

LUIGI FIORENTINO

IL “NUOVO” SETTORE PUBBLICO:
ALCUNI ELEMENTI DI DEFINIZIONE

in corso di pubblicazione in:

**ASTRID – Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la
competitività del Paese** – a cura di Luisa Torchia e Franco Bassanini –
Passigli editore – Firenze 2005

1. Introduzione

Agli inizi degli anni '90 molti settori, come quello bancario, delle assicurazioni, dell'industria e dei servizi erano ancora in mano pubblica. Le ragioni della presenza massiccia dello Stato nell'economia vanno ricercate, da una parte, nella convinzione della necessità di un intervento dello Stato per favorire settori importanti e strategici per il paese (lo sviluppo e la crescita dei quali richiedeva ingenti investimenti pubblici), dall'altra, nella debolezza delle imprese private italiane.

In realtà, fino agli anni '70, l'impresa pubblica italiana viene presa ad esempio da molti Paesi per aver realizzato opere di fondamentale importanza per lo Stato italiano.

I modelli organizzativi della impresa pubblica possono essere storicamente ricondotti, nell'esperienza italiana, a tre categorie principali:

1. azienda autonoma, caratterizzata dalla gestione da parte di una struttura dell'amministrazione dotata di autonomia organizzativa e finanziaria;
2. ente pubblico economico, la cui gestione imprenditoriale è affidata ad un ente pubblico;
3. società in pubblico comando, consistente nella gestione dell'impresa da parte di una società per azioni controllata da pubblici poteri.

A queste si deve aggiungere il gruppo pubblico, che è di tipo composito, identificato con il sistema delle partecipazioni statali.

2. Cambiamento dei modelli organizzativi dell'impresa pubblica

A partire dalla metà degli anni '70 la crisi economica nazionale e internazionale mina alle fondamenta l'impresa pubblica. In particolare, la crisi del modello dell'azienda autonoma, o impresa organo, porta ad una graduale transizione verso l'azionariato pubblico. Si assiste quindi ad un generale “slittamento” dallo schema più diffuso dell'azienda

autonoma, all'ente pubblico economico e successivamente alla trasformazione degli stessi in società per azioni con partecipazione pubblica, configurate in genere come *holding* poste alla guida di gruppi di imprese¹.

Si attua così una privatizzazione giuridica, intesa come semplice mutamento della forma giuridica di un ente pubblico economico o di un'azienda autonoma in società per azioni con l'attribuzione della titolarità dell'intero pacchetto azionario della società per azioni in mano pubblica (c.d. privatizzazione fredda). Passo successivo, è la dismissione, con il trasferimento ai privati o il collocamento sul mercato delle azioni, anche per mezzo del mercato borsistico (c.d. privatizzazione economica).

Ma è nel 1992, con il governo Amato, che si incomincia a pensare seriamente al "ritiro" dello Stato dall'economia ed ad attuare una politica di privatizzazione.

3. Privatizzazioni

Il termine "privatizzazioni" ha una diversa valenza a seconda che si intenda in senso oggettivo o in senso soggettivo. Per quanto riguarda le "privatizzazioni" in senso soggettivo si fa riferimento sia alla natura giuridica pubblica o privata del soggetto gestore d'impresa sia all'assetto di proprietà o di controllo del soggetto privato. Nel primo caso, le privatizzazioni indicano la politica di trasformazione del gestore da organo statale o ente pubblico a soggetto privato. Nel secondo, si avrà privatizzazione solo quando venga meno l'influenza dominante del potere pubblico sul gestore.

Con "privatizzazioni" in senso oggettivo, riferito, cioè, al grado e alle forme di ingerenza della disciplina pubblicistica sul regime dell'attività economica si intende la riduzione dell'ambito delle attività economiche sottoposte a regime di "riserva" da parte dei pubblici poteri ed il conseguente ampliamento dell'area del mercato e della concorrenza. La privatizzazione, o meglio la liberalizzazione, in sostanza implica la riduzione dell'area dell'intervento pubblico diretto nell'economia o della sfera di "riserva" ai pubblici poteri di attività economiche.

Le politiche di privatizzazione hanno l'obiettivo di:

1. migliorare l'organizzazione del mercato e delle strutture produttive, rimuovendo situazioni di inefficienza e ampliando l'area della concorrenza;
2. dare dimensioni più efficienti alle imprese pubbliche ingigantite;

¹ Digesto delle discipline pubblicistiche, Voce Privatizzazione di imprese ed attività economiche.

3. ridurre il disavanzo pubblico sia mediante la devoluzione all'erario dei proventi delle dismissioni sia riducendo le uscite nei casi in cui le imprese oggetto di cessione presentano bilanci in perdita.

Il fenomeno della privatizzazione in Italia non si è però realizzato in maniera “pura”. Infatti, il legislatore italiano preoccupato che dal venir meno del pieno controllo delle imprese pubbliche potesse derivare una carenza di tutela degli interessi pubblici ha, da una parte, previsto come prodromica all'avvio del processo di privatizzazione l'istituzione di apposite *authorities* di regolazione e controllo dei servizi di pubblica utilità e, dall'altro, introdotto particolari istituti attraverso i quali assicurare la tutela agli interessi pubblici anche dopo la privatizzazione. Questi sono fondamentalmente i nuclei stabili, i tetti di possesso azionario e la *golden share*.

4. Regolazione e authorities

Lo Stato, respinta l'economia di comando, respinto il liberismo puro, viene assestandosi “come stato ad economia poliarchica organizzata, stato osmotico a compenetrazione continua e reciproca con la società”². Fallito il “mito” dell'intervento diretto dello Stato nell'economia, si è scelto, dunque, di adottare norme dirette a regolare il mercato affidandone l'attuazione pratica, con ampi poteri gestionali, ad organismi autonomi ed indipendenti reggenti i diversi ordinamenti settoriali³. L'iniziativa parlamentare, di conseguenza, ha preso atto dell'inefficacia di interventi fondati sul “ricorso alla gestione diretta da parte dello Stato”, ritenendo che i compiti di indirizzo e di regolazione fossero meglio perseguiti da autorità indipendenti dal potere politico.

La “regolazione” si sostanzia nella disciplina dell'attività economica mediante la fissazione di norme di condotta per il corretto funzionamento del mercato con l'affidamento a soggetti pubblici neutrali (Autorità amministrative indipendenti, enti regolatori) di competenze normative e di controllo che incidono sui rapporti tra privati. Il termine “regolazione” “indica tutti i casi nei quali la legge attribuisca ad un'autorità amministrativa, agente in posizione di terzietà e di neutralità in un rapporto tra privati, il potere di disciplinare l'attività di soggetti privati per il tramite di regole condizionali – rispondenti, cioè, allo schema “se vuoi x fai y ” – disposte per la cura di interessi collettivi e non già

² A. PREDIERI (1997), L'erompere delle autorità amministrative indipendenti.

³ S. CASSESE, La nuova costituzione economica.

pubblici, in quanto cioè imputabili alla organizzazione politica, economica e sociale del paese, e non già all'amministrazione agente"⁴.

“Privatizzazioni” e “regolazione” si trovano, in realtà, in un rapporto di interdipendenza nella misura in cui all'aumento dell'incidenza delle politiche di privatizzazione che riducono il settore pubblico dell'economia si renda di regola necessario un ampliamento delle regolazioni⁵. Le politiche di regolazione sono state introdotte nei vari Stati quale correttivo di quelli che vengono definiti i “fallimenti” del mercato intesi quali malfunzionamenti del meccanismo della concorrenza che finiscono col danneggiare gli interessi dei consumatori e gli altri interessi pubblici. Per questo, vi è stato il progressivo impiego degli strumenti classici di regolazione, quali, le autorizzazioni, le licenze, l'imposizione autoritativa di prezzi o tariffe, etc..

Le Autorità provvedono a controllare che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza. Esse, inoltre, in quanto organismi nazionali competenti per la regolazione e il controllo, svolgono attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza anche ai fini della definizione, del recepimento e della attuazione della normativa europea. Le Autorità possono a loro volta formulare osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento sui servizi da assoggettare ai regimi di concessione o di autorizzazione e sulle relative forme di mercato, nonché proporre al Governo modifiche normative e regolamentari necessarie per adeguare la regolazione del settore all'evolvere delle caratteristiche del mercato, delle tecnologie e delle normative europee. L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio nel quadro degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento e tenuto conto della normativa dell'Unione europea in materia. Il Governo indica all'Autorità, nel Documento di programmazione economico-finanziaria, le esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese.

5. Nuclei stabili

I nuclei stabili comportano che la privatizzazione si realizzi attraverso la cessione del pacchetto azionario di controllo a predeterminati soggetti con la conseguente collocazione sul

⁴ Vesperini, *La Consob e l'informazione nel mercato mobiliare*, Padova, 1992.

⁵ Tale rapporto è espressamente posto dall'art. 1-*bis*, della legge 474/1994 secondo la quale la dismissione delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società operanti nei settori di servizio pubblico “sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo della qualità dei servizi di rilevate interesse pubblico”.

mercato della quota residua, garantendosi in tal modo la stabilità delle alleanze di imprenditori che detengono il controllo dell'impresa.

6. Tetti di possesso azionario

Con i tetti di possesso azionario si intende porre dei limiti al possesso delle azioni sia da parte di alleanze di imprenditori sia da parte dei singoli, favorendo così la diffusione delle c.d. *public companies*.

7. Golden share

L'istituto della *golden share* trae origine dall'esperienza delle privatizzazioni britanniche. Ma, a differenza della Gran Bretagna, dove il suo utilizzo è stato limitato alle società riguardanti la difesa e l'aeronautica, in Italia ha trovato una più ampia applicazione, in quanto, almeno inizialmente, non limitata ad interessi sopranazionali né ad una durata predeterminata. Si sostanzia nell'esercizio di poteri speciali del Governo nelle società privatizzate: cioè, a seguito di una privatizzazione di un'impresa pubblica o a partecipazione pubblica, lo Stato o un suo rappresentante si vedono attribuiti diritti e poteri più ampi rispetto a quelli che spetterebbero in condizioni normali a possessori dello stesso titolo. Scopo della *golden share* è attuare una privatizzazione necessaria, cercando, comunque, di tutelare pubblici interessi.

È anche in forza di tale istituto che le società per azioni privatizzate hanno acquisito una forte specialità. Così, in caso di privatizzazioni di società che operano nei settori della difesa, delle telecomunicazioni, dei trasporti, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi (meglio note come *public utilities*) in forza dell'art. 2, della l. n. 474/1994, sono state previste nello statuto clausole che attribuiscono al Tesoro la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive: a) gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti da parte di coloro nei confronti dei quali operano limiti al possesso azionario; b) gradimento alla conclusione di patti o accordi nei quali sia rappresentata almeno la ventesima parte o altra minore percentuale, fissata con decreto del Ministro del tesoro, del capitale con diritto di voto nell'assemblea ordinaria; c) veto all'adozione di delibere di scioglimento, di trasferimento dell'azienda, di fusione, scissione, di trasferimento della sede all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica statutaria dei poteri così contemplati; d) nomina di almeno un amministratore o di un numero non superiore ad un quarto dei componenti del consiglio e di un sindaco. La

previsione di tali poteri, da esercitare tenuto conto degli obiettivi nazionali di politica economica ed industriale, limitatamente al possesso azionario, comportano una deroga alle principali regole del diritto societario.

Su tali poteri speciali si è pronunciata la Corte di Giustizia delle Comunità europee che ha condannato l'Italia per aver violato, con le regole sulla *golden share*, nelle privatizzazioni di Eni e Telecom Italia, i principi e le norme dei trattati sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di circolazione dei capitali, in quanto incompatibili con l'ordinamento comunitario perché non fondate su motivi imperativi di interesse generale, su criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori e sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito.

Per rimediare alle censure mosse all'Italia dagli organi della Comunità europea, con l'art. 66 (commi 3 e 4) della legge 23 dicembre 1999, n. 488 è stato previsto che "i poteri speciali di cui all'articolo 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, possono essere introdotti esclusivamente per rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche per quanto riguarda i limiti temporali; detti poteri sono posti nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione, e in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato". È stato previsto altresì che "con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sono definiti i criteri di esercizio dei poteri speciali di cui al comma 3, nel rispetto di quanto previsto al medesimo comma; in particolare i poteri autorizzatori devono fondarsi su criteri obiettivi, stabili nel tempo e resi previamente pubblici.

La disciplina della *golden share* ha subito poi ulteriori modifiche, nel senso dell'adeguamento al diritto comunitario, con la legge finanziaria 2004. Con l'art. 4 (cc. 227 – 231), della l. 24 dicembre 2003, n. 350, l'ambito oggettivo e le modalità di esercizio dei poteri speciali vengono infatti ulteriormente ridimensionati. In particolare, viene previsto che se vengano cedute quote di società controllate dallo Stato, resta il diritto di veto solo in caso di concreto pregiudizio agli interessi vitali dello Stato. Sarà, invece, un decreto del Presidente del Consiglio a decidere le società sulle quali non si applica più la *golden share*. Una delle principali novità è il principio del silenzio-assenso per l'opposizione alla cessione di quote

delle società sulle quali vale l'esercizio della *golden share*. L'opposizione dovrà essere esercitata entro dieci giorni, in caso di acquisizione di quote superiori al 5% delle società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato. SI prevede infine un meccanismo generale, in base al quale, tra le società controllate, sono individuate, con decreto del Presidente del Consiglio, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta una clausola che attribuisca al Ministero dell'economia la titolarità di uno o più poteri speciali, così come regolamentati. In attuazione della legge è stato così emanato nel mese di settembre 2004 un decreto riguardante il contenuto e i limiti della nuova *golden share* per l'Enel, cui il consiglio di amministrazione ha adeguato le relative previsioni statutarie.

Gli strumenti sopra descritti mirano ad assicurare ai cittadini-utenti una protezione da fenomeni distorsivi possibili del mercato dei pubblici servizi. Attualmente sono ancora molti i casi in cui si è assistito alla privatizzazione solo formale e cioè alla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni non essendo al contrario stata completata la fase di dismissione delle partecipazioni dello Stato (Tesoro)⁶, ed attuata la liberalizzazione. Le partecipazioni dello Stato in realtà rappresentano uno strumento forte attraverso il quale lo Stato esercita un controllo efficace sui servizi pubblici pur avendosi una gestione amministrativa e finanziaria delle società improntata a criteri privatistici.

8. La governance del Tesoro

La *governance* di questo ampio settore ha un diverso atteggiarsi perché, come si dirà nel prosieguo dell'elaborato, differente è l'atteggiarsi dei poteri e dell'ingerenza dei soggetti che operano in tale settore imprenditoriale: dal potere di programmazione settoriale del CIPE e dei diversi Ministeri competenti per materia, ai poteri di regolazione delle Autorità indipendenti, al potere dello Stato azionista. Il diverso atteggiarsi e incrociarsi di tali poteri, secondo schemi non precostituiti e prescindendosi molto spesso dalle attribuzioni formali, fa sì che non si possa parlare di un unico modello di *governance*. I poteri di controllo del Tesoro derivanti, come già anticipato, dall'attribuzione ad esso di poteri speciali, quali il potere di opposizione all'assunzione di partecipazioni rilevanti, alla conclusione di accordi sociali o parasociali, i poteri di veto all'adozione di delibere di scioglimento, fusione, etc., sono esercitati in maniera del tutto differenziata a seconda del tipo di servizio espletato dalla società partecipata.

⁶ Si v. tabella riassuntiva, aggiornata al 3 novembre 2004.

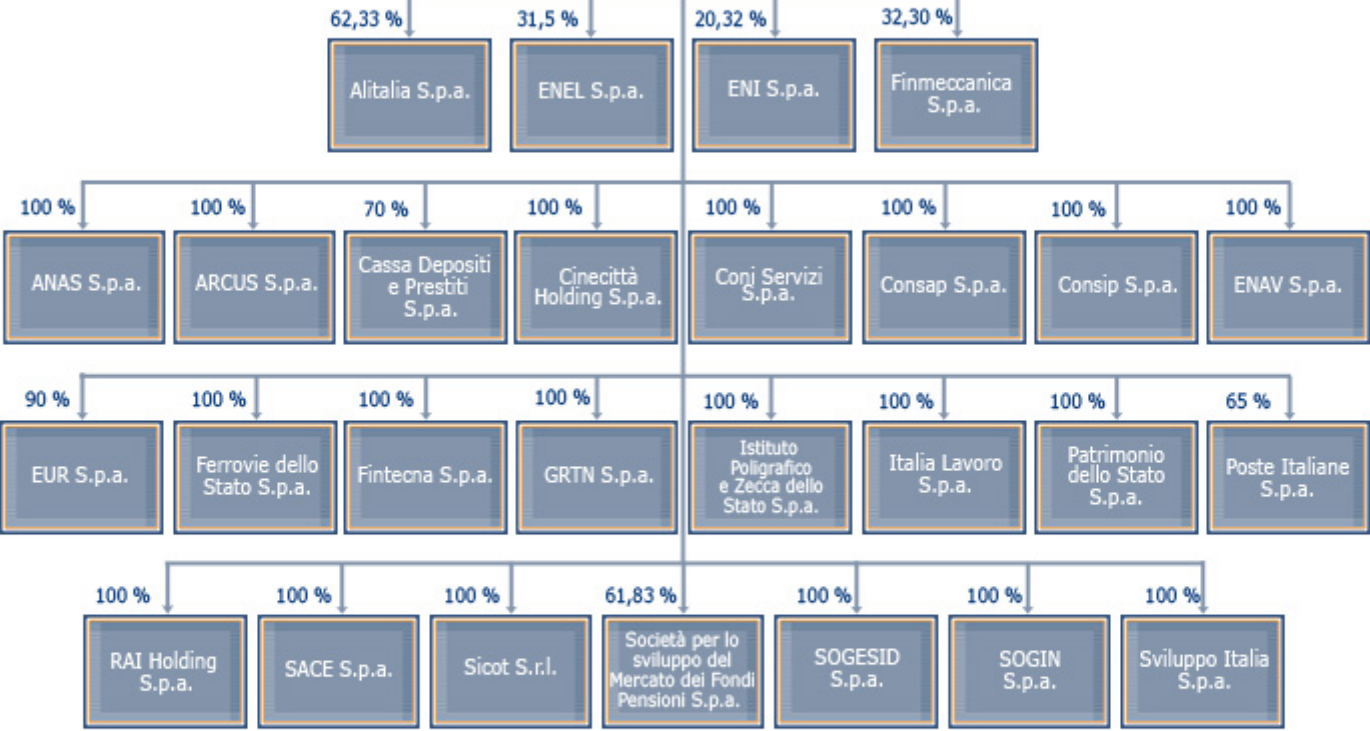
Importante notare che in alcuni casi, l'esercizio di tali poteri speciali prescinde dalla partecipazione del Tesoro nella società: è il caso Telecom. Infatti, nel caso della società Telecom pur già dalla fine del 2002 privatizzata, il ministro dispone di perenni poteri speciali attribuitigli dalla legge del 1994 (30 luglio 1994, n. 474) anche senza avere più investito nella *ex* azienda pubblica. Il paradosso determinato dalla legge da ultimo citata è che la disciplina speciale per le società per azioni privatizzate è stata dettata per garantire ai pubblici poteri posizioni di forza tipiche dei rapporti proprietari, proprio nel momento in cui viene effettuata la dismissione della proprietà pubblica delle imprese. Ma a differenza dei rapporti proprietari, i poteri speciali sono perenni nel tempo⁷. Il Tesoro effettua, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite, il monitoraggio e la gestione delle partecipazioni azionarie possedute interamente dallo Stato per le quali non sia prevedibile nel medio termine una loro anche parziale alienazione; è titolare del potere di proposta, supervisione e gestione dei processi di dismissione, compresa la relativa attività istruttoria e preparatoria; effettua il monitoraggio, il controllo e l'esercizio dei diritti dell'azionista per le società di competenza.

Il Tesoro nella gestione amministrativa e finanziaria cerca di intervenire come *estrema ratio*. Vi sono esempi in cui (si pensi ad ENEL) non sono presenti nel consiglio di amministrazione di società privatizzate e partecipate dallo Stato (come tra l'altro prevede la disciplina positiva: art. 2449 c.c. e la disciplina sui "poteri speciali") funzionari statali. Pertanto, il diverso atteggiarsi della "governance" del Tesoro, di cui quindi non esiste un unico modello, dipende da valutazioni, da effettuare caso per caso, non solo di carattere manageriale ma anche di carattere politico. Infatti, in molti casi anche la scelta di privatizzare è fortemente condizionata da valutazioni che esulano da scelte di carattere economico ma riguardano l'esistenza o meno di un rapporto fiduciario tra il singolo amministratore ed il Ministro dell'economia, con l'intermediazione del Direttore generale del Tesoro. Su questo aspetto è estremamente significativo quanto richiesto dall'ex direttore generale del Tesoro, Mario Draghi, che intervenendo in audizione nel corso della seduta della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul caso Telecom del 30 aprile 2003 conferma l'assenza di "procedure specifiche per cui il Consigliere doveva informare". Ciò proprio perché "si voleva dare il segnale di una presa di distanza dell'autorità politico-burocratica dalla gestione della società in vista della privatizzazione".

⁷ Il ministro potrebbe esercitare i suoi poteri speciali anche nei confronti di Enel, Eni e Finmeccanica, tanto per ricordare alcune delle società più importanti nella capitalizzazione di borsa.

Ministero dell'Economia e delle Finanze
Dipartimento del Tesoro
Partecipazioni dirette

Partecipazioni di maggioranza / controllo



Altre partecipazioni



Aggiornato al 03 novembre 200