

Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*

di Mario P. Chiti

Le maggiori criticità

E' valutazione largamente condivisa che la vigente disciplina delle società pubbliche sia inadeguata; ma langue una seria discussione per il generale riordino della materia, per quanto, oltre alla diffuse critiche alla situazione in essere, si susseguano interventi normativi e importanti casi giurisprudenziali nazionali e comunitari.

Bene ha deciso, dunque, Assonime per riaccendere l'attenzione sulla questione con il Rapporto sui "Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche" (Roma, settembre 2008). Il Rapporto nella prima parte individua in modo puntuale i principali nodi giuridici della materia, e, nella seconda, propone iniziative riformatrici – del tutto condivisibili, per le ragioni di cui si dirà – finalizzate a due principali obiettivi: combinare al meglio il perseguimento degli obiettivi pubblici con l'efficiente gestione societaria; consentire alle imprese partecipate di operare sul mercato in condizioni di parità con le imprese private; senza ingiustificate penalizzazioni.

Tra le molte questioni che caratterizzano negativamente il tema in esame, quattro appaiono principali: il disordine regolativo; il prevalente approccio unitario ad una categoria di soggetti giuridici che omogenea non è; l'inattuazione delle più innovative riforme tentate; una giurisprudenza erratica e talora contraddittoria.

Il disordine regolativo

Circa lo stato della normativa sulle società pubbliche, è più diffusa la critica sull'eccesso di regolamentazione che quella sul suo disordine. In verità, ammessa pacificamente la grande quantità di norme applicabili, per tale aspetto la posizione delle società pubbliche non si discosta da ciò che si può riscontrare per quasi tutte le altre problematiche di rilievo. La "nomorrea" è così diffusa da rendere difficile parlarne ancora in termini di eccezionalità o di patologia; e, del resto, la situazione non è molto diversa negli altri ordinamenti paragonabili all'italiano.

Ciò che rende inaccettabile la presente situazione è, più che l'eccesso di norme, il loro disordine formale e sostanziale. La disciplina delle società miste muta continuamente e manca tra le tante norme applicabili qualsivoglia filo rosso, elemento di coerenza.

Per la mutevolezza della disciplina, ovvia fonte di incertezza del diritto, basti il solo esempio ai limiti (o forse oltre) del credibile. La legge n. 69/2009, pubblicata nel giugno 2009, aveva rinviato all'ultimo momento il termine per la revisione delle partecipazioni pubbliche, previsto dalla legge n. 244/2007 (art. 3, c. 29) al 30 giugno 2009. Ma, immediatamente dopo la pubblicazione della legge, il d.l. n. 78 del 1° luglio 2009 ha riportato detto termine a ben più immediata scadenza (30 settembre 2009); inoltre ha sanzionato l'eventuale inosservanza quale responsabilità erariale.

Per quanto attiene l'incoerenza della disciplina, è noto che non esiste uno "statuto" generale delle società pubbliche e che sono assai diverse le finalità delle leggi in materia.

Si consideri che un buon numero di leggi incentiva, in modi vari, le società miste. Tale risulta, ad esempio, la disciplina prevista dal testo unico enti locali (d.lgs. n. 267/2000), art. 113, come più volte modificato, per il caso dei servizi pubblici locali. Ma un altro indirizzo normativo è orientato all'opposto, limitandone il ruolo vuoi per l'ambito oggettivo di azione (oggetto sociale), vuoi per l'ambito territoriale di riferimento (es. l'art. 13 del d. lgs. n. 223/2006, decreto Bersani, convertito in legge n. 248/2006; poi modificato dall'art. 1, c. 720, l. n. 296/2007, legge

* Relazione al Convegno su "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina", Luiss-Assonime, Roma, Luiss, 14 maggio 2009. Il testo è aggiornato al 13 luglio 2009.

finanziaria 2008; uscito indenne dal vaglio di costituzionalità: cfr. sentenza Corte cost. n. 326/2008); vuoi ancora per “amministrativizzare” il fenomeno dell’*in house providing*, considerato decisione organizzativa del tutto interna all’amministrazione. Esiste poi un terzo indirizzo – particolarmente rilevante nel recente periodo (es. art. 1, c. 729, della legge n. 296/2006; art. 19 del d.l. n. 78/2009) – che, senza prendere posizione sul tema di fondo, prevede criteri di razionalizzazione di queste società per assicurare un modello organizzativo più snello possibile (riduzione del numero massimo dei componenti degli organi di amministrazione; concentrazione di funzioni nella figura del presidente; limiti alla delega di compiti amministrativi; ecc.) e per contenere la spesa pubblica (riduzione dei compensi per gli amministratori; limiti alle indennità di risultato; assoluta trasparenza sulle remunerazioni; ecc.). Così da rispondere anche alle asserite esigenze di moralità pubblica ed alle vistose manifestazioni di “antipolitica”, sollevate dalle esperienze (quanto meno, delle peggiori) delle società pubbliche. Infine, vi sono varie norme a carattere specifico o provvedimentale; come di recente nel caso delle misure a favore degli obbligazionisti e dei piccoli azionisti di Alitalia (d.l. n. 5/2009, convertito in legge n. 33/2009; modificata con il d.l. n. 78/2009 in attesa di conversione).

Ne deriva una notevole confusione, ben evidenziata anche dalla contraddizione tra il modulo privatistico, di per sé ammesso anche dalla legge n. 241/1990 (specie nell’integrazione del 2005, legge n. 15), e gli obblighi pubblicistici, come l’accessibilità agli atti e certe restrizioni alla disciplina del personale. Per quest’ultimo punto, si veda l’art. 19 d.l. 1.7.2009, n. 78, che integra l’art. 18 della legge n. 133/2008, al fine di assoggettare ai divieti e limitazioni alle assunzioni di personale del settore pubblico anche le società a partecipazione pubblica totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara); ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; ovvero ancora che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

Se tale è lo stato della normativa italiana, non molto diversa è la situazione del diritto europeo. Basti il richiamo alla sostanziale diversità delle posizioni della Commissione e della Corte di giustizia sulla problematica del partenariato pubblico-privato. Il Libro verde della Commissione europea su “I Partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”, del 30.4.2004 (COM.2004.327), considera il partenariato “istituzionalizzato” – ovvero basato sulla cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato nel contesto di un nuovo soggetto giuridico – una delle due forme principali di PPP, da promuovere ed incentivare. Ma, per converso, la Corte di giustizia, sentenza dopo sentenza, specie a partire dal noto caso *Teckal* del 1999 (sentenza 18.11.1999, C-107/98), ha limitato le più rilevanti opportunità di azione delle società pubbliche; al punto da far dubitare dell’utilità stessa di questo modello organizzativo. In effetti, il giudice comunitario ha ridimensionato il loro ruolo sia nel settore dei servizi pubblici locali – ove in molti Stati membri per tradizione risalente le società miste sono presenti in modo significativo – sia in quello delle società pubbliche “nazionali”, di carattere economico strategico. Per questo secondo indirizzo, il riferimento è ora principalmente alla sentenza sulla “*golden share*” (del 26.3.2009, C-326/07); non certo inattesa per chi conosceva i precedenti casi *Commissione/Italia* (sentenza 23.5.2000, C-58/99) e *AEM* (sentenza 6.12.2007, cause riunite C-453/04 e C-464/04).

In sostanza, il diritto comunitario manifesta incoerenze non dissimili da quelle avvertite nell’ordinamento nazionale. Semmai, quest’ultimo è talora attento, positivamente, a non seguire le non sempre felici indicazioni del diritto comunitario; oppure a battere strade proprie. Ad esempio, risulta originale la previsione della categoria giuridica dei contratti di Partenariato pubblico-privato (PPP), introdotta nel Codice dei contratti pubblici con il terzo decreto correttivo nel 2008 (art. 3, nuovo comma 15 *ter*, previsto dal d. lgs. n. 152/2008). Tale categoria comprende i contratti “aventi ad oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei

privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti”.

La disomogeneità delle società pubbliche

La seconda carenza generale della presente disciplina attiene all’approccio unitario che si continua ad utilizzare per le società pubbliche; come se queste rappresentassero una categoria omogenea. In realtà, siamo palesemente di fronte ad una non-categoria, se si esclude l’unico elemento costante rappresentato dalla partecipazione pubblica (ma anche questa con entità assai diverse, che non implicano giuridicamente solo differenti profili quantitativi, ma anche di qualità).

Anzitutto, la disomogeneità dipende dal numero delle società pubbliche: se ne sono contate complessivamente circa 5.200, evidente espressione di circostanze assai differenziate. Anche se i criteri non sono sempre affidabili e il numero citato è passibile di qualche riduzione (ad esempio, la Corte costituzionale nella sentenza n. 148/2009 cita il numero di circa 3.000 società), rimane comunque una massa ingentissima di simili società, fortemente aumentata negli ultimi tre lustri a livello locale e regionale; in controtendenza rispetto alle politiche di privatizzazione seguite dallo Stato. A loro volta non sempre coerenti, visto che alle dismissioni si è accompagnata la costituzione di nuove società pubbliche; come Sviluppo Italia Spa e Arcus Spa.

In questa massa si fanno convivere – artificialmente, a mio avviso – società nazionali (es. Poste, FS) e locali; società a vocazione internazionale, talora già ben collocate nei mercati globali (es. ENI, Enel), ed altre di segno opposto; società che incarnano vere imprese ed altre così pesantemente segnate in senso pubblicistico – per funzioni esercitate o per rapporto diretto con la pubblica amministrazione – da essere qualificate come “quasi (o semi) amministrazioni”. Inoltre, si hanno società ancora pubbliche, ma frutto di politiche di privatizzazione in corso di conclusione (come nelle comunicazioni e nei servizi), assieme a società pubbliche di segno opposto: ovvero forme di sostanziale pubblicizzazione di attività sino ad allora private (es. attività di *global service*, manutenzione, lavori). Così come si hanno società pubbliche che operano in settori monopolistici od oligopolistici (es. energia, trasporti, servizi pubblici locali), ed altre che invece operano nel mercato aperto.

L’aver trattato assieme questa ampia e differenziata congerie di società pubbliche risulta una delle maggiori carenze della nostra normativa. A condizioni oggettivamente e soggettivamente distinte avrebbero dovuto corrispondere discipline differenziate ed appropriate alle varie situazioni. Sinora, invece, l’unica vera diversità di disciplina è stata quella assicurata – per una parte della problematica – alle società pubbliche quotate in borsa – cfr. ora l’art. 72 della legge n. 69/2009, nella parte in cui (comma 1) sostituisce l’art. 3, c. 12, della legge n. 244/2007 – ed alle società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati.

L’inattuazione delle riforme

La terza caratteristica negativa è data dall’inattuazione, parziale o totale, delle più interessanti riforme tentate recentemente. E’ noto che, in materia, negli ultimi anni sono state approvate talune riforme: così, nel settore dei servizi pubblici locali, la nuova disciplina prevista dall’art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, come modificato dalla legge di conversione n. 133/2008; e, per tutte le partecipazioni delle amministrazioni di cui all’art. 1, c. 2, del d. lgs. n. 165/2001, i criteri di riordino basati sulla verifica della “strategicità” delle partecipazioni per il perseguimento delle rispettive finalità istituzionali (cfr. l’art. 3, commi 27-29, della legge n. 244/2007, legge finanziaria per il 2008).

Le riforme ora citate sono però rimaste finora inattuate, e lo stesso può dirsi anche per altre innovazioni minori. Le tecniche per evirare le riforme sono diverse, ma identico l’esito: in taluni casi, come per il nuovo art. 23 *bis* sui servizi pubblici locali, la necessaria attuazione delle novità in via regolamentare, unita alla mancanza di precisi termini per realizzare la riforma, ha consentito – tramite il rinvio dell’adozione dei regolamenti – una sostanziale elusione che

perdura tutt'oggi. In altri casi, come le richiamate norme della legge finanziaria per il 2008 – sulla carta assai stringenti e ben articolate – il termine ivi previsto (30 giugno 2009) per completare il processo di riforma era stato prorogato di ben diciotto mesi dalla legge n. 69/2009; che lasciava presagire il sostanziale abbandono della riforma. Ciò malgrado che nella norma vi siano nuovi criteri riformatori, apparentemente ancora più severi dei precedenti (circostanza che, per di più, rafforza le critiche circa il disordine normativo della materia). Ma, come anticipato, il legislatore “schizofrenico” ha immediatamente reintrodotta, con il d.l. n. 78 del 1° luglio 2009, art. 19, c. 2, un nuovo e brevissimo termine per l'effettuazione delle verifiche sulla strategicità delle partecipazioni e l'eventuale cessione delle partecipazioni che non risultino tali.

L'erraticità della giurisprudenza

Il quarto fattore di crisi è dato dall'incostanza della giurisprudenza amministrativa in materia e dalla recente “ri-pubblicizzazione” di queste società ad opera della Corte dei conti, quale giudice della responsabilità amministrativa.

Il contenzioso sulle società pubbliche davanti al giudice amministrativo – di regola competente per tali questioni – ha visto una giurisprudenza assolutamente erratica sia tra i TAR in primo grado, che nel Consiglio di Stato; pure all'interno delle medesime sezioni. Alcuni dei temi più controversi sono efficacemente riassunti nella decisione della V Sezione del Consiglio di Stato n. 5587 del 23.10.2007, che, oltre a decidere parte della controversia, aveva rimesso all'Adunanza plenaria la definizione delle condizioni per l'affidamento *in house* a società miste. Anche le sezioni consultive del Consiglio di Stato hanno contribuito a questa situazione, proponendo soluzioni che ambivano ad essere risolutive; ma che in realtà aumentavano l'incertezza del quadro giuridico. Tale è stato, in particolare, il caso del noto parere n. 456 del 18.4.2007.

Neanche l'intervento dell'Adunanza plenaria (decisione n. 1/2008) è servito a fare definitivamente chiarezza, dato che è stata scelta una linea di grande cautela in cui l'unico punto fermo è risultato il vincolo comunitario. Per quanto il riferimento sia esplicitamente solo ai requisiti dell'*in house providing* e non sia stato sviluppato in termini generali dalla decisione della Plenaria, il “vincolo comunitario” è da intendere riferito al complessivo retaggio della giurisprudenza della Corte di giustizia; riassumibile nel criterio della sostanziale parità di condizione delle imprese – ovvero di tutte le imprese, tanto pubbliche quanto private – e della loro soggezione alle regole del mercato.

Questa valutazione sull'erraticità della giurisprudenza amministrativa potrebbe apparire eccessiva se si considera che, nella grande massa delle decisioni, emerge comunque un costante riferimento alle regole dell'evidenza in tutti i casi, non solamente a rilevanza comunitaria. Così da garantire il rispetto del diritto della concorrenza e la condizione paritaria di tutti gli operatori. In realtà, se è inconfutabile un indirizzo di fondo su tale aspetto, anche su tale base la giurisprudenza è pervenuta a soluzioni assai differenziate per situazioni non dissimili.

Significativo anche il modo in cui la prevalente giurisprudenza ha inteso la nozione, di origine comunitaria, di “organismo di diritto pubblico”: quale variante della soggettività giuridica pubblica, laddove il significato della previsione comunitaria sta nella definizione dell'ambito di applicazione delle regole di evidenza pubblica, per evitare indebite sacche di elusione. Così, per uno dei tanti paradossi della giurisprudenza, una nozione nata per valorizzare il mercato e la parità delle condizioni degli operatori è divenuta strumento di ampliamento del settore pubblico.

Più in generale, in una materia che, come sopra detto, non ha un coerente quadro normativo, la giurisprudenza non ha offerto l'usuale contributo di principi e di sistematizzazione, che è il retaggio principale della tradizione del giudice amministrativo; in Italia, e non solo.

La Corte dei conti, a sua volta, ha recentemente sviluppato una giurisprudenza che vanifica una parte significativa delle politiche di privatizzazione, affermando che le società pubbliche (nel caso, ovviamente considerate in riferimento ai loro amministratori e dirigenti) sono assoggettate al regime della responsabilità amministrativa, che è tipico delle pubbliche

amministrazioni. Infatti, per la Corte l'elemento caratterizzante la giurisdizione del giudice contabile non è più la qualità del soggetto, che può essere anche un privato, ma la natura del danno e degli scopi perseguiti, connessa alla gestione del denaro pubblico.

La posizione del giudice contabile è oggetto di molte critiche che giustamente sottolineano la carenza di una base giuridica per la configurazione di questi asseriti illeciti; nonché gli effetti negativi della sovrapposizione delle due responsabilità, civile ed amministrativa.

La Corte dei conti si è così mossa una volta che la Cassazione aveva indicato - a partire dall'ord. 22.11.2003, n. 19667, poi costantemente seguita (es. SS.UU., 11.7.2007, n. 15458) - i limiti delle privatizzazioni "formali" e posto in luce come molte società pubbliche mantenessero una sostanza pubblicistica; così da rendere superata, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile, la tradizionale distinzione tra enti pubblici economici e non economici. In sostanza, per la Cassazione quando si perseguono finalità pubblicistiche non rilevano, ai fini della giurisdizione, né la forma giuridica del soggetto agente, né la circostanza che l'attività così svolta sia disciplinata in tutto in parte dal diritto privato.

Non è detto, comunque, che la presente posizione della Cassazione sia definitiva. Sono infatti preannunciati nuovi casi di particolare rilievo, per i quali si potrebbe avere un ritorno alle posizioni che la Cassazione seguiva sino allo scorso decennio, con la delimitazione della giurisdizione contabile ai soli casi di atti sostanzialmente amministrativi esorbitanti dall'esercizio di attività imprenditoriale (es. SS.UU., 2.10.1998, n. 9780).

La reazione del legislatore ha riguardato solo le società quotate nelle quali la partecipazione pubblica sia superiore al 50% del capitale, nonché le loro controllate, per le quali è stato stabilito (art. 16 *bis* del d.l. n. 248/2007, convertito nella legge n. 31/2008) che la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute essenzialmente alla giurisdizione del giudice ordinario.

La scelta del legislatore è condivisibile, ma troppo limitata; infatti ragioni analoghe a quelle per le società quotate valgono anche per altre società pubbliche, ad esempio quelle che operano - spesso con dimensioni nazionali - nel mercato dei servizi pubblici locali. Più in generale, per gran parte delle società pubbliche appare inaccettabile che alla responsabilità civilistica si sommi la responsabilità amministrativa, sia nella prospettiva della garanzia dei soggetti coinvolti, sia in quella dell'efficienza societaria.

Nell'attesa di (purtroppo improbabili) interventi del legislatore, sarà la Cassazione a decidere nuovamente sulla questione, sollecitata da ricorsi per regolamento di giurisdizione che hanno riproposto la questione se, malgrado la forma societaria, l'ente che utilizza risorse pubbliche sia da considerarsi senz'altro come ente pubblico, vista la natura pubblica dello scopo perseguito.

E' augurabile che la Cassazione tenga conto delle indicazioni che la Corte costituzionale offrì all'inizio della politica di privatizzazione con la sentenza n. 466/1993. Il tema allora esaminato dalla Corte era specifico: la partecipazione di un magistrato della Corte dei conti nei consigli di amministrazione degli enti pubblici economici in via di privatizzazione; ma le conclusioni possono essere ampliate anche rispetto alla giurisdizione. Secondo la sentenza, il controllo andava mantenuto solo fino a quando "lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse"; ovvero a condizioni assai precise che nella successiva evoluzione della Cassazione e della Corte dei conti sono andate svanendo.

Le linee riformatrici. Il ruolo del diritto europeo

Quali le linee riformatrici dell'attuale disciplina delle società pubbliche?

Punto di riferimento principale è il diritto europeo, soprattutto nelle statuizioni giurisprudenziali della Corte di giustizia, che, merita ricordare, hanno valore vincolante secondo il criterio - da tempo riconosciuto anche dalla Corte costituzionale (sent. n. 113/1985) - per cui

le sentenze rese dalla Corte di giustizia sono fonte di statuizioni compiute e direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri.

Di questa giurisprudenza appaiono decisive due indicazioni: la prima scaturente dalla citata sentenza *Teckal* del 1999 e dalle molte successive sentenze sul tema¹. La seconda dalle recenti sentenze sui pacchetti azionari privilegiati.

Per la Corte, non rileva la forma giuridica che l'ordinamento nazionale dà ai propri soggetti. Tutte le imprese sono soggette alle regole del mercato; non ne sfuggono quelle pubblicistiche, malgrado che siano assoggettabili a particolari obblighi pubblicistici. La "clausola di neutralità" prevista all'art. 295 TCE non può significare esenzione dalle regole fondamentali del Trattato, né, al contempo, impedisce che gli Stati conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate; quando tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale o essenziale.

La giurisprudenza comunitaria sugli affidamenti diretti è ampiamente nota, senza necessità di ulteriori richiami in questa occasione. Merita invece sottolineare che motivazioni analoghe sono alla base del filone giurisprudenziale sui pacchetti azionari privilegiati.

Le più importanti sentenze (tra le prime, la sentenza *Volkswagen* del 23.10.2007, C-112/05) esprimono infatti la posizione generale della Corte di ritenere che anche la disciplina delle società pubbliche è soggetta alle norme fondamentali del Trattato CE. Così anche la sentenza 17.7.2007, C-207/07, sull'illegittimità comunitaria di una norma di diritto interno (nel caso, spagnolo) che sottopone ad approvazione preventiva statale l'acquisizione di determinate quote di partecipazione nelle imprese che operano nel settore dell'energia.

Il caso recente sulla disciplina italiana della "*golden share*" (sentenza 26.3.2009, C-326/07) ha consentito ai giudici comunitari di completare il quadro motivazionale circa la limitata particolarità delle società pubbliche.

Con ricorso per inadempimento, la Commissione europea ha contestato la disciplina italiana (un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 2004) che consentiva di inserire negli statuti di alcune società pubbliche (ENI, ENEL, ecc.) la previsione di poteri speciali per il Ministro dell'economia - usualmente riassunti con la dizione di *golden share*, o pacchetto azionario privilegiato - con i quali conservare un'influenza pubblica su tali società, più che proporzionale alla quota azionaria posseduta. Secondo la Commissione, la normativa italiana era in contrasto con gli artt. 43 e 56 TCE, relativi alla libertà di stabilimento ed alla libertà di circolazione dei capitali.

L'assunto base della sentenza - che ha seguito le conclusioni proposte dall'Avvocato generale Colomer - è che il regime della proprietà, di cui all'art. 295 TCE, non deve intendersi solo in riferimento all'ordinamento privato dei rapporti patrimoniali; ma "all'insieme ideale di norme di qualsiasi tipo, incluse quelle di diritto pubblico, idonee a conferire la titolarità di un'impresa; ovvero che autorizzano chi la possiede ad esercitare un'influenza decisiva sulla definizione e sull'esecuzione di tutti o di alcuni dei suoi obiettivi". Nel caso delle privatizzazioni, pur riconoscendo la rilevanza delle preoccupazioni pubbliche per i servizi di interesse generale o essenziale, l'autonomia degli Stati circa il regime della proprietà non può giungere a sottrarlo ai principi fondamentali posti dal Trattato. Al più, come indicato dall'Avvocato generale, la clausola di neutralità di cui all'art. 295 TCE implica che dette misure non si possono considerare di per sé incompatibili con il Trattato, in quanto protette da una "presunzione di validità".

Nel caso, la normativa italiana è risultata alla Corte di giustizia in contrasto con gli artt. 43 e 56 TCE, alla luce del principio di proporzionalità. Infatti, pur se il perseguimento di interessi essenziali può giustificare talune restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali, il principio di proporzionalità esige che i provvedimenti adottati siano atti a conseguire gli

¹ Ai presenti fini merita, in particolare, ricordare le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 11.1.2005, C-26/03, *Stadt Halle*; 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*; 6.4.2006, C-410/04, *ANAV*. Si attende ora la sentenza sul caso C-196/08, ove la questione pregiudiziale posta dal TAR Sicilia, Sez. Catania, porterà a trattare esplicitamente delle problematiche del Partenariato pubblico privato; ed in particolare delle società a capitale misto.

obbiettivi perseguiti. Tale non è stato considerato il caso esaminato, per la circostanza che la partecipazione dei privati alle predette società pubbliche non può rappresentare una minaccia reale e sufficientemente grave al perseguimento delle loro finalità di pubblico interesse. Inoltre, i poteri speciali di intervento sono formulati in modo generico ed impreciso, sì da accentuare l'incertezza sulle circostanze in cui possono discrezionalmente essere esercitati. Perciò, un siffatto potere discrezionale è sproporzionato rispetto agli obbiettivi perseguiti.

La sentenza nel caso C-326/07 non stupisce se si ricorda che la Corte di giustizia aveva già anticipato analoghe posizioni. Così, oltre al caso *Volkswagen* già citato, anche il caso *AEM* (sentenza 6.12.2007, cause riunite C-463/04 e 464/04), in cui si esaminava la compatibilità comunitaria dell'art. 2449 del codice civile, per quanto consente alla pubblica amministrazione di disporre di poteri di nomina sproporzionati rispetto alla partecipazione nel capitale della società.

L'indirizzo della giurisprudenza comunitaria è, in sintesi, rilevante sia per quanto riguarda le società operanti nel mercato come vere imprese; sia per il settore delle società operanti nel settore dei pubblici servizi. Sviluppando il pieno significato dell'art. 295 del TCE, per la Corte di giustizia il diritto europeo è indifferente al regime di proprietà delle imprese; ma nessuna società pubblica può sottrarsi alle regole fondamentali dei Trattati in tema di concorrenza ed ai principi generali di diritto comunitario, ad iniziare dal principio di proporzionalità. Pur se, in linea di principio, possono ammettersi per tali società poteri speciali di intervento, la loro disciplina ed il loro esercizio devono essere verificati conformemente ai requisiti di diritto comunitario. In tal modo, il diritto europeo si discosta sensibilmente dalle nostre previsioni costituzionali (art. 43, anzitutto), riducendone l'applicabilità.

La giurisprudenza costituzionale

Alle indicazioni europee si è rifatta espressamente anche la Corte costituzionale in alcune importanti sentenze recenti (la n. 326/2008, la n. 439/2008 e la n. 148/2009) che, per lo più originate da ricorsi di alcune regioni in tema di riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni, hanno posto taluni principi generali di grande rilievo.

La prima sentenza (n. 326/2008) ha tracciato una distinzione di fondo tra le società pubbliche: quelle che esercitano attività amministrativa in forma di impresa, e quelle che esercitano attività di impresa. "L'una e l'altra attività possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è una erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza".

Le norme impugnate della legge finanziaria "mirano – secondo la Corte costituzionale – a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto che svolge attività amministrativa eserciti, allo stesso tempo, attività di impresa; beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione". Se tale è la motivazione della normativa considerata, non si tratta della materia "organizzazione amministrativa", ma dell'"ordinamento civile"; perché "mira a definire il regime giuridico dei soggetti di diritto privato ed a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private".

Per conseguenza, la competenza legislativa in materia è stata considerata quale esclusiva dello Stato, per il combinato delle materie "ordinamento civile" (per definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività di impresa, soggetta alle regole di mercato) e "tutela della concorrenza" (per prevenire o eliminare le distorsioni della concorrenza).

La medesima conclusione è stata confermata dalla sentenza n. 148/2009, con particolare sottolineatura della tutela della concorrenza e del mercato. Nel caso, le norme statali contestate dalle regioni, erano le disposizioni della legge finanziaria per il 2008 (legge n. 244/2007, art. 3, commi da 27 a 32) che la Corte costituzionale ha letto – lasciando da parte la materia dell'ordinamento civile – come "dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano

attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (...), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza”.

Al di là della questione delle competenze legislative Stato-regioni, le sentenze citate evidenziano autorevolmente quanto da tempo indicato dalla migliore dottrina; ovvero che esiste una differenza di fondo tra le società pubbliche operanti nel mercato e pienamente soggette alle sue regole, e le società pubbliche del tipo “semi-amministrazioni”, operanti per finalità pubblicistiche che vanno oltre al mercato.

Le indicazioni della giurisprudenza amministrativa

Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale, già si è rilevato che dalla massa di sentenze e decisioni del giudice amministrativo non emergono linee direttrici puntuali per un riordino della disciplina delle società pubbliche. A decisioni (come la n. 477/1998 della V Sezione) in cui in tema di esternalizzazioni si anticipa, anche nelle stesse espressioni linguistiche, la successiva giurisprudenza comunitaria *Teckal*, si accompagnano posizioni del più vario tipo sia sulle società miste che sulle altre varie forme di PPP.

Tuttavia, un punto fermo è stato posto dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 1/2008, nella parte in cui, a conclusione di un’argomentazione non priva di ambiguità, definisce le condizioni per il legittimo affidamento diretto, senza gara, di un servizio pubblico mediante il sistema “*in house*”. Le condizioni sono tre: la società esterna all’ente pubblico, affidataria del servizio, deve presentare caratteristiche tali da qualificarla come “derivazione”, “*longa manus*” dell’ente affidante che è titolare della totalità delle azioni o delle quote; la società deve essere assoggettata ad un controllo analogo a quello che l’ente pubblico deve esercitare sui propri uffici, anche in virtù della necessaria titolarità delle azioni o delle quote; la società deve realizzare la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti che la controllano.

L’argomento trattato dalla Plenaria è specifico, ma la rilevanza della motivazione risulta generale. Il riferimento è esplicitamente al diritto comunitario, che in tal modo si conferma principale punto di riferimento della materia – anche oltre il caso specifico dell’affidamento “*in house*”. In particolare, per l’Adunanza plenaria, le peculiarità della disciplina italiana vanno esaminate seguendo il criterio della stretta interpretazione, ove risultino eccezioni rispetto alle regole generali del diritto comunitario.

Le riforme e la loro difficile attuazione

Una convincente indicazione riformatrice è stata assunta dal legislatore, precisamente dalla legge n. 244/2007 (legge finanziaria 2008) che all’art. 3, commi 27-32, ha indicato criteri tanto semplici quanto essenziali per la riforma delle partecipazioni pubbliche in società.

In breve, per la finalità di tutelare la concorrenza ed il mercato (criterio di evidente matrice comunitaria) la norma stabilisce che le amministrazioni pubbliche – da intendere secondo quanto previsto all’art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 – non possono: a) costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali; b) assumere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E’ invece sempre ammessa la costituzione di società – o l’assunzione in esse di partecipazioni – che producono servizi di interesse generale e servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale. L’assunzione di nuove partecipazioni deve essere autorizzata dall’organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti ora richiamati.

Relativamente al gran novero delle esistenti partecipazioni, i criteri di riordino sono estremamente incisivi. Infatti, le amministrazioni pubbliche non possono mantenere, direttamente o indirettamente, partecipazioni societarie anche di minoranza che non siano “strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità”. Il termine per le verifiche di cui sopra era previsto al 30 giugno 2009 (diciotto mesi dall’entrata in vigore della legge n.

244/2007), dopo di che le amministrazioni avrebbero dovuto cedere a terzi, “nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le partecipazioni vietate”.

Si tratta di criteri incisivi che, ove attuati, avrebbero portato inevitabilmente ad un radicale sfortimento delle partecipazioni esistenti. Le non molte amministrazioni che, in osservanza della legge, iniziavano la procedura di verifica circa l'essenzialità delle proprie partecipazioni, avevano appunto constatato il carattere non essenziale della grandissima parte delle proprie partecipazioni.

Per la sostanziale innovatività di questa parte della legge finanziaria 2008 era facile previsione che si sarebbero manifestate solide resistenze alla sua attuazione. Così in effetti è avvenuto, e il legislatore inizialmente non ha resistito al canto delle sirene della conservazione. In una poco nota disposizione (art. 27) della legge n. 69/2009, recentemente approvata, era previsto il rinvio di ben diciotto mesi (ovvero sino alla fine 2010) del termine previsto per la verifica delle partecipazioni in essere e per i conseguenti provvedimenti.

Come era facile prevedere le resistenze all'innovazione, così era facile convenire che l'apparente rinvio rappresentasse una sostanziale abrogazione della riforma del 2007, vista l'inusitata lunghezza del rinvio e il mutato quadro generale a seguito della grande crisi economica. Ovviamente, per “compensare” la decisione sul rinvio, la si accompagnava da condizioni ancora più restrittive per la verifica della qualità delle partecipazioni; e per assicurare una forma organizzativa snella e con oneri limitati (così, per le società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato, l'ulteriore riduzione del numero massimo dei componenti gli organi amministrativi, l'eccezionalità della costituzione di comitati con funzioni consultive e di proposte, ecc.). Ma, mai come in questo caso, appariva corretto richiamare il pur usurato detto della promessa che tutto muti affinché nulla effettivamente cambi.

La “saga” normativa non si è però conclusa con la legge n. 69/2009; infatti, come anticipato, a pochi giorni dalla pubblicazione di questa legge, il d.l. 1° luglio 2009, n. 78, ha reintrodotto un termine stringente (30 settembre 2009) per la conclusione delle procedure di verifica delle partecipazioni; ed inoltre ha configurato eventuali omissioni come fonte di responsabilità erariale.

Vedremo se nella conversione del decreto legge n. 78 questa previsione resisterà. In tal caso, vista anche la sanzione contabile, la revisione delle partecipazioni dovrebbe finalmente avvenire; ed applicando i criteri supplementari previsti dalla legge n. 69/2009, che si aggiungo a quelli già indicati nella legge n. 244/2007.

Quale futuro?

Nella prima parte di questo scritto abbiamo esaminato le principali carenze dell'attuale disciplina giuridica delle società pubbliche; mentre nella seconda parte si sono individuate alcune direttrici riformatrici, rilevabili con una certa chiarezza nel diritto comunitario, nella giurisprudenza costituzionale ed amministrativa; nonché nella recente normativa.

Per realizzare il disegno riformatore, come primo passo è giustamente rilevato nel Rapporto di Assonime che è “sufficiente valorizzare principi generali di diritto già presenti nell'ordinamento, soprattutto di derivazione comunitaria, e criteri di *governance* agevolmente mutuabili dalle migliori pratiche nazionali ed internazionali”. Ma occorre poi completare il quadro regolativo con altri interventi; in particolare per la distinzione tra il regime giuridico delle società di mercato e quello delle società quasi-amministrazioni. Così come occorre attuare effettivamente il principio sul generale ricorso alle gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali; e la norma sulla dismissione delle partecipazioni non strategiche.

Da tempo, le proposte riformatrici sono state definite in ogni aspetto di diritto nazionale e di diritto comunitario; ma l'iniziativa in tal senso appare evirata dalla volontà politica di non modificare sostanzialmente il quadro generale. Alle posizioni conservatrici sta dando supporto la crisi economica iniziata nel 2008. Nelle procelle della depressione, le società pubbliche sono apparse un riferimento essenziale per contrastare i maggiori problemi negli ordinamenti che già

le conoscevano; e sono state riscoperte in sistemi – come gli Stati Uniti – in cui erano rimaste in un ruolo del tutto marginale.

Nessuno dubita del ruolo positivo che le società pubbliche possono esercitare nella presente situazione. Ma sarebbe un grave errore che l'utilità congiunturale delle società pubbliche fosse utilizzata come giustificazione alibi per tornare ad attribuire loro una stabile condizione di privilegio.