 5 del TUSP<sup>(3)</sup>; sia in sede di controllo dei piani (e delle relazioni annuali) di razionalizzazione di cui all’articolo 20 del medesimo testo unico<sup>(4)</sup>.

### 3. L’uso del bene-partecipazione e il modello tipico di società pubblica.

Ma qual è, dunque, l’uso che giustifica l’acquisto e la detenzione di tali beni? O, meglio, perché la pubblica amministrazione decide di acquisire lo status di proprietario di partecipazioni societarie? Evidentemente, perché tramite le stesse, intende esercitare attività economica (da intendersi in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato», come si esprimono sia le sentenze

1 «In punto di diritto, il collegio, condividendo quanto affermato nell’ordinanza di rimessione, ritiene che l’art. 27, co. 3, l. n. 244/2007, esprima un principio di carattere generale che era immanente nell’ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva» (Cons. Stato, Ad. Pl., 3.06.20211, n. 10).

2 Così, tra le altre, Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, Relazione 2021, Del. n. 15/SEZAUT/2021/FRG, 51.

3 D. CENTRONE, *I pareri della Corte dei conti in materia di costituzione di società e di acquisizione di partecipazioni. Lo stato della giurisprudenza contabile*, in questa Rivista, n. 2/2023, 86 ss..

4 L’articolo 20 del TUSP impone l’adozione di apposite misure di razionalizzazione (della cui esecuzione va dato atto in apposite relazioni annuali), all’atto di periodica istruttoria, tra l’altro, sulle partecipazioni che «non rientrino in alcuna delle categorie di cui all’articolo 4».

I piani annuali di razionalizzazione e le relazioni annuali sull’attuazione del piano sono trasmessi alla competente sezione di controllo della Corte dei conti. Come chiarito, la disposizione attribuisce «alla magistratura contabile una forma di controllo successivo di legittimità, incentrata sulla valutazione di conformità fra il piano adottato dall’ente socio (ed i conseguenti atti esecutivi) e il parametro legislativo di riferimento, costituito dagli artt. 20 e 24 del TUSP e dalle norme richiamate (in particolare, i precedenti artt. 4 e 5). Maggiori difficoltà interpretative pone la questione degli esiti del ridetto controllo, posto che la norma non specifica quale sia l’effetto di un accertamento di non conformità da parte della Corte dei conti, non potendosi prospettare l’inefficacia del provvedimento di revisione, né l’estensione analogica delle sanzioni tipizzate dall’art. 20, comma 7, del medesimo TUSP, in caso di mancata adozione dei piani di revisione periodica da parte degli enti locali. Invero, l’esito negativo della Corte dei conti sui provvedimenti di revisione può condurre, in primo luogo, come da esperienza maturata in sede di esame dei piani di razionalizzazione inviati ai sensi della legge 190 del 2014, all’adozione di una pronuncia di accertamento delle illegittimità riscontrate, stimolando, anche in ragione della pubblicazione sul sito internet dell’amministrazione e dell’invio all’organo politico di vertice (e a quelli di revisione economico-finanziaria, ove presente), l’adozione di misure correttive (che potrebbero consistere, nei casi più gravi, nell’annullamento in autotutela del provvedimento). Inoltre, la verifica, da parte della Corte dei conti, della non puntuale attuazione degli obblighi posti in tema di revisione delle partecipazioni alle norme di legge può condurre, secondo le regole generali, in caso di ricorrenza dei relativi presupposti, alla segnalazione di un’ipotesi di responsabilità amministrativa, con conseguente comunicazione della delibera di accertamento alla competente Procura regionale (art. 52, decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174)» (Corte conti, sez. riun. in sede di controllo, *Il processo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dai ministeri e dagli altri enti pubblici soggetti al controllo da parte delle Sezioni Riunite della Corte dei conti*, novembre 2020, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), 7 ss.).

della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44<sup>(5)</sup>) attraverso la sua forma più tipica e, cioè, la società di capitali.

E qui sorgono gli inevitabili e annosi interrogativi: A) quanto la società di capitali-impresa pubblica si distingue o deve distinguersi dalle altre forme di impresa pubblica (ente pubblico economico) e dalle altre società di capitali-impresе private? B) entro quali limiti la pubblica amministrazione può farsi imprenditore?

Quanto al primo quesito (che in realtà si compone di due sotto-quesiti: quante e quali sono le differenze tra l'impresa pubblica-società di capitali e le altre forme di impresa pubblica; e quante e quali sono o dovrebbero essere le differenze di statuto o di funzionamento tra le società-impresе pubbliche e le società-impresе private), continuando a procedere per appunti, può dirsi: a) che, nel corso del tempo, si sono registrate, grosso modo, tre macro-fasi<sup>(6)</sup>:

1) una prima, che potremmo chiamare di "spontaneismo" del fenomeno, in cui la società di capitali-impresa pubblica funzionava come una comune società di capitali (è questa l'impostazione originaria del Codice civile, che considerava "neutrale" la natura del socio proprietario) e, quindi, era radicalmente contrapposibile alle imprese pubbliche-ente pubblico;

2) una seconda fase, che potremmo dire di "progressiva omogeneizzazione", in cui – al fine di arginare fenomeni estremamente differenziati tra di loro (la moltiplicazione delle partecipazioni, specie locali, con conseguente arretramento del mercato; il ricorso allo strumento societario quale "via di fuga" dai crescenti vincoli pubblicistici, sia in materia di spesa pubblica, che di evidenza pubblica) – il modello della società di capitali-impresa pubblica è stato progressivamente avvicinato a quello dell'impresa pubblica-ente. Dalla disciplina dei contratti pubblici a quella del reclutamento del personale; dalle regole in materia di crisi (si è dubitato della "fallibilità" delle società pubbliche, in quanto tali) a quelle in materia di giurisdizione, si è applicato un regime sostanzialmente unitario e pubblicistico, per le imprese-società pubbliche e le imprese-enti pubblici. Si è così giunti, sostanzialmente, a un modello tendenzialmente unitario di impresa pubblica, governato dalle regole del diritto pubblico, indifferentemente dalla tipologia di impresa, fosse essa una società di capitali o un ente pubblico economico;

3) una terza fase, ancora in corso, avviata dal TUSP, e caratterizzata da un duplice fenomeno: a) l'aggravamento dei vincoli in capo alle pubbliche amministrazioni che intendano acquisire o conservare partecipazioni societarie, e, quindi, la "specificazione" dei vincoli che la natura pubblica del proprietario provoca non sul bene, ma sulle regole di funzionamento del proprietario stesso (si veda, ad esempio, la materia del divieto di soccorso finanziario); b) la tendenziale restituzione dello statuto delle società a partecipazione pubblica alle regole del diritto comune (sia pure in un astratto spettro che vede, ai due estremi, le società quotate e quelle *in house*).

Tra i vincoli posti alle pubbliche amministrazioni, il più rilevante sembra quello introdotto dall'articolo 4, comma 2, del TUSP: il c.d. "vincolo di attività" e, cioè, il limi-

5 Così Corte cost., 17.11.2010, n. 325, § 6.1. Tale definizione è oggi pressoché testualmente ripresa dal legislatore per comporre quella di servizio di interesse economico generale di livello locale, di cui all'articolo 2, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 23.12.2022, n. 201.

6 Sul punto, sia consentito rinviare a H. BONURA-G. FONDERICO, *Il socio pubblico e le società partecipate, tra antiche diffidenze e inattese promozioni. Appunti per una politica di governo del fenomeno societario*, in questa Rivista, 2/2023, 58 ss.

te introdotto alla libertà di impresa delle pubbliche amministrazioni<sup>7)</sup>, che non soltanto devono giustificare l'aderenza delle funzioni perseguite attraverso le partecipazioni societarie al proprio statuto; ma, soprattutto, devono dimostrare che il rapporto strumentale tra la partecipazione posseduta e le finalità di interesse generale perseguite è di tipo diretto e non meramente secondario o potenziale. L'esercizio dell'attività di impresa tramite partecipazioni societarie, dunque, è consentito alle pubbliche amministrazioni solo quando si tratti di attività di interesse generale direttamente imputabili all'amministrazione interessata (esercizio di servizi di interesse generale) o di attività di autoproduzione. Nei casi diversi (sul piano funzionale o tipologico), e salve le deroghe espressamente previste dal Testo, non vi sono finalità di interesse generale che possano giustificare l'acquisizione o la conservazione di partecipazioni societarie.

Ciò induce a un'ultima riflessione: se così è, allora il legislatore ha disegnato – sia pure nella varietà di modelli astrattamente possibili e concretamente riscontrabili, anche in considerazione dell'elevato numero di deroghe introdotte dallo stesso TUSP – due modelli tipici di impresa pubblica-società di capitali: la società *in house* e la società mista (non a caso, destinatarie di disciplina specifica all'interno del TUSP). Se, infatti, è consentito il ricorso allo strumento societario solo per l'esercizio di attività di interesse generale e per l'autoproduzione di attività economiche o di funzioni, allora è chiaro che il ricorso allo strumento societario avviene per potere affidare direttamente alla società pubblica quelle attività (non per potere fare partecipare la società pubblica a una gara).

E gli unici modelli che consentono di predeterminare il ricorso a una determinata impresa-società come destinataria del contratto pubblico sono, appunto, la società *in house* e quella mista (in cui, l'evidenza pubblica è soddisfatta con la gara a doppio oggetto, al momento della selezione del *partner* privato)<sup>8)</sup>.

Il modello di società pubblica, insomma, è inestricabilmente legato, in concreto, al tipo di attività che l'amministrazione pubblica intende produrre per il suo tramite e al modo di produzione.

#### 4. Alcune rapide conclusioni.

Da quanto detto, emerge un elemento di riflessione legato alla centralità e alla necessità di “dialogo” tra due contratti: quello associativo (nell'*in house*, per la “aderenza” dello statuto societario agli obiettivi di pubblico interesse perseguiti tramite l'attività economica che si intende auto-produrre e alle “qualificate” motivazioni sottese a tale ultima scelta; nella società mista, per la regolazione del rapporto, anche in direzione della composizione degli interessi potenzialmente confliggenti, tra soci pubblici e privati) e quello di appalto o di concessione (anche per la verifica della “congruità” complessiva dell'intera operazione societaria, funzionale all'esercizio di quella determinata attività).

7 Di limitazione dell'iniziativa economica pubblica parla M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in M. LIBERTINI-V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Egea, Milano, 2019, 46. Diversamente, per F. MERUSI, *I principi costituzionali*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, 23, si tratta di una ipotesi di «deroga speciale ex lege alla esistente capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni».

8 A conclusioni simili giunge A. POLICE, *Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e gestione di partecipazioni pubbliche*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *op. ult. cit.*, 182, per il quale, per effetto del disegno legislativo del TUSP, «quello che si restituisce al mercato esce dal novero delle società partecipate e quello che resta nella sfera pubblica sarà sempre più riconducibile al modello *in house*. [...] Diversamente, si svilupperà un terzo modello o, meglio, una terza modalità operativa che sarà quella dell'intervento nel mercato a mezzo del sussidio e, quindi, forme di partenariato o di concessione anche a mezzo dei vari livelli e strumenti finanziari possibili, che consentirà il soddisfacimento di quei bisogni prima assicurati dalle società a partecipazione pubblica, ed oggi o domani meglio assicurati da società private sovvenzionate o con forme di collaborazione o partenariato con soggetti pubblici».

Un esempio della rilevanza di tale riflessione si ritrova in una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. V, 26.10.2024, n. 843), con cui, nel dichiarare la legittimità della scelta di internalizzare le attività di manutenzione del verde, prima affidate al mercato, in favore di una società *in house*, sono stati enunciati alcuni principi rilevanti e, primo fra tutti, quello distintivo tra una “gestione per adempimenti”, derivante da un rapporto di natura strettamente contrattuale con un operatore selezionato all’esito di una procedura di gara, e «una più virtuosa “gestione per obiettivi” (*management by objectives*, MBO)», destinata «gioco forza ad assicurare più elevati livelli di efficienza e di efficacia operativa». In quest’ottica, il rapporto organizzativo complessivamente disegnato (dal contratto associativo-statuto e dal contratto affidato direttamente) per l’*in house* (ma ad analoghe conclusioni potrebbe giungersi anche per le società miste) dovrebbe giungere al progresso superamento di un rapporto meramente e rigidamente contrattuale, in favore di un «diverso e più fluido rapporto strettamente organizzativo».

Tutto ciò porta a riflettere sull’opportunità di avviare una “quarta fase” nella storia delle imprese pubbliche-società di capitali e, cioè, quella fondata sulla valorizzazione degli elementi (anche di diversità) contrattuali, interni agli stessi modelli, societari e contrattuali. La ricchezza del diritto societario, insomma, deve e può combinarsi con le recenti innovazioni in materia di contratti pubblici (si pensi ai principi di fiducia e di auto-organizzazione), nella ricerca di un punto di equilibrio che consenta alle pubbliche amministrazioni – che intendano genuinamente perseguire i propri scopi pubblicistici – di fare adeguato ricorso allo strumento dell’impresa, nella logica dell’amministrazione “che fa” (efficacemente) e non si limita “a far fare”<sup>9</sup>.

E tutto ciò, rende centrale il ruolo della magistratura contabile, sia in sede di controllo, ai sensi dell’articolo 5 del TUSP, ma anche di controllo sulle verifiche periodiche sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali, di cui all’articolo 30 del decreto legislativo n. 201 del 2022 (stante anche la correlazione con le attività di revisione periodica di cui all’articolo 20 del TUSP<sup>10</sup>), di verifica del regime di controlli interni (anche sulle società) e così via. Il tutto, affinché sia verificata non tanto l’astratta convenienza economica *ex ante* del contratto, ma la costante ed effettiva rispondenza della destinazione del bene pubblico-partecipazione alle finalità cui è concretamente preordinato in ragione delle scelte discrezionalmente compiute dalla pubblica amministrazione proprietaria.

9 Così, nella Relazione Illustrativa del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

10 Sul punto, si v. Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, *Programma delle attività per l’anno 2024*, deliberazione n. 3 del 20.01.2024.