

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 1930

Società a partecipazione pubblica locale e legge Bassanini-*bis*

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 23 giugno 1998

Si è chiesto se sia possibile la partecipazione di un Comune alla costituzione di una società mista in forma di s.r.l. a partecipazione pubblica locale non prevalente.

Va premesso che, per certi aspetti, il problema della partecipazione di enti pubblici territoriali a società miste in forma di società a responsabilità limitata risulta oggi positivamente risolto alla luce delle recenti disposizioni contenute nella legge 15 maggio 1997, n. 127 ("Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo", c.d. "Bassanini *bis*"), il cui art. 17, comma 58, ha modificato l'art. 22, comma 3, lett. e), della legge 8 giugno 1990, n. 142, che ammetteva espressamente solo il ricorso al tipo società per azioni.

Sotto altro profilo, invece, si sono accentuate talune incertezze relative, in particolare, alla possibilità di ricorrere allo schema della società per azioni o a quello società a responsabilità limitata anche nel caso in cui la partecipazione pubblica non sia prevalente.

1. Cenni sulle società a partecipazione pubblica locale disciplinate dalle leggi 142/1990 e 498/1992

Giova qui richiamare, anzitutto, l'originaria formulazione dell'art. 22, comma 3, lett. e) della legge 142/1990 il quale disponeva che "i comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: ...e) a mezzo di società per azio-

ni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati”.

Viene poi in considerazione l'art. 12, comma 1, della legge 498/1992, per il quale “le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrano, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi di programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'articolo 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato”.

Con la prima di queste norme, si è detto che il legislatore ha voluto riconoscere espressamente la possibilità per gli enti locali di adottare la forma societaria per la gestione dei servizi pubblici e quindi di ricorrere a *partners*, pubblici o privati per reperire i capitali necessari, a condizione che la maggioranza del capitale resti in mano al comune o alla provincia. E si è parlato, al riguardo di “privatizzazione formale”, che si ha quando l'ente pubblico adotta degli strumenti privatistici per la gestione di un'attività prima esercitata sotto forme pubblicistiche¹.

Con l'art. 12 della legge 498/1992, eliminandosi il requisito della prevalente partecipazione pubblica locale si sarebbe invece passati alla c.d. “privatizzazione sostanziale”, che si ha quando l'ente cessa di esercitare direttamente l'attività, dismettendola in favore di soggetti privati.

Prima dell'entrata in vigore delle citate disposizioni, ed in assenza di una disciplina organica in tema di società a partecipazione pubblica locale², non si erano

¹ La distinzione fra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale si trova in N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1993, I, 473. Per queste indicazioni, ; M. NICOTRA, *L'oggetto sociale delle società di capitali a partecipazione comunale: servizio pubblico o attività imprenditoriale?*, in *Riv. Not.*, 1997, 205.

² Un primo riscontro legislativo è rinvenibile già nel T.U. sulla Finanza Locale (R.D. 3 marzo 1934, n. 383, artt. 99 - 101), nel quale si prevede la possibilità per gli enti locali di detenere partecipazioni “industriali”, che possono derivare da destinazioni ereditarie, pubblicizzazione di società esercenti servizi, ecc. Possono inoltre essere richiamati: l'art. 6 del D.P.R. 19 giugno 1979, n. 421, che ricomprende tra le spe-

sollevati – anche in sede di omologazione - specifici problemi in ordine alla possibilità per gli enti pubblici territoriali di costituire o partecipare a società di capitali, essendo prevalente l'orientamento favorevole³. Tale possibilità deriva, infatti, dal principio della capacità generale degli enti pubblici locali, principio stabilito dall'art. 11 c.c.⁴, a norma del quale "le province e i comuni, nonché gli enti pubblici ricono-

se in conto capitale dei comuni e delle province le partite che attengono alle partecipazioni azionarie ed ai conferimenti; l'art. 2, n. 12, della legge 23 aprile 1981, n. 154, che dichiara non eleggibili a consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale i legali rappresentanti di società per azioni con capitale maggioritario, rispettivamente della regione, della provincia e del comune; l'art. 9 *bis* del D.L. 1 luglio 1986, n. 318, convertito dalla legge 9 agosto 1986, n. 488, che autorizza le s.p.a con partecipazione comunale che gestiscono pubblici servizi a contrarre mutui con la cassa depositi e prestiti e con determinati istituti di credito. Sul punto R.G. BARRESI, *Costituzione di società mista in forma diversa dalla s.p.a.*, in *Notariato*, 1997, 554, in nt. 4. Per altre indicazioni, M. MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987. Non può, infine, non richiamarsi l'art. 2458 c.c., il quale attribuisce la facoltà allo Stato e agli enti pubblici aventi partecipazione in una società per azioni di nominare, in base ad espressa previsione dell'atto costitutivo della società, uno o più amministratori e sindaci.

³ Orientamento che tuttavia risulta essersi suddiviso in due posizioni. Secondo la prima opinione, certamente più liberale e rispondente all'affermazione della capacità dell'ente di diritto pubblico di far ricorso allo strumento privatistico, "la capacità negoziale dei Comuni, ivi compresa quella di costituire società per azioni a partecipazione comunale, ha carattere generale e non può essere esclusa, salvo specifiche disposizioni, neppure per attività istituzionali, come il trasporto pubblico, fermo restando l'obbligo per il Comune di specificare le ragioni di pubblico interesse che fanno ritenere vantaggiosa l'istituzione di una società per azioni" (Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818, in *Giur. it.*, 1989, III, I, c. 87). Secondo altro orientamento, invece, che pone come prioritaria l'esigenza che non si deroghi alle forme di gestione di natura pubblicistica e alle connesse garanzie, "la capacità di diritto privato dei comuni si estende anche alla facoltà di promuovere la costituzione di società per azioni, salvi i limiti preordinati – anche in relazione alla scelta dei soci – ad evitare la violazione o l'elusione dei procedimenti amministrativi e dei vincoli posti agli enti pubblici a garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa, fra cui principalmente il divieto di riserva per la concessione dei beni, appalto di servizi o di opere pubbliche, per il cui espletamento devono essere utilizzate ordinarie procedure" (Tar Puglia, sez. I, 16 dicembre 1989, n. 581, in *Foro it.*, 1991, III, 271). Per queste indicazioni, V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, 10.

⁴ Secondo parte della dottrina (F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *artt. 11-42*, Bologna – Roma, 1969, 117ss.), la norma citata avrebbe comunque una portata limitata, potendo essere invocata solo laddove non vi sia una disposizione speciale di diritto pubblico che regoli la struttura ed il funzionamento dell'ente pubblico. Ciò non toglie tuttavia, che l'ambito di applicazione dell'art. 11 – e, dunque, la capacità di diritto privato degli enti pubblici locali – sia quanto mai vasto, tanto che l'espressa limitazione di tale capacità sia da considerare come fatto eccezionale (S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 150; in tal senso anche Cass. 10 gennaio 1979, n. 158, in *Giur. Comm.*, 1979, II, 1031). In generale sulle società a partecipazione pubblica si veda anche M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato*

sciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico"⁵, norma dalla quale si può ricavare, *a contrario*, che, ove non vi sia alcuna disposizione pubblica speciale, la disciplina applicabile agli enti in questione è quella del codice civile⁶.

Tant'è che – già prima dell'entrata in vigore della legge 142/1990 – il fenomeno delle società di capitali a partecipazione pubblica locale ha avuto un importante sviluppo⁷.

L'espressa previsione di una regolamentazione, peraltro relativa solamente alla gestione dei servizi pubblici, per le società miste, pare avere in qualche modo limitato la capacità di diritto privato degli enti locali a costituire o partecipare ad organismi societari, in quanto vi si prevede esclusivamente il ricorso al tipo società per azioni.

Risulterebbe quindi esclusa la possibilità per comuni e provincie di costituire o partecipare a società a responsabilità limitata per la gestione dei servizi pubblici.

In verità questa affermazione parrebbe essere contraddetta, in primo luogo, dalla formulazione dell'art. 32 della legge 142/1990 che, nel definire le competenze dei consigli comunali e provinciali, stabilisce che detti consigli "hanno la competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: ...f) l'assunzione diretta dei pubblici servizi, la costituzione di istituzioni e di aziende speciali, la concessione dei pubblici servizi, la partecipazione dell'ente locale a società di capitali, l'affidamento di attività o servizi mediante concessione", dove il riferimento alla generica nozione di "società di capitali" vale a ricomprendervi non solo il tipo società per azioni⁸, ma anche quello della società a responsabilità limitata. Questa affermazione non sarebbe comunque di per sé decisiva ove non fosse confermata da alcune norme successive, quali l'art. 49 del D.lgs 25 febbraio 1995, n. 77, che – nel disciplinare l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali – ribadisce, a proposito delle fidejussioni per mutui e prestiti contratti da comuni, provincie e città metropolitane, il medesimo concetto di "società di capitali", per indicare quelle costituite a norma dell'art. 22,

delle società per azioni, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 8, *Società di diritto speciale*, Torino, 1992.

⁵ Sul punto, in particolare V. BUONOCORE, *op. cit.*, 9 ss.; G. CABRAS, *Società a partecipazione comunale solo in forma azionaria?*, in *Società*, 1996, 1293 ss..

⁶ G. ROMAGNOLI, *Brevi considerazioni sulle società di capitali a partecipazioni comunali dopo l'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990 n. 142*, in *Foro pad.*, 1991, II, 112.

⁷ G. CABRAS, *op. cit.*, 1294, nt. 4, che richiama l'indagine compiuta nel 1991 dalla Sezione Enti Locali della Corte dei Conti, all'esito della quale risultavano costituite 281 società, di cui 258 in forma di s.p.a., e 23 in forma di s.r.l., peraltro regolarmente omologate.

⁸ Sul punto G. CABRAS, *op. cit.*, 1295.

lettera e), della legge 142/1990; o anche – sebbene con riferimento a disciplina particolare – l’art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362, che, in tema di farmacie di cui sono titolari i comuni, stabilisce che queste possano essere gestite, ai sensi della legge 142/1990 a mezzo di “società di capitali” costituite fra il comune ed i farmacisti.

In sostanza l’argomento letterale, fondato sulla menzione della sola “società per azioni” quale schema societario cui l’ente locale può ricorrere per la gestione dei servizi, contenuto nell’art. 22, lett. e) della legge 142/1990 e ribadito, come subito si vedrà, dalla legge 498/1992, art. 12, non può risultare decisivo, in considerazione del fatto che il legislatore, in altre occasioni e nella stessa legge 142/1990 art. 32, utilizza poi la definizione generica di “società di capitali” proprio con riferimento alle società a partecipazione pubblica locale.

Questo risulta essere, peraltro, l’orientamento del Consiglio di Stato⁹ che, chiamato ad esprimere il proprio parere sul punto su quesito del Ministero dell’Interno, ebbe ad affermare che – fermo restando il requisito della prevalenza della partecipazione pubblica nel capitale sociale – “non si ravvisa alcuna diversità apprezzabile, da questo punto di vista, fra la formula della società per azioni e quella della società a responsabilità limitata”, concludendo pertanto nel senso che l’espressione società per azioni non è stata usata dal legislatore in senso stretto e tassativo, ma come genericamente indicativa di varie forme di società di capitali, compresa quella a responsabilità limitata¹⁰.

E, tuttavia, allorché il problema si è posto in sede di giurisprudenza onoraria, l’argomento letterale è stato utilizzato proprio per negare la omologabilità di atti costitutivi di s.r.l. a partecipazione pubblica locale¹¹.

Oltre all’argomento letterale, ne è stato poi invocato un altro, di carattere sostanziale, che si ravvisa nelle minori garanzie che, dal punto di vista strutturale,

⁹ Consiglio di Stato, parere del 2 dicembre 1992, n. 2685/92, in *Cons. Stato*, 1994, I, 284.

¹⁰ In dottrina si esprimono in tal senso: CABRAS, *op. cit.*, 1293 ss.; BARRESI, *op. cit.*, 553; NICOTRA, *op. cit.*, 203 ss.; F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e “privatizzazione dei servizi”: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. It.*, 1991, IV, 248 ss.; D. RESTA, *Il ricorso alla S.p.a. per la gestione dei pubblici servizi da parte degli enti locali*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1680; P. M. VIPIANA, *In tema di società a partecipazione pubblica locale*, in *Dir. ec.*, 1992, 369

¹¹ E’ il caso dell’Agenzia per la promozione della candidatura olimpica Roma 2004 s.r.l., costituita dal Comune di Roma (51% delle quote), dalla locale Camera di commercio (45%) e da altro soggetto (4%), il cui atto costitutivo è stato dichiarato non omologabile dal Tribunale di Roma con decreto 11 aprile 1996, e, successivamente, dalla di Appello di Roma, con decreto 8 giugno 1996. Entrambi i provvedimenti in *Riv. Not.*, 1997, 201 ss., con nota di M. NICOTRA, *cit.*; in *Vita not.*, 1997, 361 ss.; in *Notariato*, 1997, 551 ss., con nota di BARRESI, *cit.*; in *Società*, 1996, 1291 ss., con nota di CABRAS, *cit.*

fornirebbe lo schema della s.r.l. rispetto a quello della s.p.a.. La s.r.l. non è, infatti, istituzionalmente dotata di alcune peculiarità proprie della s.p.a. che sono state giudicate rilevanti per le finalità delle società miste: la spersonalizzazione delle partecipazioni, l'obbligatorietà del collegio sindacale, la necessaria plurilateralità nell'atto costitutivo, il capitale sociale minimo più elevato. E, tuttavia, tali obiezioni sono state considerate, almeno in parte, superabili poiché, per quanto concerne il collegio sindacale, questo può essere previsto come obbligatorio dallo statuto della s.r.l.; per quanto attiene alla unipersonalità, questa è solo eventuale nella s.r.l. e, almeno nella fase successiva alla costituzione, può verificarsi anche nella s.p.a.¹².

2. Le modificazioni introdotte dalla legge 127/1997

Nella sua attuale formulazione, l'art. 22, comma 3, della legge 142/1990, come modificato dalla legge 127/1997, dispone che "i comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: ...e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati".

In virtù delle modifiche introdotte all'art. 22, lett. e) della legge 142/1990, dalla legge 15 maggio 1997, n. 127, risulta oggi positivamente ammessa la costituzione di s.r.l. da parte degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici.

Invero, la norma, lungi dall'aver definitivamente dipanato i dubbi in materia, li ha in un certo modo esasperati, forse in conseguenza di una tecnica di legislazione alquanto imprecisa.

La lettura del nuovo testo dell'art. 22 cit., infatti, crea diversi problemi interpretativi.

Il tutto deriva dall'espressa riproduzione, nel corpo della norma, dell'inciso "a prevalente capitale pubblico locale", dalla quale potrebbero farsi derivare conseguenze diverse, sulla base della successione nel tempo delle diverse norme, qui brevemente riassunte:

- a) art. 22 lett. e) L. 142/1990, nella sua formulazione originale, che prevede la possibilità per comuni e province di costituire s.p.a. a prevalente partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici;

¹² Sul punto, CABRAS, *op. cit.*, 1295.

b) art. 12 L. 498/1992, che ammette il ricorso alla forma della s.p.a. anche senza il vincolo della proprietà maggioritaria, ampliando l'ambito di applicazione della norma, oltre che all'esercizio dei servizi pubblici, alla realizzazione delle infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico;

c) art. 22, comma 3, lett. e) L. 142/1990 nella sua nuova formulazione, che prevede la possibilità per comuni e provincie di gestire i servizi pubblici anche " a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio".

Non risulta, viceversa, modificato dalla legge Bassanini l'art. 12 legge 498/1992.

Può allora prospettarsi una prima soluzione che tenga in qualche modo in considerazione la diversità dell'ambito di applicazione – delineatasi con le modificazioni introdotte dalla legge Bassanini – fra l'art. 22 della legge 142/1990 e l'art. 12 della legge 498/1992.

Quest'ultimo, infatti, ove si escluda la possibilità di una sua implicita abrogazione da parte della legge Bassanini – andrebbe a riferirsi alle sole società per azioni, che quindi potrebbero essere partecipate dall'ente locale senza il vincolo della proprietà maggioritaria, e per le quali, peraltro, troverebbero applicazione le disposizioni relative alle procedure per la scelta del partner privato.

La seconda parte del comma 1 dell'art. 12 della legge 498/1992 dispone, infatti, che "gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica". Nell'art. 12 è inoltre prevista una delega al Governo ad adottare un decreto legislativo che disciplini, fra l'altro, l'entità del capitale sociale della costituenda s.p.a. e la misura minima di partecipazione dell'ente locale al capitale sociale (art. 12, comma 2)¹³.

¹³ A tale riguardo si veda anche l'art. 4 del D.L. 31 gennaio 1995, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 marzo 1995, n. 95 (Disposizioni urgenti per la ripresa delle attività imprenditoriali), che ribadisce l'esigenza di adottare il regolamento per completare la normativa sulle s.p.a. a partecipazione pubblica locale non prevalente.

Vi ha fatto seguito, con un certo ritardo, il D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, (Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali)¹⁴.

Nel D.P.R. 533/1996 si prevede (art. 1):

- che la costituzione delle s.p.a. di cui all'art. 12 della legge 498/1992 (manca ogni esplicito riferimento alla legge 142/1990) è promossa da uno o più enti locali e che di tali società possono essere soci le regioni, altre amministrazioni pubbliche, anche statali e società a partecipazione pubblica;

- che il capitale sociale delle società non può essere inferiore a un miliardo di lire;

- che la partecipazione dell'ente locale alla società non può in ogni caso essere inferiore ad un quinto del capitale¹⁵;

- che la partecipazione azionaria di maggioranza, non inferiore al 51%, è assunta da imprenditori individuali o da società, singolarmente o raggruppati per lo scopo, e che il socio privato di maggioranza è scelto dall'ente o dagli enti promotori mediante procedura concorsuale ristretta, assimilata all'appalto concorso di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e disciplinata dagli artt. 2 e ss. del D.P.R. 533/1996;

- che, in ogni caso è riservata all'azionariato diffuso una quota determinata del capitale sociale.

In sostanza le s.p.a. a partecipazione pubblica locale non prevalente hanno una loro disciplina speciale che le distingue profondamente dalle altre, a cominciare dalla determinazione del capitale minimo¹⁶. Le norme che regolano questo tipo di società sono fortemente caratterizzate dalla finalità di assicurare all'ente locale - che per motivi di "cassa" deve rinunciare almeno in parte alla gestione diretta del servizio pubblico - idonee garanzie affinché l'ente stesso possa comunque avere un peso determinante nelle decisioni della società. Ed in tal senso si può leggere l'art.

¹⁴ Per un commento al D.P.R. 533/1996, G. ROMAGNOLI, *Regolamento sulle società miste per lo svolgimento di servizi pubblici*, in *Società*, 1997, 91 ss.; P. CREA, *Il regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*, in *Riv. Amm.*, 1996, II, 989 ss..

¹⁵ L'aver individuato un capitale sociale così elevato, nonché la misura della partecipazione minima dell'ente pubblico pari ad almeno un quinto del capitale, potrebbero essere indice della volontà del legislatore di ammettere il ricorso a tali società solo per servizi pubblici di notevole rilevanza, ed inoltre di non esautorare dal potere di decisione l'ente locale.

¹⁶ Ritiene invece estensibili anche alle società ex art. 22 L. 142/1990 le norme del D.P.R. 533/1996 CREA, *op. cit.*, 990.

12 della legge 498/1992 laddove dispone che "l'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci", confermato dal comma 2 dell'art. 4 del D.P.R. 533/1996¹⁷.

Si potrebbe allora pervenire alla seguente conclusione. La legge Bassanini, nel modificare l'art. 22 della legge 142/1990, ha inteso solamente allargare la possibilità di gestire i servizi pubblici attraverso il tipo societario della s.r.l..

Di conseguenza l'ente locale che voglia ricorrere allo strumento societario per la gestione dei servizi pubblici potrà farlo, con una partecipazione al capitale sociale prevalente o non prevalente.

Nel primo caso si potrà scegliere fra le forme societarie della s.p.a. e della s.r.l.; nel secondo caso, invece, dovrà ricorrere allo schema della s.p.a., rispettando peraltro tutte le condizioni (capitale sociale minimo di un miliardo, partecipazione al capitale non inferiore ad un quinto, procedure di evidenza pubblica per la scelta dei *partners* privati, ecc.) stabilite dal D.P.R. 533/1996¹⁸.

Tale soluzione sembrerebbe più rispondente sia alla complessiva ricostruzione del sistema, sia alla spinta verso l'allargamento degli ambiti delle privatizzazioni¹⁹.

¹⁷ "L'atto costitutivo prevede che la nomina di almeno un componente del consiglio di amministrazione, dell'eventuale comitato esecutivo e del collegio dei revisori, sia riservata all'ente o agli enti pubblici promotori" (art. 4, comma 2, D.P.R. 533/1996).

¹⁸ Con il D.P.R. 533/1996 si sono precisate le condizioni per la costituzione di società a partecipazione pubblica locale non prevalente, dalle quali emerge la volontà del legislatore di ammettere la c.d. "privatizzazione sostanziale" per la gestione di servizi pubblici di particolare rilevanza. Si immagina una struttura societaria di una certa importanza (capitale sociale minimo di un miliardo) per cui si favorisce il ricorso al partner privato proprio per poter usufruire di mezzi finanziari che altrimenti sarebbero di difficile reperimento. Al contempo si mantiene comunque una notevole ingerenza dell'ente locale nella gestione della società, attraverso la previsione di una quota minima di partecipazione (un quinto del capitale sociale), che può risultare anche decisiva nella politica societaria. In sostanza, il ricorso alla s.p.a. a partecipazione pubblica locale non prevalente assume, per così dire, il carattere di eccezionalità, ed allora si rinuncia parzialmente al potere di gestione da parte dell'ente pubblico. Inoltre, la forma della s.p.a. assicura, attraverso il sistema delle azioni, si realizza una spersonalizzazione nelle partecipazioni e, dunque, si assicura una più facile collocazione sul mercato di queste.

¹⁹ Il disegno di legge 1388, nel ridisegnare il contenuto dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, prevede anzitutto la individuazione *ex lege* dei servizi pubblici riservati in esclusiva a comuni, province ed altri enti locali, i quali possono limitarsi a svolgere attività regolative o possono svolgere direttamente attività di erogazione di servizi pubblici. Questi possono essere erogati tanto da soggetti pubblici quanto da soggetti privati. La scelta della forma di gestione è deliberata, per i servizi a rilevanza economica ed imprenditoriale, previo confronto tra la costituzione di società miste, l'affidamento della gestione a privati, la costituzione di aziende pubbliche locali. Le società miste possono assumere la forma della s.p.a. o della s.r.l. con partecipazione di più soggetti privati, previa procedura concorrenziale di selezione di que-

Secondo altra interpretazione, invece, l'inciso "a prevalente capitale pubblico locale" potrebbe indurre a ritenere che si sia voluto ritornare, tanto per l'uno quanto per l'altro tipo societario, al concetto di "privatizzazione formale", laddove la maggioranza del capitale – o quanto meno la parte prevalente di esso – deve appartenere all'ente locale. Ciò, in conseguenza del principio della successione delle leggi nel tempo, che potrebbe aver comportato una implicita abrogazione dell'art. 12 L. 498/1992, che ammetteva la deroga alla prevalenza del capitale pubblico locale. Le due norme, infatti, vanno lette insieme, nel senso che, come ha affermato la dottrina prevalente²⁰, l'art. 12 della legge 498/1992 avrebbe modificato – quanto alla determinazione della partecipazione pubblica locale – l'art. 22 della legge 142/1990. L'espresso richiamo alla prevalenza della partecipazione pubblica locale, contenuto nella "Bassanini *bis*" andrebbe letto come abrogazione dell'art. 12²¹.

Si tratta di soluzione che, di là dalle conseguenze politiche, non appare pienamente conforme a quello che è lo spirito della legislazione attuale, tutta volta a realizzare con adeguati strumenti l'esigenza di privatizzare – entro certi limiti – i servizi pubblici. E, tuttavia, è soluzione che trova un certo conforto nel dato normativo, in mancanza di un elemento testuale che, nella nuova formulazione dell'art. 22

sti ultimi, o di soggetti pubblici, controllata dall'ente locale ai sensi dell'art. 2359 c.c.; in alternativa è prevista l'assunzione da parte dell'ente locale di una partecipazione di controllo in queste società.

²⁰ V. BUONOCORE, *op. cit.*, 16; F. FARALDI, *L'azienda speciale e le società a partecipazione comunale*, in *Nuova Rass.*, 1995, 1291; G. CABRAS, *Scelta dei soci privati nelle società a prevalente capitale pubblico locale*, in *Società*, 1996, 48; C.F. GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 1001; P. PIRAS, *Le società per azioni a partecipazione comunale*, in *Riv. Amm.*, 1995, 534; P. CREA, *op. cit.*, 989 ss.; T. M. GAMALERO, *Società miste per la gestione dei servizi pubblici: le innovazioni normative dopo la recente riforma*, in *Nuova Rass.*, 1993, 518; M. BASSANI, *La gestione dei servizi municipalizzati per il tramite di società a capitale misto*, in *Nuova Rass.*, 1994, 101; F. VANNI-CELLI, *La disciplina delle s.p.a. miste*, in *Riv. Amm.*, 1992, 1624. Per quanto, infatti, lo scopo per il quale il comune e la provincia possano costituire società miste ai sensi dell'art. 12 della legge 498/1992 sia stato esteso, dall'esercizio di servizi pubblici, anche alla realizzazione delle opere e necessarie al corretto svolgimento del servizio ed alla realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, non v'è dubbio che l'ambito applicativo della norma non sia diverso da quello dell'art. 22 lett. e) della legge 142/1990, che prevede il ricorso alle s.p.a. miste per la gestione dei servizi pubblici.

²¹ Perviene sostanzialmente a queste conclusioni M. TIVELLI, *I pubblici servizi*, in (a cura di) V. ITALIA, *Lo snellimento dell'attività amministrativa*, Milano, 1997, 302-303, il quale tuttavia afferma che non è mai stato emanato il regolamento in attuazione dell'art. 12 della legge 498/1992, in realtà rappresentato dal D.P.R. 533/1996.

della legge 142/1990, possa far propendere per l'attuale vigenza dell'art. 12 della legge 498/1992²².

Si è dunque in presenza di una vera e propria antinomia, frutto – come si diceva – di una tecnica legislativa certamente criticabile, come dimostra lo stesso art. 17, comma 48, la legge Bassanini, laddove, nel modificare l'art. 3, comma 69, della legge 549/1995, richiama espressamente l'art. 12 della legge 498/1992²³.

In sostanza, l'alto tasso di problematicità della questione non consente di dare soluzioni univoche ed appaganti, nell'uno o nell'altro senso anche se, almeno sotto il profilo operativo, è certamente consigliabile la soluzione più prudentiale che esclude la possibilità del ricorso a società di capitali a partecipazione pubblica locale non prevalente per la gestione dei servizi pubblici²⁴.

3. Ricorso da parte dell'ente locale allo schema della società a responsabilità limitata.

Da quanto sopra precisato sembra doversi escludere la possibilità per l'ente locale di ricorrere al tipo società per azioni e società a responsabilità limitata per la gestione di servizi pubblici ove la partecipazione pubblica locale al capitale sociale non sia prevalente.

Ciò premesso, resta comunque da chiarire se, al di fuori dell'ipotesi di gestione di servizi pubblici, possano essere costituite s.p.a o s.r.l. comunali o provinciali senza il vincolo della proprietà maggioritaria.

Al riguardo va precisato che, sulla base dei principi sopra richiamati, quando si è fuori dall'ambito di applicazione delle leggi 142/1990 e 498/1992, non possono esservi dubbi sulla astratta capacità di questi enti a dar vita a strutture societarie, nelle quali la loro partecipazione può essere maggioritaria o minoritaria. Tuttavia, è

²² Tale sarebbe potuto essere, ad esempio, l'inserimento di una virgola nel testo, in guisa da far risultare la norma del seguente tenore: " ...e) a mezzo di società per azioni, o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati".

²³ Si potrebbe allora considerare ancora vigente l'art. 12 della legge 498/1992 dal cui testo verrebbe però espunto il riferimento alla non prevalenza del capitale pubblico. Il che, tuttavia, pare francamente assurdo, poiché – come si è visto – stante l'identità di ambito applicativo della disposizione in questione con la legge 142/1990 (ove si consideri abrogato anche il D.P.R. 533/1996) – l'art. 12 della legge 498/1992 verrebbe a risultare come un inutile doppione dell'art. 22 L.142/1990; ed allora il riferimento contenuto dal comma 48 dell'art. 17 della Bassanini avrebbe dovuto essere non all'art. 12 L.498/1992 ma all'art. 22 L. 142/1990.

²⁴ Anche in considerazione dei precedenti nella giurisprudenza onoraria, citati in nota 11.

bene precisare che tale capacità è piena solo ove l'attività da svolgersi prevista nell'oggetto sociale non corrisponda ad un servizio pubblico alla stregua delle disposizioni sopra richiamate.

E' necessario dunque fare qualche breve cenno al concetto "servizio pubblico" secondo la legge 142/1990, concetto che, alla luce di quanto dispone l'art. 22, è quanto mai ampio e non si esaurisce in una indicazione tassativa delle attività qualificabili come servizio pubblico.

Il comma 1 dell'art. 22 della legge citata fa riferimento alla "produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali", con ciò volendosi spaziare dalle attività di tipo economico ad attività che tali non possono essere definite, come l'assistenza, la tutela dell'ambiente, le attività culturali e ricreative in genere; il che risulta confermato dal comma 3, lett. d), con l'esplicito riferimento ai servizi sociali. Ad ulteriore riprova di questo assunto il comma 2 dell'art. 22 stabilisce che sia la legge ad individuare quali servizi pubblici spettino in via esclusiva ai comuni ed alle province, per cui se ne può desumere che oltre a questi "riservati", sussista una gamma indefinibile di servizi assumibili dall'ente locale²⁵.

Si può in definitiva affermare che l'individuazione dei servizi pubblici, laddove non sia operata dal legislatore statale, sia riconducibile alla valutazione discrezionale dell'ente locale che, anche attraverso tali competenze, vede accrescere la propria autonomia²⁶ e che da semplice erogatore dei servizi, si è trasformato in interprete dei bisogni e delle esigenze della collettività di cui è esponenziale²⁷.

Risulta, pertanto, difficile distinguere in astratto ciò che è "servizio pubblico" da ciò che non lo è, anche se un criterio di valutazione utile può essere individuato oltre che nella mancanza del carattere intrinsecamente pubblicistico dell'attività che si va a svolgere, soprattutto sulla base del confronto con le disposizioni contenute negli statuti comunali.

4. Conclusioni

²⁵ C. MIGNONE – P. VIPIANA- P.M. VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, I, Torino, 1993, 175, per i quali non v'è dubbio che la nuova disciplina abbia notevolmente dilatato il concetto di servizio pubblico. Per un raffronto rispetto al T.U. del 1934, P. VIRGA, *L'amministrazione locale*, Milano, 1991, 311. Secondo la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994, sono servizi pubblici quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza, all'istruzione e alla libertà di comunicazione, alla sicurezza della persona, alla libertà di circolare e quelli di erogazione di energia elettrica acqua e gas.

²⁶ GAMALERO, *op. cit.*, 519.

²⁷ RESTA, *op. cit.*, 1678.

Da quanto sopra affermato emerge che la legge Bassanini – nel modificare l'art. 22 lett. e) della legge 142/1990 – ha consentito che gli enti locali possano gestire i servizi pubblici: a) nella forma di s.p.a. miste a partecipazione pubblica locale prevalente; b) nella forma di s.r.l. a partecipazione pubblica locale prevalente. Sembra doversi a questo punto escludere la possibilità per l'ente locale di ricorrere allo schema della s.p.a. a partecipazione pubblica locale non prevalente, rispettando le condizioni stabilite dall'art. 12 della legge 498/1992 e dal D.P.R. 533/1996, in quanto tali norme sarebbero state implicitamente abrogate dalla legge 127/1997.

Va in ogni caso esclusa, allo stato attuale, la possibilità di costituire s.r.l. miste a partecipazione pubblica locale non prevalente per la gestione di servizi pubblici, mentre nulla vieta che l'ente locale possa partecipare o costituire siffatta società quando l'oggetto sociale non sia costituito dall'esercizio di un servizio pubblico.

Antonio Ruotolo

(Riproduzione riservata)