

Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata ^(*)

SOMMARIO: 1. *Premesse e quadro normativo* – 2. *Il nuovo modello legislativo di società “a partecipazione mista” per la gestione dei servizi pubblici: oggetto sociale e scopo* – 3. *Statuto, patti parasociali e contratto di servizio* – 4. *Capitale e struttura finanziaria della società mista* – 5. *Il regime delle partecipazioni sociali* – 6. *L’assetto della governance nella società mista* – 7. *Profili di disciplina del gruppo di società a direzione pubblica.*

1. Le nuove discipline in materia di società (private) a partecipazione pubblica manifestano la diversità dei contesti funzionali e dei problemi operativi legati all’impiego dello strumento societario per le molteplici finalità perseguite dalla P.A. nel campo dei *servizi pubblici* e delle altre *attività economiche e non economiche*. Il fine può consistere, secondo i casi, in quello: di (i) “aziendalizzare” (mantenendo la proprietà pubblica) o di (ii) “esternalizzare”, “privatizzare” e, se possibile, “liberalizzare” attività economiche (qualificate come di “*produzione di beni e servizi*”) di competenza o di interesse della P.A. o anche di (iii) esercitare “in forma privatistica”, là dove sia consentito dalla legge, un’attività propriamente amministrativa.

Non sempre e non necessariamente, pertanto, la partecipazione dell’ente pubblico a una società commerciale, solleva problemi di tutela della concorrenza o interferisce con la normativa comunitaria e nazionale in materia d’appalto e di concessione, pur toccando i limiti generali all’autonomia negoziale degli enti pubblici o all’intervento dello Stato e delle Regioni nell’economia. E lo stesso vale per l’ingresso di un partner privato, per scopi meramente finanziari, in una società a partecipazione pubblica (cfr. C.S., Sez. V, 18-12-2009, n. 8376).

Per quanto interessa ai fini del nostro discorso, dunque, appare preferibile limitare l’uso della locuzione “società mista” o equivalenti (società “a capitale misto”, società “a partecipazione mista”) ai casi in cui la partecipazione dell’ente pubblico è funzionale a un programma di collaborazione con l’impresa privata, cioè serve a “organizzare” in forma societaria l’esternalizzazione o l’affidamento di un servizio, rispettivamente, da fornire alla P.A. o da erogare al pubblico.

Nel campo della gestione dei servizi pubblici “a rilevanza economica”, gli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità che sottendono le scelte legislative sono perseguiti attraverso i modelli eterogenei, ed anzi ormai del tutto divergenti: quello residuale della

^(*) Relazione al Convegno di Bologna del 23 gennaio 2010 su “Le società a partecipazione pubblica” organizzata dalla Fondazione Italiana per il Notariato con la collaborazione della Fondazione CESIFIN Alberto Predieri e del Consiglio Notarile di Bologna.

“società *in house*” interamente pubblica (nei cui confronti soltanto in presenza di determinati e stringenti requisiti, è legittimo l’affidamento diretto del servizio) e quello della “società mista” (in cui la selezione del partner privato avviene, con procedura di evidenza pubblica, in funzione dei compiti operativi affidati), tendenzialmente equiordinato all’affidamento esterno, sulla scia degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria e del Consiglio di Stato (parere n. 456/2007; Ad. Plen., n. 1 del 3-3-2008; Sez. VI, 16-3-2009, n. 1555). Occorre distinguere, quindi, nettamente le *società a capitale interamente pubblico*, destinate a svolgere un’attività amministrativa ovvero un’attività economica riservata alla P.A. o ad attuare una gestione *in house*, secondo uno statuto necessariamente “speciale”, dalle *società a partecipazione mista*, costituite in vista di un certo programma di gestione del servizio pubblico, sulla base del modello tipologico di diritto comune: entrambe figure di “società strumentali”, se si vuole, ma ormai in senso tutt’affatto diverso (v. *infra*, § 2).

Peraltro, mentre in una fase precedente, l’ordinamento comunitario guardava con disfavore la commistione delle due fasi della “costituzione dell’impresa” e della “attribuzione dei compiti” e propendeva a disapplicare la disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni a favore delle sole *società in house*, destinatarie di affidamento diretto (cfr. il *Libro Verde*, cit., §§ 60-63); nella sua evoluzione più recente esso mostra di salvaguardare il modello della *società a capitale misto*, sebbene ridimensionandolo, cioè ammettendolo ove realizzato in relazione allo *specifico servizio* oggetto di affidamento, più o meno ampio, ma comunque individuato con sufficiente precisione (cfr. art. 3, comma 4, schema di Regolamento attuativo dell’art. 23-bis, comma 10, d.l. n. 112/2008 approvato dal C.d.M.) al punto da assicurare una trasparente selezione concorrenziale del partner privato (C.S., parere n. 456/2007; C.S., Adunanza plenaria, n. 1 del 3-3-2008; C.S., Sez. VI, 16-3-2009, n. 1555; Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 12-4-2008, § 2.2.; Corte di Giustizia Europea, sentenza del 15-10-2009, resa nella causa n. C-196/08).

Occorre considerare poi che: (a) il Codice dei contratti pubblici (artt. 1, comma 2, e 32, comma 1, lett. c, e comma 3 d.lgs. n. 163/2006), nel ribadire il principio della scelta del partner privato mediante procedura di evidenza pubblica, ha confermato la legittimità della formula organizzativa della società mista per la realizzazione o gestione di un’opera pubblica o di un servizio, “*quando le norme vigenti lo consentono*”; (b) il c.d. decreto Bersani (art. 13 d.l. n. 223/2006 convertito in legge n. 248/2006, modificato dal d.l. n. 185/2008 e dalla legge n. 99/2009) ha espressamente richiamato entrambi i modelli organizzativi (“*società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche*”), nel dettare regole limitative dell’operatività delle

società aventi ad oggetto la "*produzione di beni e servizi strumentali all'attività*" degli enti c.d. partecipanti o costituenti, peraltro applicabili alle sole società partecipate dalle regioni o dagli enti locali e, in linea di principio, al di fuori del campo dei servizi pubblici locali;

(c) l'art. 1, commi 725-729, l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) ha posto limiti severi al numero e ai compensi degli amministratori delle società possedute dagli enti locali, distinguendo ancora fra le società partecipate *totalmente e parzialmente*; tali limiti sono stati dapprima estesi alle società partecipate dalle amministrazioni statali dall'art. 3, comma 12, l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008) e poi rafforzati dalle modifiche introdotte con l'art. 71, l. n. 69/2009, che ha sostituito il predetto comma 12 e aggiunto il comma 12-bis, nonché dall'espressa previsione della revocabilità anticipata degli organi amministrativi e di controllo in carica, a seguito dell'adozione di delibere finalizzate alla riduzione dei costi di funzionamento, con espressa esenzione da ogni loro diritto al risarcimento dei danni (art. 17, commi 22-bis e 22-ter, d.l. n. 78/2009, convertito in legge n. 102/2009);

(d) l'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), ha posto limiti generali – da ultimo però attenuati dall'art. 71 legge n. 69/2009 con la soppressione dell'avverbio "*indirettamente*" – alla possibilità delle amministrazioni pubbliche di costituire (e partecipare in) società di diritto privato aventi per oggetto la "*produzione di beni e servizi*", in funzione della tutela della concorrenza per il mercato e del contenimento dei costi degli apparati pubblici: limiti che non pregiudicano la legittimità del ricorso allo strumento societario, ma ne accentuano la strumentalizzazione rispetto al perseguimento delle *finalità istituzionali* (rispetto a quanto prescritto a suo tempo dall'art. 29, l. n. 448/2001 - legge finanziaria 2002), ferma la possibilità di provvedere con tale modalità alla *produzione di servizi d'interesse generale*;

(e) l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 d.l. n. 135/2009, convertito in legge n. 166/2009, ha legittimato nuovamente la formula organizzativa della società mista (purché) non "generalista", volta cioè a realizzare una *partnership* trasparente e circoscritta con un'impresa privata scelta come socio tecnico-finanziario, in funzione dell'affidamento della gestione del servizio pubblico (laddove la gestione societaria *in house* – negatrice, per sua natura, di ogni apertura al mercato – sopravvive come formula organizzativa eccezionale, perché attuabile soltanto, dice il comma 3°, "*in deroga alle modalità di affidamento ordinario*");

(f) la Corte di Giustizia Europea, con la sentenza del 15-10-2009, resa nella causa n. C-196/08, ha risolto la pregiudiziale comunitaria sollevata nel 2007 dal TAR Sicilia - sez. Catania nel senso della legittimità dell'affidamento diretto (in regime di concessione) di un servizio pubblico in favore di una società a capitale misto *costituita specificamente per tale fine e con oggetto sociale esclusivo*, nella quale il socio privato sia

selezionato con procedura di evidenza pubblica, “*previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere*”, quand'anche sia prevista l'esecuzione preventiva di determinati lavori.

Ciò premesso, il discorso sugli "statuti" e sui "codici organizzativi" delle società a partecipazione pubblica totalitaria o mista deve essere, quindi, posto e sviluppato su basi del tutto differenti, se non addirittura antitetiche.

2. Dal punto di vista giuscommercialistico è evidente, tenendo presente il modello codicistico della s.p.a. e della s.r.l., che la società *in house* (e, più in generale, la società a capitale pubblico necessariamente totalitario) diverge ormai fortemente – come si diceva – dalla società c.d. a capitale misto, sul piano *strutturale, organizzativo* e, in fin dei conti, anche *causale*.

Si tratta, in entrambi i casi, di “società speciali”, poiché la tipologia societaria è incisa in misura senz'altro rilevante dalla partecipazione, e conseguentemente dagli scopi e dalle regole peculiari dell'ente pubblico: di specialità *in senso forte*, nel primo caso, giacché la strumentalizzazione dell'organismo societario tocca le basi fondamentali dell'istituto privatistico, provocandone una mutazione che appare giustificabile soltanto in virtù della disciplina pubblicistica dell'attività “di competenza” o, comunque, “di interesse” della P.A.; di specialità *in senso debole*, invece, nel secondo caso, poiché l'ampia autonomia statutaria sancita dalla riforma del 2003 sembra consentire l'adattamento del modello organizzativo della s.p.a. e della s.r.l. alle peculiari esigenze regolamentari della vicenda costitutiva, attuativa e dissolutiva della società “a partecipazione mista”, deputata allo specifico ruolo di gestore-affidatario di un servizio pubblico.

L'autonomia statutaria risulta pertanto, anche in questo secondo modello, decisamente *limitata e piegata* agli scopi del PPPI; ma ciò, pur sempre, entro i margini di elasticità del “tipo”, senza essere costretta a forzature e manipolazioni che comportino una deroga al principio di tipicità. Il codice organizzativo della s.r.l. può apparire preferibile, per la sua flessibilità e per la sua connotazione personalistica, senza però escludere la possibilità di ricorso alla s.p.a.

Le società a partecipazione mista pubblico-privata, affidatarie della gestione del servizio pubblico locale *ex art. 23-bis, comma 2, lett. b), d.l. n. 112/2008*, possono derivare da un procedimento di costituzione *ex novo* o di riorganizzazione derivante da un aumento di capitale riservato o da operazioni straordinarie o dalla cessione di una partecipazione dell'ente pubblico, con problemi naturalmente differenziati in ragione della diversa natura

della vicenda e degli scopi specifici del PPPI (cfr. C.S., Sez. V, 18-12-2009, n. 8376). Esse presuppongono comunque, inderogabilmente, una procedura a evidenza pubblica per la scelta concorrenziale del *partner* privato, avente "... *ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*".

In tali società, nelle quali al socio-imprenditore privato deve essere attribuita una partecipazione *non inferiore* al 40% (così riemergendo la formula organizzativa della società "a capitale pubblico minoritario" di cui all'art. 116 T.U.E.L.), la configurazione dell'interesse sociale deriva dal difficile contemperamento dell'obiettivo "privatistico" di perseguimento del profitto (in mancanza del quale non avrebbe senso l'apertura al mercato) con quello "pubblicistico" di conseguimento di un adeguato standard nella prestazione del servizio, assunto dall'ente come "servizio pubblico". Ciò non comporta, beninteso, una *alterazione* causale dello schema societario, ma soltanto una peculiare *colorazione* della "causa concreta" del contratto e del rapporto sociale: lo "scopo lucrativo comune" sussiste, ma risulta, per un verso, *temperato* dalla natura pubblicistica del servizio e dai limiti operativi della società mista (impedita ad acquisire altre commesse), per altro verso, talora anche *frammentato* dalla differenziazione della misura soggettiva di partecipazione dei soci agli utili e alle perdite (v. *infra*, § 4).

L'art. 32, comma 3 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) sottrae le società miste all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica, ai fini dell'affidamento di contratti relativi all'opera e al servizio per le quali sono state costituite, a condizione che il socio privato abbia i necessari requisiti di qualificazione e che le stesse provvedano in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio nella misura di almeno il 70%. Ma il partner privato deve essere selezionato sempre, sia in fase di costituzione della società, sia – dopo la scadenza – in fase di nuovo affidamento del servizio e di proroga della società, sulla base di un confronto competitivo che presuppone l'apertura al mercato e la redditività della gestione, sulla base del "progetto industriale" presentato; e – ancora più a monte – della situazione complessiva contingente (e v. in tal senso gli artt. 2 e 3 dello schema di Regolamento attuativo dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, che delinea gli obblighi e le responsabilità "di contesto" dell'ente locale affidante).

Tali società non presentano, sul piano organizzativo, sensibili divergenze rispetto al modello comune, anche se l'evoluzione giurisprudenziale e soprattutto la nuova disciplina della materia esigono delle precisazioni circa il modo di intenderne la "specialità".

Le società miste per la gestione di "servizi pubblici locali a rilevanza economica" previste dal T.U.E.L. si configuravano originariamente come dei soggetti imprenditoriali

autonomi e operanti in regime di *diritto comune*, in dipendenza sia dell'inibizione di ogni agevolazione finanziaria o tributaria (art. 113, comma 10), sia della *defunzionalizzazione* del rapporto con l'ente pubblico, restando tale regolamentazione affidata essenzialmente al *contratto di servizio* (cfr. art. 113, comma 11: abrogato, ma sostituito oggi dalla previsione equipollente dell'art. 3, comma 5 dello schema di Regolamento). Il riconoscimento della "libertà concorrenziale" della società mista e la sua legittimazione a partecipare, fuori dal loro ambito di origine, alle gare per l'affidamento di *altri* servizi pubblici locali – sia pure temperato dal limite negativo, per cui l'impegno extra-territoriale non doveva distogliere risorse in misura tale da pregiudicare il conseguimento del suo scopo primario (cfr. C.S., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; C.S., sez. V, 25-8-2008, n. 4080) – deponeva peraltro, senza equivoci, nel senso di una società totalmente "despecializzata".

Oggi, invece, il divieto di acquisire in gestione "*servizi ulteriori*" da parte di altri enti locali e, più in generale, di svolgere "*servizi o attività per altri enti pubblici o privati*", sia direttamente, sia indirettamente (art. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112/2008), non è rivolto ai soli soggetti gestori di servizi affidati in assenza delle procedure competitive previste, ma anche alle "società a partecipazione mista" di cui al comma 2, lett. b), le quali dovranno avere quindi un *oggetto sociale esclusivo* e incontreranno *limiti operativi* assai rigidi: il che le connota di un ulteriore elemento di specialità, se pure "in senso debole". Si noti, peraltro, che tali limiti non toccano viceversa il socio, cioè il partner selezionato *come tale*, il quale resta libero di partecipare a gare e acquisire altri servizi, fuori dall'ambito della società "contratta" per lo scopo specifico della gestione della commessa.

2.1. In via di principio, l'oggetto sociale (*rectius*: l'attività che costituisce l'oggetto sociale, secondo gli artt. 2328 e 2463 c.c.) può essere notevolmente *ampio* ed *eterogeneo*, poiché la riforma societaria non ha introdotto particolari prescrizioni; né, d'altronde, il carattere "esclusivo" dell'oggetto sociale si oppone, di per sé, alla vastità e all'articolazione della sua configurazione statutaria, in coerenza con l'entità e i caratteri del servizio. Ciò va tenuto presente, sia alla luce delle disposizioni che consentono – per lo meno a determinate condizioni – l'*affidamento simultaneo* di una "pluralità" di servizi pubblici locali e la loro *integrazione e ottimizzazione* su base territoriale o per tipologia (art. 23-bis, commi 6 e 7, d.l. n. 112/2008); sia ai fini della interpretazione dell'art. 13, commi 1 e 2, d.l. n. 223/2006 (come modificato dall'art. 48, comma 1, l. n. 99/2009), che tuttora prescrive – se pur, al di fuori del campo dei servizi pubblici locali, dei servizi di committenza ecc. – l'obbligo di "esclusività" dell'oggetto sociale, il divieto di operare a favore di soggetti diversi dagli enti costituenti o partecipanti e di assumere partecipazioni in altre società, peraltro statuendo

espressamente la "nullità" dei contratti conclusi in violazione dei limiti e dei divieti suddetti (comma 4).

Tuttavia, depongono nel senso della necessità di circoscrivere *sul piano statutario* l'attività che costituisce l'oggetto sociale: (i) l'esigenza di riportare precisamente l'attività d'impresa alla fornitura del servizio pubblico che costituisce oggetto di affidamento diretto sulla base dei requisiti del partner privato e degli specifici compiti operativi attribuiti ad esso; (ii) l'orizzonte temporale necessariamente limitato dell'appalto o della concessione in funzione dei quali il rapporto societario con l'ente pubblico si svolge (secondo l'art. 3, comma 3, lett. c) dello schema di Regolamento attuativo dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, la durata dell'affidamento deve essere commisurata alla consistenza e al periodo di ammortamento degli investimenti previsti nel capitolato di gara a carico del soggetto gestore); (iii) la prescrizione di matrice giurisprudenziale della esclusività e immutabilità dell'oggetto sociale (Corte di Giustizia Europea, sentenza del 15-10-2009 in causa n. C-196/08; C.S., sez. VI, 16-3-2009, n. 1555); (iv) il divieto di svolgere, direttamente o indirettamente, altri servizi o attività (art. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112/2008), con la presumibile conseguenza della "nullità virtuale" (art. 1418, comma 1, c.c.) dei contratti conclusi in violazione di tale norma proibitiva, che ha senza dubbio portata inderogabile e rilevanza generale di ordine pubblico economico, ed infine (v) la previsione della cessione dei beni strumentali a favore del gestore subentrante e dell'attribuzione di un indennizzo (cfr. art. 10 del Regolamento attuativo, richiamato anche dall'art. 3, lett. f), recante le "norme generali" in materia di affidamento, secondo cui il bando di gara o la lettera di invito devono indicare "... i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni ... e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata").

La previsione di un oggetto sociale "esclusivo" e "circoscritto" in funzione dello *scopo specifico* della società – oltre a interagire con le regole di validità dell'atto costitutivo (art. 2332, n. 3 c.c.) e con la disciplina del recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.) – serve a porre un limite e un vincolo di condotta all'organo amministrativo (artt. 2361, 2384 e 2392 c.c.), fissando, al contempo, un parametro di valutazione della "conformità" degli atti deliberativi (cfr. artt. 2377, 2388 e 2479-ter c.c.). Grazie a tale clausola statutaria, infatti, si stabilisce nei confronti della generalità dei terzi che la società "a capitale misto" è volta ad attuare un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI): con tutto quel che deriva sia dalla applicazione dei principi di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione operanti in materia (cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione del 12-4-2008); sia dai

limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori che, data la fonte legale e il carattere necessario della restrizione statutaria, potrebbero considerarsi anche di portata “assoluta”. La società mista costituisce perciò, in sostanza, la cornice autoregolamentare di un rapporto di cooperazione tecnico-economico-giuridica formalmente strutturato ed organizzato anche sul versante esterno – qualcosa di molto simile a una *incorporated joint-venture* – in cui il socio privato agisce pur sempre come un fornitore di prestazioni e di servizi (*alla P.A.* o al pubblico *per conto* di essa), destinato a operare in regime di concorrenza.

Prescindendo da quest’aspetto, se pure non secondario, nella “nuova” società mista, configurabile quindi come *società strumentale* a uno specifico programma di cooperazione pubblico-privato o come una peculiare *joint-venture company*, non si avverte l’esigenza di un codice organizzativo “speciale”. L’autonomia statutaria consente infatti pianamente, soprattutto nelle s.r.l., di adottare soluzioni adeguate a soddisfare le istanze dell’uno e dell’altro socio in punto di: apporti e finanziamenti, nomina di esponenti negli organi amministrativi e di controllo, caratterizzazione delle partecipazioni sociali e previsione di un idoneo regime di circolazione, *corporate governance*, scioglimento del rapporto sociale, recesso ed esclusione del socio, riscatto e vendita della partecipazione.

3. Anche il tema delle fonti di regolamentazione dei rapporti fra ente pubblico e società partecipata affidataria deve affrontarsi – com’è naturale – in modo assai diverso, per le società totalmente pubbliche, costituite per svolgere attività economiche di rilievo pubblicistico o per gestire *in house* servizi d’interesse generale, e per le società a capitale misto pubblico-privato, volte a realizzare una forma di partenariato o uno specifico programma di cooperazione. Nel caso della società mista la relazione fra statuto sociale, accordi parasociali e contratto di servizio si presenta alquanto più complessa.

Nel T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/2000), modificato a più riprese per rafforzare la tutela della concorrenza e del mercato, la società mista per la gestione dei servizi pubblici locali “a rilevanza economica” si atteggiava – come si diceva – alla stregua di una società “despecializzata”, mentre la regolazione dei rapporti con l’ente o con gli enti che le conferivano la gestione del servizio, nell’interesse della comunità locale di riferimento, trovava la sua fonte pressoché esclusiva nel “contratto di servizio” allegato ai capitolati di gara, che doveva prevedere determinati standard minimi e adeguati strumenti di verifica dei livelli di servizio previsti, nonché sanzioni (art. 113, comma 11, abrogato e sostituito dall’art. 3, comma 5, schema di Regolamento attuativo dell’art. 23-bis d.l. n. 112/2008). Permaneva nondimeno, anche in quell’assetto, una certa ambiguità del “ruolo” dell’ente

pubblico, per sua natura diviso fra l'esigenza di garantire sul piano politico-amministrativo la prestazione di un servizio pubblico soddisfacente per gli utenti, in termini qualitativi e quantitativi, e l'esigenza di svolgere il compito economico-imprenditoriale tipico di "partecipante stabile" e talora anche di "socio di controllo" della società affidataria del servizio locale.

La società "a partecipazione mista" si configura oggi, invece, come una particolare modalità di affidamento del servizio pubblico, che deve essere precisamente determinato nella tipologia, nella quantità e nella durata, cioè come una formula organizzativa negoziale che – più e meglio del contratto di appalto – consente al committente di indirizzare e sorvegliare la gestione del partner privato prescelto con gara e al quale viene, per questa ragione, imposta una sorta di "coabitazione societaria" (cfr. parere C.S. n. 456/2007, § 8), che dà vita – come si diceva – a una sorta di *incorporated joint-venture*. Nel partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale (PPPI), il socio pubblico è chiamato a conservare un "livello di controllo relativamente elevato" sullo svolgimento dell'operazione (cfr. il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati* del 30-4-2004, §§ 53-54), mentre l'apporto del socio privato deve consistere, oltre che nel conferimento di capitali o di altri elementi dell'attivo, nella "diretta partecipazione" all'esecuzione dei compiti assegnati alla società mista o nella gestione stessa dell'impresa di servizi (Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 12-4-2008, § 1). Deve trattarsi, pertanto, di un socio "industriale", ossia "tecnico" e "operativo", destinato ad assumersi – in tutto o in parte, cioè quanto meno in relazione a determinati segmenti autonomi – lo svolgimento del servizio pubblico oggetto di affidamento (C.S., Ad. Plen., 3-3-2008, n. 1; C.S., Sez. VI, 16-3-2009, n. 1555).

Da ciò nasce, pertanto, l'esigenza di dettare, sul piano *statutario* e, all'occorrenza, *parasociale*, una peculiare regolamentazione dei rapporti fra socio pubblico e socio privato, inerenti gli assetti proprietari, il governo della *joint-venture company* e l'esercizio dell'impresa comune, che il *contratto di servizio* non potrebbe – almeno da sé soltanto – disciplinare convenientemente. Questo "contratto pubblico", che tiene ormai luogo della concessione amministrativa (o, se si preferisce, ne rappresenta la trasfigurazione negoziale) e che si potrebbe ricondurre per certi aspetti alla categoria degli "accordi sostitutivi" del provvedimento *ex art. 11 l. n. 241/1990*, costituisce il titolo in forza del quale la gestione del servizio pubblico viene *conferita* (*id est*: "affidata" o "delegata") alla società mista (imprenditore-concessionario) per la sua *erogazione* agli utenti, a fronte di un prezzo corrisposto da questi e, di norma, con la contestuale assunzione di doveri e oneri prestabiliti dall'ente pubblico. Il contratto riguarda, quindi, le modalità di esercizio dell'impresa avente

ad oggetto la gestione del servizio, con rilievo anche esterno, ma non le pattuizioni volte a regolare i rapporti fra i partner successivi o collaterali alla società “strumentale” per ciò istituita o comunque necessari al più proficuo funzionamento di questa.

Non a caso, l’intersecazione di vari ordini di rapporti negoziali fra le parti e la proiezione degli effetti dell’accordo di cooperazione *oltre* (anche in senso temporale) l’istituzione della società “dedicata” all’operazione costituiscono un aspetto tipico della *incorporated joint-venture*. In essa, appunto, l’accordo di base (*agreement*) interagisce fisiologicamente con gli *statutes* (*the corporate instruments of the joint-venture company*) e con gli *ancillary agreements* (volti a regolare i rapporti tecnico-economici fra i soci e la società “comune”).

Nella società a partecipazione mista pubblico-privata, tale complessa e articolata autoregolamentazione dovrà essere, per ragioni di trasparenza precontrattuale, predisposta e resa nota nelle sue linee essenziali già nel bando di gara e nell’allegato capitolato d’oneri (Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 12-4-2008, § 2.3.5). Del resto, già il d.P.R. n. 533/1996, relativamente alla procedura concorsuale di selezione del *partner* (art. 2), stabiliva che il contenuto degli accordi integrativi deve essere previamente reso pubblico nel bando di gara, alla stregua dello schema di statuto della costituenda società.

3.1. Per vero, il ricorso allo strumento parasociale potrebbe apparire non giustificato allorquando la formula organizzativa prescelta sia quella, ormai molto flessibile, della s.r.l., poiché l’atto costitutivo (o lo statuto) è di per sé potenzialmente aperto a ogni possibile soluzione tendente, di volta in volta, a enfatizzare o limitare l’influenza dell’ente pubblico (art. 2479 c.c.) o bloccare e regolare la circolazione delle partecipazioni (art. 2469 c.c.) o ad accentuare la soggezione del partner privato, inasprendo controlli e sanzioni, con la previsione di rimedi idonei a provocarne l’anticipata fuoruscita dalla compagine sociale. Nondimeno, può ravvisarsi l’utilità di ricorrere ad accordi parasociali per disciplinare i rapporti con un *terzo* (p.es., altra società del gruppo che finanzia o rifornisce il partner privato); o per circoscrivere determinati poteri e doveri alla sfera dei soci *attuali*, senza impegnare i soci futuri e condizionare l’organizzazione societaria; o per costituire in capo ai soci stessi degli obblighi di prestazione (p.es., di fornitura, assistenza, finanziamento o sottoscrizione di futuri aumenti di capitale o di strumenti finanziari) che non potrebbero trovare ingresso facilmente nello statuto; o che, quand’anche ciò avvenisse, non avrebbero valenza *organizzativa* e, come si suole dire, “reale”.

Non altrettanto potrebbe dirsi, invece, per le società miste in forma di s.p.a., nelle quali alcune soluzioni – ed in specie quelle più spiccatamente “strumentalizzanti”, che si

volessero introdurre in funzione dell'esercizio e del controllo sulla gestione dell'impresa – incontrano dei limiti invalicabili nei principi cogenti del tipo societario adottato. Di qui, appunto, l'utilità di rinviare alle pattuizioni parasociali la regolamentazione di taluni aspetti del rapporto, privi di valenza organizzativa sul piano strettamente istituzionale.

In proposito, occorre ricordare che l'art. 2341-bis c.c. ha introdotto una disciplina "generale" dei patti parasociali che si applica alle società per azioni (anche se non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) e, in senso ascendente, alle loro controllanti dirette o indirette (se pur non rivestono la forma di s.p.a.) e quindi opera tendenzialmente anche a livello di *holding*. Ciò può toccare il tema della società mista nei casi in cui l'ente pubblico opti per la strutturazione in forma di "gruppo" di un'impresa multiservizi, entro i limiti consentiti dall'art. 23-bis, comma 6, d.l. n. 112/2008. Questa formula organizzativa non confligge difatti – in astratto – con la prescritta "esclusività" dell'oggetto sociale, ma oggi deve fare i conti, beninteso, con l'esigenza imperativa di individuazione analitica e, per implicito, di omogeneità e/o complementarietà dei servizi *simultaneamente affidati* (quantunque non immediatamente *attivati*), non avendo più cittadinanza nel campo dei servizi pubblici la società mista c.d. generalista.

Questa disciplina "di base" dei patti parasociali, che persegue obiettivi minimali di mobilitazione della proprietà azionaria e di contendibilità del governo delle imprese, si esaurisce peraltro sul piano della *durata* dell'accordo, che non può eccedere il limite dei cinque anni, salvo rinnovo; e, se indeterminata, viene controbilanciata dalla previsione di un diritto di recesso con preavviso.

Dal punto di vista oggettivo, essa opera relativamente ai soli patti aventi ad oggetto:

- a) l'esercizio del diritto di voto (peraltro, in una società *a capitale pubblico o privato prevalente*, il sindacato di voto può avere soltanto scopi limitati alla tutela del socio di minoranza o al "controllo" dell'assemblea straordinaria, per le materie di sua competenza);
- b) i limiti al trasferimento delle partecipazioni (ma la disciplina dell'art. 2355 *bis* c.c. è già molto liberale sul punto; inoltre, per le azioni con prestazioni accessorie, emesse a favore del socio privato - *partner* tecnico, opera il limite legale di cui all'art. 2345, comma 2, c.c.);
- c) l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla società in questione (questa tipologia di patto dovrebbe trovare applicazione nelle società costituite fra più enti pubblici e nelle *holding* miste poste al vertice di un gruppo, nei limiti in cui questa struttura possa ancora trovare applicazione per le imprese multiservizi). Al di fuori di quest'ambito – si pensi, p.es., ai sindacati di consultazione o anche, per restare su un terreno contiguo, ma

parzialmente coincidente con quello dei patti parasociali, agli accordi programmatici di sviluppo e modifica della società mista – la predetta disciplina non opera.

3.2. Orbene, da un certo punto di vista (soprattutto quando l'orizzonte temporale di svolgimento del servizio pubblico da affidarsi *in concessione* è per forza di cose più lungo), la previsione di rigorosi limiti temporali del patto può apparire difficilmente conciliabile con le esigenze di stabilità organizzativa e di sviluppo di un dato indirizzo politico-imprenditoriale, che dovrebbero presiedere alla stipulazione di accordi parasociali all'atto della costituzione della società mista.

Allo scopo, potrebbe soccorrere lo stesso art. 2341 *bis* c.c., là dove prevede, quanto alle società *interamente possedute dai partecipanti* all'accordo, una esenzione per i “patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi” (comma 3), che sembra adattarsi alle società miste costituite per la gestione di servizi pubblici locali o derivanti dalla trasformazione di aziende speciali, ai sensi dell'art. 115 T.U.E.L. Se, infatti, la *ratio* dell'esenzione è di non ostacolare accordi di cooperazione industriale che, per le caratteristiche del mercato o per la dimensione degli investimenti, debbano proiettarsi in un tempo più lungo, essa potrebbe ricorrere nei casi in cui la stabilizzazione degli assetti proprietari e del governo della società mista sia finalizzata ad un progetto imprenditoriale di ampio respiro, col quale, p.es., si intenda por mano a una profonda ristrutturazione di un dato servizio o gestire un complesso procedimento di innovazione e privatizzazione di un'impresa pubblica.

D'altra parte, però, l'accordo parasociale non può e non deve collidere con l'esigenza "pro-concorrenziale" di delimitare ben precisamente nel tempo il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara per la scelta del partner e l'affidamento del servizio alla società mista (cfr. C.S., Sez. VI, 16-3-2009, n. 1555); e quindi non potrebbe istituire validamente vincoli (o oneri) surrettizi al ricambio del socio privato. Quest'ultimo, da un verso, mantiene intatta la sua autonomia e libertà d'azione imprenditoriale fuori dalla *partnership* con l'ente pubblico (art. 23-bis, comma 9, periodi 2° e 3°, d.l. n. 112/2008); dall'altro, però, è gravato di precisi obblighi a favore del nuovo gestore subentrante (art. 10 del Regolamento attuativo), che non potrebbero non operare, con i dovuti adattamenti, anche là dove sia stata prescelta la “formula” della società a partecipazione mista di cui all'art. 23-bis, comma 2, lett. *b*).

4. Illustrate, nelle linee generali, le fonti di regolamentazione dei rapporti fra ente pubblico e società partecipata affidataria del servizio, conviene soffermarsi sulla struttura finanziaria della società “mista” e sul regime delle partecipazioni sociali.

Essa può essere costituita sin dall’origine in forma pluripersonale o derivare dalla cessione parziale della partecipazione dell’ente pubblico in una società totalitariamente controllata o dalla riorganizzazione conseguente a operazioni sul capitale o straordinarie (trasformazione, scissione, fusione o scorporo): la sua genesi, mentre è rilevante sul piano civilistico e aziendalistico, appare del tutto indifferente sotto il profilo delle regole del PPPI e dell’osservanza dei relativi principi di derivazione comunitaria.

Viene in considerazione la possibile “articolazione” del capitale, alla luce delle molteplici innovazioni normative introdotte dalla riforma in tema di *struttura finanziaria*, nonché di *caratterizzazione* in senso oggettivo e soggettivo delle partecipazioni societarie. Tali innovazioni consentono, sfruttando gli spazi dell’autonomia statutaria, di adattare meglio alle necessità organizzative e gestionali del servizio pubblico la posizione del socio pubblico, come pure la posizione del socio privato: ciò, beninteso, su un piano *strutturale*, logicamente antecedente alla fissazione delle regole di funzionamento della società mista, che riguardano le competenze organiche, i *quorum* assembleari, i sistemi di votazione, i diritti di minoranza ecc.

4.1. Nelle società a responsabilità limitata, è possibile “capitalizzare” i conferimenti d’opera e di servizi provenienti dal *partner* privato, se pur osservando le severe prescrizioni di cui all’art. 2464, comma 6, c.c. e con tutti i dubbi e le difficoltà segnalate dalla prassi. Ma proprio la recente giurisprudenza nazionale e comunitaria qualifica il partner privato della società mista come socio tecnico o “d’industria”, allo scopo di definirne e precisarne il ruolo non soltanto finanziario e di impegnarlo direttamente nell’esecuzione del servizio oggetto di affidamento, così lasciando presagire la possibile “riscoperta” del socio d’opera – che sinora ha avuto, per la verità, ben poca fortuna – nella complessa realtà del PPPI.

Inoltre, nelle s.r.l. è possibile acquisire a titolo d’investimento, e ciò in virtù della espressa previsione dell’art. 2464, comma 2, c.c., “*ogni elemento dell’attivo suscettibile di valutazione economica*”. Il che apre la strada – di sicuro rilievo nelle imprese “di servizi” – al conferimento di diritti e altre utilità, proficui per lo svolgimento dell’attività sociale e *oggettivamente valutabili*, ma non costituenti garanzia patrimoniale per i creditori: invenzioni non brevettate, segreti industriali, tecnologie, *know-how*, avviamento, contratti in corso e rapporti giuridici, prestazioni a efficacia futura o differita o a contenuto negativo ecc. Si consideri, pure, sotto altro profilo, che la legge impone espressamente alle

amministrazioni pubbliche che costituiscano (o assumano partecipazioni in) società esercenti attività di produzione di beni e servizi o che sono volte all'erogazione di servizi di interesse generale di "trasferire" alle stesse – evidentemente a titolo di conferimento ovvero di apporto "fuori capitale" – "*risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate*" mediante le medesime (art. 3, comma 30, l. 24-12-2007, n. 244 - legge finanziaria 2008).

L'atto costitutivo inoltre può prevedere – prescindendo qui dalla possibilità di assegnare anche partecipazioni *non proporzionali* ai conferimenti allo scopo di stabilire convenzionalmente un certo "assetto proprietario" – l'attribuzione a singoli soci di "particolari diritti" riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili (art. 2468, comma 3, c.c.). Il che consente, nella s.r.l. "a capitale misto", pur restando nell'alveo del diritto comune, di imprimere una particolare "caratterizzazione soggettiva" sia alla *partecipazione del socio pubblico*, riservandogli il potere di nomina di alcuni membri dell'organo amministrativo e di controllo (analogamente quanto previsto dal nuovo art. 2449 c.c., per le s.p.a. a partecipazione pubblica, ma anche al di là del limite di "proporzionalità" ora previsto) e riconoscendogli un diritto di consultazione su determinate materie o un diritto di voto "plurimo" o condizionando al suo assenso l'efficacia di determinate decisioni assunte dagli organi sociali; sia alla *partecipazione del socio privato*, maggiorando in proporzione la "sua" quota di utili o parametrandola al conseguimento di dati obiettivi imprenditoriali-economico-finanziari o creando altri incentivi, con l'intento di attrarre gestori più efficienti (mentre il lucro "soggettivo" dell'ente pubblico potrebbe essere, in larga misura, sacrificato alla ottimizzazione del servizio).

Naturalmente, i "particolari diritti" inerenti alla partecipazione resteranno agganciati alla "persona" del socio e dunque incredibili, perché espressione di un particolare equilibrio dei rapporti endo-societari, che non potrebbe e non dovrebbe essere automaticamente "replicato" in caso di trasferimento della partecipazione. Senza dire che, comunque, la prospettiva di tale trasferimento – come si vedrà (*infra*, § 5) – appare del tutto remota, poiché entrerebbe in conflitto con i principi di diritto comunitario e nazionale in materia di "affidamento diretto" dei servizi pubblici nei PPPI e con il divieto di mutamenti soggettivi del contraente.

Inoltre, anche a prescindere dalla previsione di specifiche (e sempre controvertibili) cause di esclusione (art. 2473-bis c.c.), lo statuto potrebbe prevedere – con maggiore incisività rispetto al patto parasociale – il *diritto di riscatto* della partecipazione del partner privato da parte del socio pubblico (non ovviamente da parte della stessa s.r.l., stante il

divieto insormontabile di “operare” sulle proprie quote *ex art. 2474 c.c.*), al verificarsi di eventi patologici o comunque negativi o rischiosi per la P.A. (risoluzione in danno del contratto di servizio, trasferimento d’azienda o mutamento del controllo del socio privato); ovvero istituire, mediante una clausola c.d. di *drag along*, obblighi di co-vendita a carico del socio privato, con adeguate garanzie sul piano del corrispettivo della disinvestimento (cfr. Trib. Milano, 31-3-2008; massima n. 88 del Consiglio notarile di Milano, pubblicata il 22-11-2005), correlati a una successiva ponderata decisione di privatizzazione totale e conseguente affidamento esterno del servizio pubblico.

In questo modo, si potrebbe conciliare l’interesse dell’ente pubblico a far cessare in un dato momento (anticipato rispetto alla scadenza naturale della società), il rapporto di “coabitazione societaria” con il partner privato; mentre si tutelerebbe il socio privato sul versante patrimoniale, assicurandogli un corrispettivo ragguagliato al *valore effettivo* della partecipazione oggetto del riscatto, magari incrementato proprio per merito del suo apporto imprenditoriale rispetto al momento del suo ingresso nella società mista. La clausola statutaria dovrebbe prevedere i criteri di determinazione del valore della quota e la nomina di un esperto indipendente, in caso di contrasto fra le parti.

4.2. Per quanto concerne le società azionarie, in una prospettiva di tipo “strutturale”, merita in primo luogo di essere segnalata la sopravvivenza, nella disciplina riformata del codice civile, dell’antica figura delle “azioni con prestazioni accessorie” (art. 2345 c.c.), che proprio negli statuti delle società miste per i servizi pubblici locali costituite ai sensi delle leggi n. 142/1990 e n. 498/1992 aveva trovato occasione di rinnovata applicazione, sebbene non scevra da problemi operativi (si allude alla difficile e spesso carente regolamentazione statutaria delle c.d. prestazioni accessorie, nonché al discutibile “rinvio” al contratto di servizio, in punto di disciplina di tale rapporto).

D'altra parte, il "nuovo" modello di società a capitale mista, che è emerso dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria e che il legislatore ha ora recepito anche in materia di servizi pubblici locali (art. 23-bis, comma 2, lett. *b*, d.l. n. 112/2008, ultima stesura), che è volto a realizzare una *partnership* trasparente e circoscritta all’esecuzione dell’oggetto dell’appalto con un’impresa privata, potrebbe determinare il “rilancio” dello strumento delle “azioni con prestazioni accessorie” in relazione alla necessaria *“attribuzione degli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*.

Il socio privato dovrà assumere, cioè, dei precisi obblighi di prestazione tecnica, esecutiva e gestionale, che potrebbero in sostanza coincidere con l’intera sfera di attività della società mista (tanto più nell’ipotesi in cui essa nasca in assenza di un’organizzazione

aziendale “propria” ovvero apportata dall'ente pubblico), se pure limitatamente alla durata della *partnership* e senza garanzia di rinnovo del rapporto. La fattispecie “società”, come delineata dall'art. 2247 c.c., può dilatarsi allora – com'è peraltro nella sua natura – sino a ricomprendere situazioni di “comunanza” soltanto *formale* dell'attività (giacché, ferma la condivisione dello scopo statutario di lucro, l'impresa è esercitata poi, in realtà, dal *solo* socio privato affidatario del servizio, sostanzialmente, in regime di tipo concessorio) ovvero di “occasionalità” dell'attività medesima (com'è per la *societas unius negotii*).

Se così è, allora, la previsione statutaria dell'obbligo di prestazioni accessorie a carico dell'azionista privato (ma anche del socio nella s.r.l., alla luce dell'interpretazione dominante che predica l'estensione analogica dell'art. 2345 e svaluta il dato letterale dell'abrogazione dell'art. 2478 c.c. nel testo ante-riforma) potrebbe ben adattarsi alla naturale “precarietà” e “strumentalità” del suo ruolo; così come, pure, alla conformazione della società mista come organismo neutro, dedicato all'espletamento servizio pubblico in regime di PPPI; o, se si preferisce, come società funzionale a una particolare *joint-venture*, ma avente “composizione variabile”, perché soggetta al potenziale ricambio periodico del c.d. socio d'industria o a fisiologici processi di scioglimento/liquidazione/riattivazione come pure di estinzione/ricostituzione.

In linea teorica, potrebbe farsi ricorso agli strumenti finanziari c.d. partecipativi, emessi ai sensi degli artt. 2346, comma 6; 2349, comma 2; 2447-ter, lett. *e*, c.c.; epperò, dati i loro limiti e problemi operativi, essi risulteranno scarsamente appetibili per il *partner* privato, il quale ambisca a rivestire nella società mista un ruolo “imprenditoriale”, eccedente la semplice collaborazione tecnica, tanto più se non abbinati a una significativa partecipazione al capitale azionario. Semmai, essi potrebbero giovare al fine di ottenere l'apporto stabile di risorse finanziarie private, senza alterare l'assetto proprietario e compromettere il controllo dell'ente pubblico o diluirne eccessivamente la partecipazione.

Altro discorso va fatto per talune nuove “categorie” di azioni, che possono trovare una assai proficua utilizzazione nella s.p.a. mista, sul versante della *partecipazione privata*, in alternativa o anche in concomitanza all'emissione di azioni con prestazioni accessorie (nel senso di caratterizzare ulteriormente tali azioni, come una categoria in senso tecnico). Si allude, per un verso, alle “azioni correlate” (cioè “fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore”: art. 2350, comma 2, c.c.), che rispondono all'esigenza, avvertita soprattutto nelle società multiservizi, di separare e gestire efficientemente, se pur sempre sinergicamente, i diversi campi di attività, tenendo sì una “contabilità separata”, ma senza doversi per ciò avventurare sul terreno dei “patrimoni

destinati”. Per altro verso, alle “azioni riscattabili” (art. 2437-sexies c.c.), la cui previsione consente alla società mista o, in via diretta, al socio pubblico di limitare e collegare temporalmente la partecipazione del privato alla “vita economica” di un dato progetto di investimento, riorganizzazione e gestione del servizio pubblico, predisponendo un efficace (ed equo) meccanismo statutario di ricambio del *partner* privato, suscettibile di essere impiegato, al bisogno, in situazioni patologiche.

5. Altro segmento di disciplina *lato sensu* speciale delle società a capitale misto è quello che concerne la circolazione delle partecipazioni sociali dell’ente pubblico o del partner privato. Relativamente a queste, peraltro, problemi analoghi si pongono con riguardo all’esercizio del diritto di recesso.

Dal punto di vista civilistico, il tema deve essere affrontato essenzialmente sotto il profilo dell’esigenza di cristallizzare la compagine societaria o comunque di governarne rigorosamente gli eventuali mutamenti, in funzione delle regole pubblicistiche dell’attività, che si oppongono ai “mutamenti soggettivi” del contraente prescelto dalla P.A. (cfr. art. 116 d.lgs. n. 163/2006, se pur non direttamente applicabile alla materia dei servizi pubblici *ex art. 30* del Codice dei contratti pubblici), essendo l’affidamento del servizio pubblico per contratto o in concessione, non meno che nell’appalto di beni e servizi a favore dell’ente, sorretto dall’*intuitus personae*.

5.1. Non mette conto occuparsi qui, invece, della dismissione obbligatoria, da parte delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, delle “partecipazioni vietate” (art. 3, comma 29, l. 24-12-2007, n. 244 – legge finanziaria 2008), che deve avvenire con procedure a evidenza pubblica entro il termine del 31-12-2010 (prorogato dall’art. 71, comma 1, lett. *e*, l. 18-6-2009, n. 69); né delle procedure di dismissione di partecipazioni in società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, che pongono problemi di altra natura, in relazione alla perdita del controllo pubblico, se operanti in particolari settori di interesse nazionale. E’ evidente che le società partecipate dagli enti pubblici (oltre che da soggetti privati), ma non anche “conferitarie” (*rectius*: affidatarie) di un servizio pubblico, integrano una fattispecie diversa dalle società a partecipazione mista pubblico-privata costituite o realizzate per dare attuazione a una determinata *partnership* o *joint venture* finalizzata alla prestazione di servizi alla P.A. (p.es., tesoreria o riscossione tributi) o all’erogazione di servizi “di rilevanza economica” al pubblico (p.es., trasporti pubblici locali, igiene ambientale, parcheggi ecc.).

In ogni modo, la prescrizione di procedure a evidenza pubblica per la vendita delle partecipazioni degli enti pubblici non appare incompatibile, almeno in linea di principio, con la regolamentazione statutaria della relativa vicenda (mediante clausole di gradimento, di prelazione, limitative del possesso azionario etc.), finché essa non entri in conflitto con lo scopo pubblicistico di agevolare la cessione e di massimizzarne il ricavato (la legge n. 474/1994 sulle privatizzazioni è richiamata espressamente, fra l'altro, dagli artt. 115, comma 4 e 118, comma 4, T.U.E.L.). Più in generale, il ricorso a una procedura aperta di selezione dell'offerente risulta conciliabile con le *clausole di prelazione* "propria", se pure a costo di taluni adattamenti; non, invece, con quelle di prelazione "impropria", che dettano criteri volti a predeterminare il prezzo di alienazione nell'interesse dei soci attuali. Essa può conciliarsi, inoltre, con le *clausole di gradimento*: sia quando esse prescrivano determinati *requisiti* in capo all'aspirante socio privato (che dovranno essere "replicati" nel bando di gara, per rendere la procedura di selezione compatibile con lo statuto societario vigente); sia quando si tratti di clausole di *mero gradimento*, purché sia previsto un congegno che assicuri, comunque, ai soci la libertà di alienazione (art. 2355-bis, comma 2, c.c.) e non vincoli l'ente pubblico ad accettare un corrispettivo di cessione predeterminato secondo i criteri dell'art. 2437-ter c.c. (i quali potrebbero giovare, semmai, a stabilire il "prezzo base" della sua dismissione).

Per quanto riguarda i servizi pubblici locali "a rilevanza economica", l'art. 113, comma 12, T.U.E.L. prevedeva già, in relazione alle società di gestione del servizio, la possibilità che l'ente locale cedesse, in tutto o in parte, la sua partecipazione "*mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento*". La libertà di stabilimento (art. 43 Trattato CE) esige, infatti, il rigoroso rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, allorquando l'operazione di dismissione comporti il conferimento di incarichi rientranti nel campo materiale degli appalti pubblici (cfr. il *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati*, cit., §§ 67-69).

Oggi questa fattispecie sembra destinata a confluire nell'alveo dei nuovi principi di regolamentazione dei PPPI (cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 12-4-2008, § 2.2.), essendo indifferente l'*origine* della società mista, cioè la circostanza che il partner privato abbia sottoscritto azioni o quote di una società di nuova costituzione ovvero sia entrato a far parte di una società pubblica preesistente, che magari gestisce il servizio in regime transitorio, in virtù di una cessione di partecipazione o di sottoscrizione di un aumento di capitale riservato (cfr. C.S., Sez. V, 18-12-2009, n. 8376).

Può accadere, quindi che l'ente istitutore (unico socio) della società, sopprimendo il vincolo statutario della partecipazione pubblica totalitaria, in concomitanza alla decisione di privatizzazione del servizio, collochi sul mercato la quota o le azioni di sua pertinenza, cedendole a un imprenditore che formuli una offerta economica vantaggiosa e che appaia, al contempo, come il partner tecnico preferibile, ai fini dell'attribuzione degli "specifici compiti operativi", magari individuandolo tramite una procedura di selezione pubblica adeguatamente flessibile (che la predetta Comunicazione individua, in via preferenziale, nel c.d. dialogo competitivo: art. 58 d.lgs. n. 163/2006).

La dismissione della partecipazione pubblica assume, perciò, la configurazione di una cessione *collegata* alla durata del periodo di affidamento del servizio (cfr. sul punto la Segnalazione dell'A.V.C.P. al Parlamento e al Governo del 26-11-2008, § 2) e comunque *condizionata* risolutivamente all'esito sfavorevole (dal punto di vista del socio privato) della successiva procedura di selezione. E' possibile quindi che, prima dello scioglimento "naturale" della società per decorso del termine, si verifichi – per un motivo o per l'altro – la "retrocessione" della partecipazione all'ente pubblico, quantunque preordinata al suo "ricollocaimento" sul mercato previa selezione del nuovo partner tecnico: il che potrebbe determinare conseguenze patrimoniali di un certo rilievo (basti pensare al problema delle variazioni del valore della partecipazione e delle sue molteplici cause) e innescare difficili controversie, in mancanza di una idonea regolazione contrattuale della vicenda.

5.2. La circolazione delle partecipazioni nelle società a capitale misto, costituite per l'affidamento di un servizio pubblico a rilevanza economica, e quindi "strumentali" a un dato *progetto di cooperazione* fra P.A. e impresa privata, si profila assai problematica.

Per un verso, la cessione della partecipazione dell'ente pubblico affidante ad altro soggetto (diverso dal *partner* privato prescelto per la gestione "in comune" del servizio), potrebbe entrare in contrasto con molteplici clausole statutarie – da quelle caratterizzanti una certa "serie" di azioni come di pertinenza *esclusivamente pubblica* a quelle limitative della loro circolazione –, oltre che con i patti parasociali e gli accordi preparatori volti a regolare il c.d. assetto proprietario della società mista, magari nel senso di un disimpegno soltanto limitato o graduale dell'ente pubblico. Per altro verso, come si diceva, la cessione della partecipazione del socio privato ad altro imprenditore potrebbe contrastare con la disciplina inderogabile in materia di affidamento del servizio (cfr. C.S., sez. V, 28-9-2009, n. 5814) o incontrare ostacolo nel principio di cui all'art. 116 d.lgs. n. 163/2006; mentre la sua cessione allo stesso (o ad altro) ente pubblico entrerebbe in conflitto con i severi limiti

posti dall'art 23-bis d.l. n. 112/2008 alla gestione *in house* ed alla (ri)-pubblicizzazione dei servizi privatizzati.

D'altronde, il divieto assoluto per il socio di cedere le partecipazioni ovvero l'assoggettamento dell'efficacia della cessione al consenso (o al mero gradimento) degli altri partner appare del tutto fisiologico nella prassi statutaria della *joint venture company*, attesa la sua *funzione servente* rispetto al progetto economico e imprenditoriale condiviso. Se la società mista è costituita in forma di s.r.l., basterà inserire nello statuto una clausola di intrasferibilità delle partecipazioni, giacché l'art. 2469 c.c., nel prevederne in generale la libera circolazione, fa salva la "contraria disposizione dell'atto costitutivo". Se, invece, essa è costituita in forma di s.p.a., la posizione di un divieto assoluto di trasferimento delle azioni colliderebbe con il limite quinquennale di cui all'art. 2355-bis, comma 1, c.c., onde bisognerà ripiegare sulla clausola di gradimento (non mero), oltre che sulla serializzazione delle partecipazioni (v. *infra*), subordinando il rilascio del *placet* alla cessione da parte del socio privato all'espletamento di una nuova gara o, comunque al riconoscimento da parte dell'ente pubblico dei requisiti del nuovo soggetto affidatario del servizio.

Non sembrano esserci, pertanto, le condizioni perché si crei un "mercato" delle partecipazioni societarie, sino alla conclusione degli affidamenti in corso: il valore della società è dato soprattutto, se non esclusivamente, dal valore della commessa o dalle prospettive reddituali del servizio. La società "a partecipazione mista", d'altronde, come si diceva, è un'organizzazione squisitamente strumentale rispetto alla peculiare *joint-venture* pubblico-privata, sicché lo statuto deve stabilire una *durata* esattamente coincidente con quella del contratto di affidamento del servizio, non avendo ragion d'essere la prosecuzione della prima dopo la cessazione del secondo (salvo, naturalmente, la proroga collegata al possibile riaffidamento con gara allo stesso partner o il trasferimento successivo della partecipazione a quello subentrante).

Per le stesse ragioni non sembra che, in questa materia, possa avere un significativo spazio applicativo l'istituto del recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.), che gli statuti dovrebbero limitare alle sole cause "inderogabili", salvo a prevedere (e disciplinare convenientemente) una speciale ipotesi in stretta connessione alle vicende risolutorie del contratto di servizio, onde agevolare – in alternativa al diritto di riscatto o come contrappeso alla previsione di questa facoltà o di una clausola di *drag along* a favore dell'ente pubblico – la cessazione anticipata della "coabitazione societaria", specie in situazioni di grave conflittualità con l'ente affidante o di insoddisfazione dell'utenza. D'altronde, occorre rammentare che l'art. 11 l. n. 241/1990 prevede, in generale, la facoltà di recesso dell'ente pubblico dagli

“accordi sostitutivi” del provvedimento (in specie, di tipo concessorio), dietro versamento al privato di un adeguato indennizzo.

5.2. Tanti problemi ermeneutici di coordinamento – sia interni, sia esterni alla materia del diritto privato – derivano poi dal fatto che la nuova disciplina delle società di capitali è, senz’altro, più aperta che in passato alla “caratterizzazione” delle partecipazioni ed alla introduzione di limiti statutari alla loro circolazione. Ciò è evidente soprattutto per quanto riguarda il tipo legale s.r.l., che è strutturato ormai in forma decisamente “personalistica”; ma non meno per le società azionarie, che si adattano senza dubbio a quella *serializzazione* e diversificazione del regime della partecipazione, che si è dimostrata indispensabile a realizzare una efficace “sintesi” fra interessi pubblici e interessi privati. Occorre considerare, inoltre, che il trasferimento delle azioni potrebbe incidere, in fin dei conti, sulla *natura* della società, nel senso di determinarne la trasformazione (impropria) da società “interamente pubblica” a società “a capitale pubblico prevalente” ovvero “non prevalente” o totalmente “privata”.

Onde pervenire a un assetto circolatorio complessivamente razionale ed equilibrato, lo statuto della s.p.a. mista dovrebbe prevedere allora: (i) l’articolazione in “serie” delle azioni, che rappresenta appunto una forma, poi non tanto larvata, di “personalizzazione” della proprietà azionaria; (ii) appropriati *quorum* deliberativi per la loro conversione, che è necessaria a consentirne la circolazione al di fuori delle categorie soggettive corrispondenti; (iii) un doppio ordine di limiti al trasferimento delle azioni, tarato in funzione della diversa posizione dei soci *pubblici* e dei soci *privati* e delle relative “serie” di azioni (sempre che non sia sufficiente ricorrere alla clausola di incedibilità entro il limite quinquennale di cui all’art. 2355-bis, comma 1, c.c.).

In questo modo, potrebbe realizzarsi – sia da parte dell’ente pubblico, sia da parte del socio tecnico, per le rispettive esigenze – un efficace, ma flessibile controllo reciproco sulle variazioni della compagine sociale. Non altrettanto potrebbe dirsi, invece, nelle ipotesi in cui si ricorra all’emissione di “azioni con prestazioni accessorie” ovvero di “strumenti finanziari partecipativi”, che hanno regimi circolatori affatto peculiari.

Con i dovuti adattamenti, il discorso si pone in termini analoghi per le società di gestione a capitale misto costituite in forma di s.r.l. Si ammette, infatti, anche nella s.r.l., che le quote di partecipazione – senza per ciò recidere il collegamento con le persone dei soci, né configurare delle categorie – possano essere statutariamente distinte in “serie”, proprio in funzione dei *requisiti soggettivi* dei titolari. L’accorgimento potrebbe risultare utile nel caso in cui l’ente pubblico voglia dar vita a una società c.d. multiservizi, con la

cooperazione di più partner specializzati in diversi settori, secondo uno schema analogo a quello della *incorporated joint venture* “plurilaterale” (cfr. *International Trade Center – ITC Incorporated Joint Venture Model Agreements*).

In questi casi, la soppressione o la modifica del carattere “serializzato” delle quote, cioè dei particolari *requisiti statuari soggettivi* legittimanti l’acquisto e/o la detenzione della partecipazione nella s.r.l., in relazione al peculiare oggetto della società medesima, non dovrebbe ritenersi assoggettato al principio di maggioranza alla stregua di qualunque altra vicenda modificativa. Tali variazioni (p.es. l’incremento o la riduzione dell’aliquota massima di capitale sociale detenibile da parte di una data categoria di soci) alterano infatti profondamente gli interessi in gioco e producono ripercussioni notevoli, se pure *indirette*, sulle partecipazioni dei soci, modificandone le prerogative implicitamente derivanti dall’assetto statutario complessivo. Sembra ragionevole, allora, prospettare per queste ipotesi, l’applicazione analogica delle regole in materia di modifica dei “diritti particolari” dei soci (artt. 2468 e 2473 c.c.), che prefigurano appunto nelle s.r.l. un tipico limite al “potere dispositivo” della maggioranza: si renderà necessario pertanto il consenso unanime dei soci, salvo che l’atto costitutivo non risolva il problema alla base, prevedendo in relazione a tali modifiche statuarie il diritto di recesso dei soci assenti o dissenzienti.

6. Il “governo” dell’impresa sociale rappresenta poi, ovviamente, uno degli snodi cruciali della disciplina delle società a partecipazione pubblica, e in special modo di quelle deputate alla gestione dei servizi pubblici, in relazione alle quali appare particolarmente problematico il coordinamento fra la regolazione pubblicistica di derivazione comunitaria e la disciplina delle società.

Anche a tale riguardo, occorre distinguere nettamente, ormai, *le società a capitale interamente pubblico*, destinate alla gestione *in house*, secondo uno statuto necessariamente “speciale”, *dalle società a capitale misto*, costituite in funzione dell’affidamento diretto del servizio, sulla base della previa selezione pubblica del socio tecnico, per la realizzazione di un “partenariato pubblico-privato istituzionalizzato”. Qui si pone, in sostanza – considerata la stretta *strumentalità* della società rispetto al programma contrattuale di collaborazione – un problema di “equilibrio” fra esponenti pubblici ed esponenti privati negli organi di amministrazione e controllo, nonché di “efficacia” del monitoraggio sulla gestione ed erogazione del servizio pubblico che il soggetto affidante è chiamato a esercitare *uti socius*.

Questo vale anche per le limitazioni al numero e ai compensi degli amministratori (non a caso differenziate), che sono state introdotte a fini di contenimento della riduzione

dei costi di funzionamento degli apparati pubblici, dapprima per le sole società partecipate da enti locali (art. 1, commi 725-729, l. n. 296/2006) e poi estesi alle società partecipate dalle amministrazioni statali (art. 3, comma 12, l. n. 244/2007) e rafforzati con le modifiche introdotte con l'art. 71, l. n. 69/2009, nonché con la previsione della revocabilità anticipata degli organi amministrativi e di controllo in carica (art. 17, commi 22-bis e 22-ter, d.l. n. 78/2009, conv. in l. n. 102/2009). Posto che, secondo l'interpretazione preferibile, tali limiti devono estendersi anche alle società che adottano il *sistema di amministrazione dualistico* (con riferimento, sia al consiglio di gestione, sia al consiglio di sorveglianza, sebbene non espressamente menzionato), è evidente che si avranno notevoli ripercussioni sull'assetto di governo delle società "a partecipazione mista" e che si determinerà la necessità di un "riequilibrio" della rappresentanza dei partner, mediante idonee modifiche statutarie e revisioni degli accordi parasociali. Il discorso riguarda – con i dovuti adattamenti – tanto il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza nel sistema c.d. dualistico, quanto il consiglio di amministrazione, nel sistema c.d. tradizionale o monistico.

6.2. Nelle società a capitale misto affidatarie di un servizio pubblico in esito a un procedimento di costituzione (o riorganizzazione o dismissione) complesso, preceduto dalla procedura di selezione del socio privato, l'autonomia statutaria consente di elaborare soluzioni calibrate sui particolari interessi dei soci, anche adottando la tipologia della s.p.a. e restando sempre sul terreno del diritto comune.

E' vero che la tipologia della s.r.l. si lascerà sempre preferire, per la sua maggior flessibilità, specialmente là dove le dimensioni dell'impresa non facciano presagire il ricorso al mercato finanziario. Si pensi specialmente: (i) alla possibilità di innalzare per statuto i *quorum* costitutivi e deliberativi dell'assemblea dei soci (art. 2479-bis c.c.) sino alla soglia dell'unanimità, con riferimento sia alle decisioni di rilievo funzionale, sia a quelle di portata organizzativa, così consentendo a ciascuno dei partner di condizionare le gestione e le vicende della società (salvo a prevedere in statuto appositi meccanismi per il superamento delle situazioni di stallo decisionale, sul modello delle c.d. *dead-lock clauses*); (ii) alla possibilità di attribuire ai singoli soci (privato e pubblico) "particolari diritti" riguardanti l'amministrazione della società (art. 2468, comma 3, c.c.), riservando loro il potere di nomina extra-assembleare di alcuni membri dell'organo amministrativo e di controllo e del direttore generale (e ciò anche oltre il limite di "proporzionalità" stabilito dal nuovo art. 2449 c.c. per le s.p.a. pubbliche), ovvero riconoscendo all'uno o all'altro socio un diritto di consultazione e di compartecipazione alle decisioni gestionali o un diritto "di voto potenziato" o, al contrario, un potere "di veto" su determinate questioni; oppure,

in un'ottica del tutto diversa, (iii) alla possibilità di rafforzare l'autonomia dell'organo amministrativo rispetto alle competenze decisionali dei soci, che si può conseguire eliminando la facoltà di devoluzione al (o di avocazione da parte del) socio pubblico, ex art. 2479, comma 1, c.c., delle decisioni di competenza degli amministratori: ciò con l'effetto, non secondario, di porre l'ente pubblico maggiormente al riparo, almeno sul piano formale, dal rischio di coinvolgimento nella responsabilità gestoria da concorso nell'illecito degli amministratori (art. 2476, comma 7, c.c.) o da abuso dell'eterodirezione (art. 2497 c.c.)

Al riguardo, sembra anzi il caso di osservare, più in generale, che il modello di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato di derivazione comunitaria, esaltando il ruolo tecnico-gestionale del socio privato, in funzione dell'espletamento dello specifico servizio affidatogli entro un tempo limitato, dovrebbe indurre a prediligere un assetto statutario di *governance* ispirato a una più chiara e netta ripartizione dei compiti e delle responsabilità, lasciando all'ente pubblico "affidante" essenzialmente un ruolo di indirizzo e di controllo (interni) sulla organizzazione e gestione della commessa pubblica con il modulo societario. Certamente, non sono di facile attuazione i "principi" enunciati con riferimento al *ruolo e alla responsabilità* dell'azionista pubblico, nelle c.d. società di mercato a partecipazione pubblica (cfr. ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008, § 5.4, sulla scia delle *OECD Guidelines* del 2005 in materia), ove si segnala il rischio del perseguimento di finalità contraddittorie e si chiede l'enunciazione preventiva e persino la redazione "concordata" di un programma a lungo termine con chiari obiettivi di *performance* per gli amministratori.

Nella società a partecipazione mista, peraltro, l'organo amministrativo appare dotato di una limitata discrezionalità gestionale, sotto il profilo politico-imprenditoriale, essendo istituzionalmente tenuto a perseguire uno scopo lucrativo "temperato" e, se previsto dallo statuto, anche "differenziato" (v. *supra*, § 4): il che – sia detto per inciso – pone sostanzialmente un problema di *correttezza* nell'esecuzione del mandato, sotto il profilo del bilanciamento degli interessi sociali "individuali" dei partner. Esso non potrebbe, comunque, né assecondare le direttive pubbliche idonee a compromettere una gestione redditizia, senza sottostare all'esercizio dell'azione di responsabilità esercitata in via "derivativa" dal partner imprenditore nell'interesse della società (art. 2476, commi 3-5, c.c., che replica in materia di s.r.l., il rimedio di cui all'art. 2393-bis c.c.); né, per converso, sotto la spinta dell'interesse (privato) alla massimizzazione del profitto, perseguire una politica indiscriminata di contenimento dei costi atta a compromettere determinati livelli di servizio, senza mettere a repentaglio la prosecuzione regolare del contratto di affidamento,

rendendosi sotto altro profilo parimenti responsabile verso la società amministrata e verso l'ente pubblico (e v. ora, quanto al criterio di riparto della giurisdizione fra il giudice civile e il giudice contabile, Cass., S.U., 19-12-2009, n. 26806).

A ciò si aggiunga che la posizione del socio pubblico (principale contraente della società mista quale "ente affidante") potrebbe essere ulteriormente rafforzata – ferma la possibilità di contemplare particolari ipotesi di scioglimento della società (v. *infra*, § 6.3.) – dalla previsione statutaria di una causa di esclusione (art. 2473-bis c.c.) del socio privato, riguardo a condotte configurabili, al contempo, come "giusta causa" di risoluzione del contratto di servizio o del patto parasociale collegati.

6.3. Nondimeno, pure la tipologia della società azionaria resta utilizzabile nei PPPI, senza particolari forzature, fatta salva la "speciale" disciplina codicistica delle società a partecipazione pubblica.

Com'è noto, nelle società per azioni che "non fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio", lo statuto può prevedere a favore dell'ente pubblico (la clausola ha senso, ovviamente, se socio di minoranza) il potere di nomina *diretta* – anche extra-assembleare, quindi oltre i limiti dell'art. 2368, comma 1, c.c. – di un certo numero di amministratori o di sindaci o di componenti del consiglio di sorveglianza (o anche del consiglio di gestione, secondo l'interpretazione estensiva che appare preferibile). Il numero dei membri così nominati dovrà essere *proporzionale* alla partecipazione al capitale sociale, secondo il "nuovo" art. 2449 c.c., modificato dall'art. 13, comma 1, l. n. 34/2008 al fine di garantire il rispetto del principio di libertà di circolazione dei capitali: tenendo conto, quindi, sia della composizione numerica degli organi collegiali, sia della concorrenza di eventuali altre regole statutarie poste a tutela delle minoranze azionarie (tipicamente, il c.d. voto di lista).

Tale potere è rafforzato dall'espressa "riserva" di revocabilità che l'art. 2449, comma, 2, c.c. mantiene a favore dell'ente pubblico nominante, sia pure senza chiarire alcuni dubbi applicativi sollevati in passato dalla disposizione, e che dovrebbero trovare allora nello statuto idonea regolazione (basti pensare alla rilevanza della "giusta causa"). Nelle s.p.a. che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio, l'art. 2449, comma, 4, c.c., con una formula discutibile, aggancia invece il potere di nomina diretta del socio pubblico, alternativamente, alla sottoscrizione di idonei "strumenti finanziari partecipativi" o di "azioni di categoria speciale".

Per il resto, l'ampia autonomia statutaria concessa dalla legge di riforma in generale alle s.p.a. dà la possibilità di: (i) spostare a favore dell'assemblea dei soci il baricentro del potere di gestione dell'impresa, prevedendo la necessità di autorizzazione con riferimento a

una serie di atti di “alta amministrazione” (art. 2364, n. 5 c.c.); (ii) nel modello dualistico, rafforzare il consiglio di sorveglianza, prescrivendo l'approvazione da parte di esso delle operazioni strategiche e dei piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione (art. 2409-terdecies c.c.); (iii) disciplinare secondo particolari modalità (voto di lista, designazione in assemblee separate ecc.) la nomina alle cariche sociali (art. 2368, comma 1, c.c.), sempre in seno al procedimento assembleare e senza incidere sul regime ordinario della revoca; (iv) prescrivere particolari requisiti di onorabilità, professionalità o indipendenza per la nomina ad amministratore (art. 2387 c.c.), oltre il livello minimo di referenze richiesto dalla legge (cfr. art. 71, comma 1, lett. f), l. 18-6-2009, n. 69); (v) predisporre un peculiare sistema informativo e di controllo “interno”, prevedendo l'obbligo degli amministratori di elaborare e trasmettere ai soci o al consiglio di sorveglianza i documenti tecnici, economici e contabili più rilevanti, rafforzando quindi l'informazione (e la dialettica) “preassembleare”; (vi) agevolare l'esercizio dei diritti di minoranza, abbassando le soglie del possesso azionario prescritto per richiedere la convocazione dell'assemblea (art. 2367 c.c.), impugnare le delibere assembleari (art. 2377, comma 3, c.c.), avviare il giudizio di responsabilità “per conto” della società (art. 2393-bis c.c.), denunciare fatti e condotte censurabili al collegio sindacale (art. 2408, comma 2, c.c.) o al tribunale (art. 2409 c.c.) o, anche, eliminando le predette soglie legali e perciò “individualizzando” i relativi diritti in capo ai singoli soci, come nelle s.r.l.; (vii) dettare una particolare disciplina dei *quorum* costitutivi e deliberativi assembleari per l'assunzione delle decisioni idonee a incidere sull'equilibrio dei rapporti endo-societari; (viii) prevedere e disciplinare in dettaglio delle particolari cause di scioglimento della società (art. 2484, comma 4, c.c.), in relazione a vicende patologiche del rapporto di servizio o al mancato conseguimento di dati obiettivi economico-impresariali, non potendo operare nella s.p.a. il meccanismo dell'esclusione; (ix) prevedere particolari cause di recesso dalla società mista o di riscatto delle azioni del partner privato, in relazione a possibili sviluppi conflittuali del contratto di servizio nel rapporto con l'ente pubblico, disciplinando la liquidazione della partecipazione del recedente e la gestione transitoria che prelude alla conclusione materiale della *partnership*.

Peraltro, la possibilità di “manipolazione” dello schema legale di ripartizione delle competenze e la severa compressione dell'autonomia dell'organo amministrativo sembra trovare fondamento generale, anche per la s.p.a., nella previsione codicistica della direzione e del coordinamento di società, su base *contrattuale* e *statutaria* (art. 2497-septies c.c.). Questa disposizione, che ha il fine di estendere l'ambito di applicazione della disciplina

dell'eterodirezione anche oltre l'area delle presunzioni d'influenza dominante basate sul controllo partecipativo o contrattuale (artt. 2359 e 2497-sexies c.c.), si presta infatti ad essere interpretata, sul piano sistematico, come disposizione legittimante una speciale autoregolamentazione statutaria della società "eterodiretta", volta a codificarne mediante una serie di regole organizzative peculiari la condizione di *strumentalità* o di *asservimento* al soggetto "dominante": nella specie, all'ente pubblico "affidante" per la realizzazione degli obiettivi del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato. Per converso, potrebbero aversi clausole statutarie che sanciscono l'autonomizzazione e l'indipendenza della società mista, malgrado la situazione di controllo e d'influenza dominante potenziale, delimitando la possibilità d'ingerenza del socio pubblico, con riflessi sul regime della responsabilità, nonché sull'applicazione degli altri segmenti della disciplina dei gruppi di società.

Questi adattamenti statuari del modello legale possono rispondere, di volta in volta, così all'esigenza di salvaguardare e promuovere le specifiche finalità pubbliche perseguite dall'ente locale (in specie, quelle di controllo sui livelli del servizio, sui compiti operativi e sulla corretta gestione aziendale), come a quella di proteggere il socio privato (e con esso lo scopo lucrativo "temperato" o "differenziato") della società a capitale misto dall'attivismo, talora invadente e prepotente, di una P.A. non ancora sufficientemente permeata di "cultura d'impresa"; o al contrario dalla sua inerzia, dal suo disinteresse, dalla arrogante difesa dei suoi privilegi. Si oscilla quindi fra i poli contrapposti del rafforzamento del ruolo e della responsabilità direttiva e di controllo dell'ente pubblico, da un lato, e dell'accentuazione dell'autonomia manageriale della gestione privata, dall'altro (e v. sul problema ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008, § 5.4).

Limitandosi alla ricognizione della disciplina codicistica, deve rilevarsi al riguardo che il nuovo assetto organizzativo della "amministrazione delegata", nelle s.p.a. strutturate secondo il sistema c.d. tradizionale (art. 2381 c.c.), consente una più chiara linea di demarcazione fra la *gestione operativa* della società, affidata agli organi delegati di estrazione "privata", e i compiti di *indirizzo e controllo* riservati all'organo collegiale, in cui la rappresentanza pubblica potrebbe anche essere prevalente, il quale deve "valutare", sulla base dei dati ricevuti, l'adeguatezza del sistema amministrativo e contabile adottato e il generale andamento della gestione.

Nella stessa ottica – e per ragioni, quindi, del tutto diverse da quelle riguardanti le società a capitale pubblico totalitario – l'adozione del sistema dualistico potrà risultare di una certa utilità, allo scopo di consentire all'ente pubblico affidante un ruolo di indirizzo e di controllo (interni) sulla organizzazione e gestione della commessa pubblica, senza però

interferire nella gestione imprenditoriale in modo troppo penetrante. Gli accordi parasociali potrebbero sancire, p.es., la prevalenza degli esponenti pubblici della *partnership* "mista" nel consiglio di sorveglianza e, viceversa, degli esponenti privati, nel consiglio di gestione, anche in mancanza di un'apposita clausola statutaria *ex art. 2449 c.c.* La società per azioni organizzata secondo il modello c.d. dualistico offre, dunque, talune interessanti prospettive di conciliazione fra le diverse "componenti" della società mista: rispetto alle cui (spesso divergenti) istanze, il consiglio di sorveglianza, assommando in sé compiti di indirizzo e di controllo, potrebbe fungere efficacemente da "stanza di compensazione".

Peraltro, il sistema dualistico è adottato nella prassi delle società a partecipazione pubblica, anche al di fuori del settore dei servizi pubblici di rilevanza economia, per meglio realizzare la "separazione" fra le suddette funzioni del consiglio di sorveglianza (nel quale possono sedere, senza rischi di sovrapposizione, anche dirigenti pubblici) e le funzioni di amministrazione attiva, riservate al consiglio di gestione, formato da un ristretto numero di *managers* professionali, espressione del socio privato o comunque formalmente estranei all'ente pubblico affidante.

7. Resta da trattare, infine, il problema dell'applicabilità della nuova disciplina dei "gruppi" alle società a partecipazione pubblica – per quanto qui interessa, non *totalitaria* – costituite per lo *svolgimento in forma privatistica di un'attività amministrativa* ovvero per *la gestione ed erogazione di servizi pubblici* (la distinzione è stata, ancora di recente, ripresa da C. Cost., 1°-8-2008, n. 326, che ha dichiarato, in parte inammissibile, in parte infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto Bersani).

E' emersa da tempo, infatti, qualche perplessità – derivante dalla natura dell'ente che detiene il controllo e dalle finalità di interesse generale istituzionalmente perseguite – in relazione al requisito dell'*interesse imprenditoriale* posto dall'art. 2497 c.c. (e all'asserita esigenza di interpretare tale interesse in senso *soggettivo*, e non soltanto *oggettivo*, al fine di attribuirgli idonea portata selettiva della disciplina applicabile). Essa, tuttavia, se può avere un qualche fondamento con riguardo all'esercizio in forma societaria di un'attività "sostanzialmente amministrativa", non sembra averlo invece per l'esercizio di un'attività economica organizzata, promossa dall'ente pubblico per i suoi scopi (di *acquisizione o erogazione pubblica* di un dato servizio entro un orizzonte temporale pur sempre limitato), mediante una società a capitale pubblico totalitario o prevalente, qual è quella avente ad oggetto la gestione di reti, impianti ecc. ovvero di un servizio pubblico *in house* o in regime di partenariato.

Oggi si deve di certo tener conto della (pur discutibile) disposizione interpretativa introdotta dall'art. 19, comma 6, d.l. 1°-7-2009, n. 78, convertito in legge 3-8-2009, n. 102, secondo cui "*l'articolo 2497, primo comma, del codice civile si interpreta senso che per "enti" si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica e finanziaria*". Le società a partecipazione statale fuoriescono quindi, tendenzialmente, dall'ambito di applicazione della disciplina della "attività di direzione e coordinamento"; mentre vi dovrebbero restare assoggettate le altre società a partecipazione pubblica, controllate dalle Regioni, dagli enti locali e dalle amministrazioni non statali, almeno in relazione alle attività "a rilevanza economica" suscettibili di configurarsi come *impresa*, in ragione della loro potenziale lucratività (anche in senso solamente oggettivo).

In linea di principio, nulla si oppone all'integrale applicazione della disciplina della attività di direzione e del coordinamento, così all'ente pubblico *controllante*, come alla società *controllata*: sia dal punto di vista della *fattispecie* della "eterodirezione", essendo fisiologica, e anzi doverosa l'ingerenza sistematica dell'uno nella vita dell'altra; sia dal punto di vista degli *scopi* sottesi all'introduzione di quelle regole. E ciò anche nei casi in cui si tratti di una società a partecipazione mista pubblico-privata, nella quale siano presenti uno o più "soci tecnici", con una quota minima del 40% (che sembra doversi intendere come *cumulativa*, in presenza di più partner privati), ove si tratti di servizi pubblici locali "di rilevanza economica" (art. 23-bis, comma 2, lett. *b*), d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 d.l. n. 135/2009, convertito in legge n. 166/2009).

La società mista sarà, di norma, controllata "di diritto" dall'ente pubblico affidante; ma, quand'anche la quota di partecipazione del socio (o dei soci) privato(i) dovesse essere superiore al 50%, com'è ben possibile, l'influenza dominante dell'ente pubblico potrebbe configurarsi egualmente sulla base dei "particolari vincoli contrattuali" (art. 2359, n. 3 c.c.) che legano tale società al soggetto pubblico. In questo senso depongono sia la tendenziale coincidenza del rapporto di servizio con l'oggetto sociale statutario, sia la sua essenzialità ai fini della capacità d'impresa e, in definitiva, della stessa sopravvivenza della controllata, sia infine la previsione di poteri negoziali di indirizzo, vigilanza e sanzione, inerenti alla fase esecutiva del contratto di servizio, a favore dell'ente pubblico committente o affidante. La posizione di controllo e d'influenza dominante del soggetto pubblico partecipante sulla società mista strumentale alla *partnership* potrebbe dunque (paradossalmente, anche a dispetto della partecipazione maggioritaria del socio privato), configurare una – sia pur

embrionale – struttura di gruppo, in base alla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497-sexies c.c.).

Semmai, proprio dalla conformazione statutaria della società a partecipazione mista, ove questa sia volta a “neutralizzare” l’influenza dominante del socio di controllo, enfatizzando l’autonomia degli amministratori (ove espressione prevalente di parte privata) ovvero dalla politica di *self-restraint* dell’ente pubblico (sempre che quest'ultimo si limiti effettivamente a una funzione di vigilanza “interna” di stampo tecnico sull’esecuzione della commessa o sulla gestione del servizio affidato) potrebbero derivare elementi idonei a contrastare la presunzione dell’art. 2497-sexies c.c. Ciò, di converso, non sarà possibile, per definizione, là dove sia stata adottata, ai sensi dell’art. 2497-septies c.c., una peculiare regolamentazione statutaria della società medesima volta a formalizzarne e codificarne, mediante apposite regole limitative dell’autonomia dell’organo gestorio e della riservatezza aziendale della controllata, la sua condizione di *strumentalità* al progetto comune e di *asservimento* al soggetto dominante: nella specie, all’ente affidante il servizio pubblico in funzione della realizzazione degli specifici obiettivi del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato.

Il discorso sui presupposti di applicazione della disciplina dei gruppi vale, anzitutto, per norme in materia di *pubblicità* e di *trasparenza* di cui agli artt. 2497-bis e 2497-ter c.c., che mirano a informare e salvaguardare sia i terzi, sia i soci di minoranza, consentendo di impostare correttamente i rapporti infragruppo e, se del caso, di ricostruire *ex post* (ai fini del sindacato giurisdizionale “di validità” e “di responsabilità”) le ragioni delle scelte strategiche e amministrative *influenzate* dalla direzione unitaria. Si tratta di un profilo di notevole importanza per la società a partecipazione mista, la quale ha ad oggetto (*effettivo ed esclusivo*) l’espletamento di un servizio commessogli dallo stesso ente pubblico socio di maggioranza (o dagli enti riuniti in una coalizione di controllo che congiuntamente esercitano l’influenza dominante), giacché l’impiego corretto ed efficiente dello strumento societario, in tale contesto di gruppo, dipende dalle condizioni di “scambio interno” che risultano dall’applicazione delle previsioni del progetto tecnico-economico concordato con il partner privato e dalla politica imprenditoriale perseguita dall’ente controllante.

Ma a conclusioni non diverse deve giungersi per quanto riguarda la responsabilità “da eterodirezione abusiva” (art. 2497 c.c.), nascente in capo al soggetto controllante dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, giacché la natura e la titolarità (pubbliche) dell’interesse che, in concreto, ne ispira la condotta non possono valere a giustificare la sottrazione ai soci di minoranza e ai creditori dalla prevista *tutela*

risarcitoria diretta, tanto più ove l'ente pubblico figuri nella veste di soggetto concorrente nel (o di beneficiario del) comportamento illecito.

Per la verità, sul piano generale, l'elemento della "imprenditorialità" dell'interesse perseguito non presenta una valenza decisiva ai fini dell'imputazione della responsabilità da direzione e coordinamento, essendo necessario soprattutto a verificare – come la dottrina più avvertita ha segnalato – l'operatività della particolare esimente connessa agli eventuali "vantaggi compensativi". A maggior ragione, poi, nella materia dei servizi pubblici, tanto più se "a rilevanza economica", non sembrerebbe ragionevole creare un'area di immunità per gli enti che scelgano di "prendere parte" alla gestione mediante la formula societaria, anziché optare senz'altro per l'appalto esterno o per la concessione.

Ad analoga conclusione sembra doversi giungere anche per quanto riguarda la disciplina del recesso (art. 2497-quater c.c.) e quella dei finanziamenti dei soci (art. 2497-quinquies c.c.) nelle società eterodirette, se si vuole che l'iniziativa pubblica organizzata secondo moduli privatistici si svolga in una cornice di "*corretta gestione societaria e imprenditoriale*" e che il "controllo interno" sulla società mista non decampi nell'abuso di direzione unitaria.

Fabrizio Guerrera
ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Messina

Nota bibliografica

- ABBADESSA P., *Le società miste per i servizi locali: profili organizzativi speciali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, I, Padova, 1997, 1 ss.
- ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008.
- BANCI B., *Nuova s.r.l. e società miste*, in *La nuova s.r.l.*, a cura di Farina e altri, Milano, 2004, 465 ss.
- BONELLI F. - ROLI M., *Procedure di privatizzazione e clausole di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2001, I.
- CARANTA R., *Concessione di opere e servizi*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2000, 240 ss.
- CARIELLO V., in *Le società di capitali*, Commentario diretto da G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, *sub art.* 2497 c.c.
- CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss.
- CARIELLO V., *La pubblicità del gruppo (art. 2497 bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2009, 466 ss.

- CIRENEI M.T., *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. int.*, 2005, I, 41 ss.
- CAVALLO PERIN R., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.
- CINTIOLI F., *I servizi pubblici locali fra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in www.giustamm.it, (2009).
- CLARICH M., *Le società miste a capitale pubblico e privato*, in *Corr. giur.*, 2007, 893 ss.
- COSSU M., *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, I,
- COSTI R., *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 798 ss.
- DEMURO I., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino e altri, Bologna, 2009, 873 ss.
- DI ROSA G., *Il contratto di joint venture*, in *I nuovi contratti*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, XIV, Torino, 2004, 3 ss.
- DOMENICHELLI V., *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002, 311 ss.
- DONATIVI V., *Commento all'art. 2341 bis c.c.*, in *Le società di capitali*, Commentario diretto da G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004.
- FRACCHIA F., *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 250 ss.
- GOISIS F., *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, VI, Milano, 2006, 5600 ss.
- GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842 ss.
- GUERRERA F., *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 681 ss.
- GUERRERA F., *Le modificazioni dell'atto costitutivo - Profili generali*, in *Trattato delle s.r.l.*, diretto da Ibba e Marasà, Padova, 2009, 217 ss.
- IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 22 ss.
- IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.
- IBBA C., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 571 ss.
- INTERNATIONAL TRADE CENTER, *Trade law series- ITC Incorporated Joint Venture Model Agreements*, Ginevra, 2005.
- LORIA E., *Le società pubbliche dopo la legge 69/2009*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 1164 ss.
- *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati*, presentato dalla Commissione CE il 30-4-2004
- LA MARCA E., *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema delle società a capitale interamente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 569 ss.
- LEOZAPPA A.M., *Sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici degli enti locali*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 67 ss.
- LIPARI M., *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. merito*, 2007, 111 ss.
- MUCCIARELLI G., *Profili dell'oggetto sociale nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2006, I, 307 ss.

- NAPOLITANO G., *Le società pubbliche fra vecchie e nuove regole*, in *Riv. soc.* 2006, 999 ss.
- NOTARI M., *Diritti "particolari" dei soci e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Anal. giur. econ.*, 2003, 325 ss.
- OCCHILUPO R., *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 525 ss.
- OECD, *Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises*, 2005.
- OLIVERI L., *Le gare nella riforma dei servizi pubblici locali*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di V. Italia e A. Romano, Milano, 2004.
- OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 157 ss.
- PATRIARCA S., *C'è un futuro per le prestazioni accessorie?*, in *Riv. soc.*, 2003, 330 ss.
- PECORARO C., *Privatizzazione dei diritti di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 947 ss.
- PERFETTI L., *I servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2002, 575 ss.
- ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459 ss.
- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111 ss.
- ROSAPEPE R., *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 479 ss.
- ROSSI F., *La responsabilità degli amministratori delle società "pubbliche"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 521 ss.
- RUOTOLO A. / PUGLIELLI E., *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica*, in *C.N.N. - Studi e materiali*, n. 1/2009, 201 ss.
- SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, IV, t. 10, Torino, 2009.
- SANTOSUOSSO D., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori*, in *RDS*, 2009, 47 ss.
- COCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.
- SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757 ss.
- SCOTTI E., *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 777 ss.
- SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste*, in *house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss.
- VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società fra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, III, Milano, 2007, 831 ss.
- VIGNERI A., *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del d.l. n. 135/2009. Osservazioni*, in www.astrid-online.it, (2009).
- VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003.
- WEIGMANN R., *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, III, t. 3, Milano, 2005.
- ZUCCHETTI A., *Le società di capitali*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di V. Italia e A. Romano, Milano, 2004.