

Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime¹.

Quando la discussione politico-economico-istituzionale prende come suo oggetto le imprese pubbliche, ovvero più specificamente, le società pubbliche², due fantasmi si aggirano per l'Europa, a fronte dei quali la discussione stessa rischia di assumere andamenti devianti, e quindi di pervenire ad esiti disfunzionali.

Il primo è l'approccio ideologico, e quindi di per sé parziale, al tema; il secondo è l'approccio totalizzante al tema stesso, e quindi di per sé superficiale. Eppure, esistono buone ragioni per fronteggiare entrambi con successo.

L'approccio ideologico potrebbe e dovrebbe essere abbandonato se solo si avesse adeguata considerazione della storia dell'istituto di cui si discute. Basti porre mente a due accadimenti avvenuti nello stesso anno, la cui compresenza è da valutarsi come altamente significativa anche in relazione all'epoca di riferimento, e precisamente il 1918.

In quell'anno, per un verso, nel Regno Unito Sidney Webb, membro della *Fabian Society*, economista e professore dal 1912 di *Public Administration*, favoriva fattivamente l'introduzione nello Statuto del *Labour Party* dell'art. 4, ove era sancito il principio del controllo pubblico sui mezzi di produzione ai fini di una equa distribuzione del reddito, poi ripreso dal manifesto con cui il Partito stesso si presenterà nel dicembre del medesimo anno, conseguendo un convincente successo in termini di voto popolare, alle prime elezioni generali con suffragio esteso all'elettorato femminile, secondo un programma di "*immediate nationalisation and democratic control of vital public services*" per arrivare a "*to build a new world, and to build it by constitutional means*"³.

Ancora in quell'anno, per altro verso, in Italia Meuccio Ruini, giurista, Direttore generale del Ministero dei lavori pubblici e poi dal 1914 Consigliere di Stato, presentava in Parlamento, insieme ad un gruppo di altri 22 deputati, una proposta di legge sull'azionariato dello Stato (in realtà, sull'azionariato di tutti gli enti territoriali), per più aspetti rilevante per il nostro discorso. In primo luogo, per la personalità del principale dei suoi Autori, osservatore privilegiato della realtà amministrativa, e per il fatto di inserirsi, la sua proposta, in un ben più ampio e articolato progetto di "democrazia del lavoro", ove, fondendo l'ispirazione radicale dell'Autore medesimo con le suggestioni del pensiero più propriamente liberale (L. Einaudi, M. Pantaloni, P. Jannaccone, L. Ratto), la presenza pubblica, anche dei poteri locali, potesse essere messa in condizione di combinarsi con l'iniziativa privata, anche in forma cooperativa. In secondo luogo, per l'epoca stessa in cui venne avanzata, in quanto la presentazione della proposta di disciplina dell'azionariato

¹ Il testo riproduce i contenuti, allargati con gli spunti derivanti dal dibattito e con l'apparato delle note essenziali, dell'intervento svolto alla Tavola rotonda sul tema organizzata dalla SPISA in collaborazione con l'IISA e l'Assonime e tenutasi a Bologna il giorno 4 febbraio 2009.

² In Italia, come in Europa, per lungo periodo le due nozioni non sono state equivalenti, non solo per la buona ragione che non tutte le società parzialmente e soprattutto totalmente possedute da soggetti pubblici erano giuridicamente qualificabili come imprese, ma principalmente per il fatto che esistevano più tipologie di imprese pubbliche: per una fondamentale ricostruzione storico-istituzionale delle forme pubblicistiche dell'impresa, secondo le categorie del tempo, si veda M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.*, 1958, p. 227ss., di recente ripreso anche da G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, ivi, 2005, p. 999ss., che ripercorre a sua volta le caratteristiche di quelle categorie, assumendole come paradigmi per la valutazione dei modelli attuali di società partecipata dai soggetti pubblici.

³ Il riferimento allo Statuto del Labour Party del 1918 è da ultimo anche in M. Florio, *Il declino dell'impresa pubblica: cause, effetti, prospettive*, in *Dem. Dir.*, 2008, n. 1, p. 105ss., mentre il richiamo a S. Webb è significativo in quanto relativo all'opera di chi, già a fine Ottocento, poneva il c.d. socialismo municipale e i suoi risultati in una prospettiva che superava le banalizzazioni della polemica politico-economico-istituzionale del tempo: v. *Socialism in England*, 1889, ripreso con una lunga citazione in merito da S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 6° ed., pp. 153-154.

pubblico veniva a coincidere con un momento di eccezionale sconvolgimento delle strutture amministrative del Paese, che si era manifestato con tutta la sua gravità durante la guerra⁴. Ma soprattutto per i suoi, seppure abbastanza vaghi, contenuti, perché quella proposta sopraggiungeva a rompere l'unità dello schema giuridico della società anonima, venendo essa ad indicare, "sia pur confusamente, una nuova strada entro lo schema della società per azioni"⁵.

Eppure, ritornando ad epoche a noi più vicine, l'emergere di una pluralità di statuti della società per azioni, sia considerata nella sua dimensione più schiettamente civilistica che in quanto connotata dalla presenza di uno o più soggetti pubblici, di volta in volta in relazione con le diverse finalità perseguite o con il tipo di partecipazione, era stato per tempo avvertito sia dalla dottrina commercialistica (a cominciare dal punto essenziale della valenza dello scopo di lucro) che dalla dottrina amministrativistica (con riguardo ai profili funzionali del c.d. sistema delle Partecipazioni statali, cioè delle società in comando degli Enti pubblici di gestione), mettendo in primo piano la valenza di "codice organizzativo" della società per azioni⁶ e quindi evidenziando la possibilità di una lettura dell'istituto societario, anche nella sua versione per così dire "pubblicistica", in grado di sfuggire sia al conformismo ideologico-politico che a quello ideologico-dottrinale, per sottolinearne piuttosto modalità e limiti di applicazione da parte dei diversi soggetti e nei differenti settori dell'ordinamento giuridico e della realtà economico-istituzionale.

Da entrambi questi punti di vista il rapporto Assonime, contenente proposte per un riordino del quadro giuridico delle società pubbliche, appare equilibrato, e quindi segna un primo punto a suo favore. Prende atto, infatti, del dato della presenza di una rilevante massa di azionariato pubblico nelle istituzioni e soprattutto nell'economia, senza timore di affiancare – come del resto fa ormai abitualmente anche il legislatore – l'aggettivo "pubbliche" al sostantivo "società", e quindi sfuggendo in un colpo solo a tutti i conformismi; prende atto altresì del sovraccarico di vincoli che dal legislatore, in termini di operatività funzionale e territoriale – ma anche dalla giurisprudenza: si veda il caso della sottoposizione degli amministratori delle società in questione alla responsabilità amministrativa (e alla sua specialità) in aggiunta a quella prevista dal codice civile in forza dell'applicazione allargata della figura amministrativistica del "rapporto del servizio" alla relazione tra ente pubblico e società partecipata – è provenuto sull'azione delle società stesse, sovraccarico preso pragmaticamente in considerazione come elemento distorsivo del buon andamento di un mercato concorrenziale⁷.

Merita peraltro di essere evidenziato, nel disegno della cornice del tema, un terzo elemento, peculiare alla vicenda italiana, e più specificamente attinente alla storia politico-istituzionale dell'istituto: una sorta di gioco alla ricorsa tra diritto e fatto, che ha continuamente creato una

⁴ E giusto due anni prima, proprio in un articolo su *Lo Stato azionista e il monopolio dell'emigrazione*, in *La vita italiana*, poi ripreso in *Note in margine alla guerra*, Bari, 1917, p. 143ss., M. Pantaloni scriveva: "È sperabile che la guerra, che tante cose buone ha sfasciato, sfasci anche tanti ordigni pessimi, cioè i nostri sistemi amministrativi". Ma si può anche ricordare la posizione sulla questione dell'esercizio delle ferrovie sostenuta da uno dei più autorevoli esponenti del pensiero liberale, S. Spaventa: v. A. Papa, *Classe politica e intervento pubblico nell'età giolittiana. La nazionalizzazione delle ferrovie*, Napoli, 1973.

⁵ Questo è il giudizio espresso da G. Cottino, *Partecipazione pubblica all'impresa privata e interesse sociale*, in *Scritti in memoria di A. Graziani*, Napoli, 1968, I, p. 383.

⁶ Cfr., per tutti, rispettivamente, G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nella società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 160ss., nonché G. Marasà, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984 e ID., *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, 1993; S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, e ID., *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in G. Minervini (a cura di), *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972, p. 1ss., nonché A. Massera, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna, 1978 e ID., *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1983, I, p. 551ss. Il sintagma riportato nel testo è invece utilizzato da P. Spada, *La Monte Titoli s.p.a. tra legge e autonomia statutaria*, in *L'amministrazione accentrata dei valori mobiliari: la Monte Titoli SpA*, Padova, 1989, p. 93ss.

⁷ Per la questione in materia di responsabilità amministrativa, si vedano Cass., SS.UU., n. 3899/2004; Corte dei conti, I, 532/2008; in dottrina, da ultimo, M. Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008. Per l'analisi dei più recenti limiti normativi all'operatività delle società partecipate, in sede di commento (critico) all'applicazione che ne ha fatto Cons. Stato, V, 4080/2008, cfr. S. Colombari, *Le società a partecipazione pubblica e la loro appartenenza a modelli e regime giuridici diversificati*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, settembre 2008.

situazione di asimmetria regolativa tra norma e realtà, come anche tra i diversi livelli di azione amministrativa. La società per azioni “pubblica”, infatti, nasce a livello locale nell’ambito di quella tendenza europea conosciuta come il “socialismo municipale” (e che più tardi Mrs. Thatcher nella sua furia privatizzatrice identificherà *tout-court* con il socialismo), ma trova forma e disciplina a livello statale, per opera di *grand commis* dello Stato in maggioranza non aderenti al partito fascista, ma con il beneplacito dell’ordinamento fascista; quest’ultimo la consegna a quello repubblicano, nel cui contesto trova invece corposo sviluppo negli ultimi tre decenni del secolo, ma con modalità almeno inizialmente *extra ordinem*, la società partecipata a livello locale, che poi l’ordinamento della seconda repubblica si affanna a disciplinare smantellando nel contempo la disciplina del sistema statale, il quale, peraltro, riprende a sua volta vita in altre forme e con altre modalità.

L’ultimo scorcio del secolo ventesimo, infatti, ha visto il proliferare di società per azioni partecipate da amministrazioni statali e da enti pubblici dei vari tipi sulla base di norme specifiche. Il fenomeno era già stato rilevato, con riferimento al quinquennio 1999-2003, in una rassegna da altri elaborata, che richiama il caso, per via di istituzione diretta o di autorizzazione (od obbligo) a istituire ovvero di trasformazione da soggetti preesistenti, relativo a: Sviluppo Italia, Patrimonio dello Stato, Infrastrutture, Coni Servizi, GRT, Gestore del Mercato, Acquirente Unico, Sogin, Arcus, Ente esposizione universale di Roma, Ente acquedotto pugliese, Cassa depositi e prestiti, Istituto per i servizi assicurativi del commercio con l’estero, Ente nazionale per le strade⁸

Ma a quelle già censite nella rassegna del 2004 se ne possono aggiungere non poche altre, che hanno trovato spazio soprattutto nelle leggi con cui sono state attuate di anno in anno le manovre di finanza pubblica, a prescindere – ed anche questo è un dato a suo modo significativo – dal colore politico della maggioranza politica del momento, e magari nello stesso testo con il quale si cominciavano a porre limiti ad altre forme di azionariato pubblico. E così, guardando dalla prospettiva del soggetto pubblico (destinato a diventare) azionista, ai casi dell’Ismea e dell’Agea, si sono affiancati, nell’ambito della manovra di finanza pubblica 2006 (DL 203/2005, conv. in L. 248/2005, e L. 266/2005): lo Stato (e quindi il Ministero dell’economia), per la istituzione in forma di società per azioni della Banca per il Mezzogiorno; il Ministero delle politiche agricole, per la società per la diffusione della cultura gastronomica e la tutela delle produzioni tipiche; l’Agenzia delle Entrate e l’INPS, per la società per la riscossione dei tributi; il Ministero delle infrastrutture e l’Anas, per la società per l’esercizio delle funzioni di indirizzo nel settore stradale e autostradale; l’Istat, per la società per l’attività di rilevazione statistica; infine, le Regioni, per la trasformazione di enti e aziende dipendenti. Ed ancora, nell’ambito della manovra per il 2007 (L. 296/2006): l’Agenzia del demanio e l’Anas, insieme alla Regione Lombardia o alla Provincia di Latina, nel mentre che l’Ente per l’irrigazione in Puglia, Lucania e Irpinia viene trasformato in società per azioni; da ultimo, poi, Ministero dell’Economia, Regione Lombardia, Comune, Provincia e Camera di Commercio, Industria e Agricoltura di Milano, vengono autorizzati a costituire la società di

⁸ P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *GDA*, 2004, p. 372; a quelle indicate nel testo andavano aggiunte le società già costituite singolarmente con legge *ad hoc* ed ora riformate con altre leggi speciali, come Cinecittà e Italia Lavoro; ma per ammissione dello stesso A., il catalogo non doveva ritenersi esaustivo. Del resto, non è da ritenere una mera coincidenza che nello stesso arco di tempo, e fino ad oggi, abbiano visto la luce nella dottrina amministrativistica alcuni volumi dedicati al tema: M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.P.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; V. Domenichelli (a cura di), *La società 'pubblica' tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008. La pluralizzazione dei modelli societari a partecipazione pubblica è stata indagata anche da M. Dugato, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 561 ss., R. Ursi, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, *ivi*, p. 747ss., e F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 589 ss. Il discorso sull’uso della società partecipata si connette in una certa misura, poi, con le vicende di privatizzazione degli ultimi due decenni: cfr. R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia*, Milano, 1998; E. Freni, *Privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, Milano, 2003, 2° ediz., IV, p. 3947ss. e, da una particolare prospettiva, V. Giomi, *Stabilità economica e privatizzazioni*, Torino, 2006, specie p. 227ss.

gestione dell'Expo Milano 2015 (DL. 112/2008, conv. in L. 133/2008 e DPCM 22 ottobre 2008)⁹. Altre società, d'altro canto, sono state nel contempo ridisciplinate in vista di un potenziamento o di una trasformazione delle loro attività e dei loro compiti: Agecontrol, Buonitalia, ISA, partecipate dal Ministero delle politiche agricole, Simest e Finest, partecipate dal Ministero del commercio con l'estero (e quindi ora dal Ministero dello sviluppo economico), Sviluppo Italia, di nuovo partecipata dal Ministero dello sviluppo economico, Sogesid, partecipata dal Ministero dell'ambiente e dal Ministero delle infrastrutture.

Le modalità di creazione di queste società "legali" sono quelle ormai ben conosciute dalla dottrina¹⁰: istituzione diretta per legge; istituzione obbligatoria da parte del soggetto o dei soggetti individuati sempre per legge; istituzione autorizzata da parte del soggetto o dei soggetti ancora una volta individuati dalla legge. E modalità sostanzialmente analoghe sono previste per il caso che la società debba o possa essere, come già visto, l'esito della trasformazione di un organismo preesistente.

Ma l'aspetto più significativo, al di là pure della "qualità" di alcuni almeno degli interventi così realizzati, finisce per risultare il dato quantitativo riguardante il fenomeno nel suo complesso. Alcuni di questi dati sono contenuti nello stesso rapporto Assonime, altri possono essere tratti dalla Relazione sulla Pubblica amministrazione per il 2007 presentata al Parlamento dal Ministro per la amministrazione pubblica e l'innovazione, relativamente alla prima applicazione della banca-dati CONSOC, in adempimento alla L. 296/2006 (vale a dire la già citata legge finanziaria per il 2007); qui l'aspetto più impressionante (sebbene la rilevazione comprenda anche la partecipazione in consorzi) è *la diffusione capillare* dell'utilizzo della società (mista più che totalitaria) da parte dei soggetti pubblici, essendone coinvolte amministrazioni dei tipi e dei livelli territoriali più vari (circa 6000, per oltre 30.000 partecipazioni in 6200 unità)¹¹; ma parimenti impressionante è anche il dato riguardante i *settori di attività*, non valendo più il confinamento dell'impiego dello strumento societario all'attività sociale e di servizio pubblico, ma riguardando esso anche l'attività giuridica e di funzione (in senso tradizionale). E del resto, anche la coeva relazione della Corte dei conti sulle partecipazioni degli enti locali fissava solo ad un terzo del totale la quota delle società partecipate da questi enti per la gestione di *local utilities*¹².

Quelli appena descritti sono elementi che del resto molto bene emergono dalle leggi di specie; d'altro canto, la presenza di tante società pubbliche di diritto singolare è sintomo (e indice, nello stesso tempo) di una pluralità di punti critici, che non appare opportuno trascurare (è questa e invece una debolezza del rapporto Assonime, che "programmaticamente" accantona l'analisi del fenomeno)¹³.

⁹ Quest'ultima società ha una sua ulteriore singolarità che merita di essere segnalata, in quanto l'art. 14 del DL. 112/2008 si limitava in realtà ad autorizzare il Presidente del Consiglio ad istituire gli organismi necessari per la realizzazione dell'Evento; è quindi l'art. 4 del DPCM a prevedere l'istituzione della suddetta società (SOGE), dando nel contempo mandato al COSDE (cioè al Commissario straordinario delegato dal Governo) di predisporre l'atto costitutivo e lo statuto della società "nel rispetto della normativa in materia di società per azioni". Il decreto si preoccupa, a tal fine, anche di richiamare le norme di cui agli artt. 2449 e 2450 c.c., che, come noto, sono le uniche originariamente previste nel codice stesso (pur nella sua versione originaria, con i numeri 2459 e 2460) con riguardo specifico alle società partecipate da soggetti pubblici: peccato, peraltro, che nel frattempo, e cioè con l'art. 3, c. 1, DL 10/2007, conv. in L. 46/2007, il citato art. 2450 sia stato abrogato, in adeguamento ad una procedura di infrazione comunitaria...

¹⁰ Cfr. soprattutto C. Ibba, *Le società 'legali'*, Torino, 1992 e *Gli statuti singolari*, in G.E. Colombo e G.B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, VII, p. 526ss.

¹¹ Si noti che nella rilevazione non risultano comprese, in quanto non comunicate, le partecipazioni, dirette e indirette, del Ministero dell'economia (circa 400, secondo il rapporto Assonime).

¹² Corte dei conti, *Stato dei controlli della Corte dei conti sugli organismi partecipati dagli enti locali*, Deliberazione n. 13/2008.

¹³ Un'indagine concentrata essenzialmente sulle società partecipate dallo Stato, anche con riferimenti al panorama estero, è invece quella del CER, *Ruolo e governance delle imprese controllate dallo stato: analisi e proposte per il futuro*, Roma, 2008; per l'esperienza estera si veda anche il fascicolo n. 124 del 2007 della *Revue française d'administration publique*, dedicato a *L'Etat actionnaire*.

Peraltro, per cercare di mettere ordine ad un quadro così complesso (ed anche alquanto confuso), occorre partire dalle ragioni della partecipazione pubblica, che – con le opportune semplificazioni¹⁴ - possono essere ridotte a due, in linea di principio prescindendo dal livello territoriale di governo:

- A) come strumento di collaborazione tecnica-finanziaria-gestionale per la conduzione di attività di produzione di beni e servizi con l’apporto dell’iniziativa e delle competenze dell’area privata, avvalendosi quindi delle capacità di questa per accrescere il benessere congiunto (c.d. società mista)
- B) come strumento di gestione di attività istituzionali, ispirata a criteri di economicità e di snellezza delle relative modalità, dove le ragioni della strumentalità stessa rendono in principio incoerente la previsione di una partecipazione privata (c.d. società a partecipazione pubblica totalitaria o congiunta tra più soggetti, tutti comunque aventi natura pubblicistica).

Questo criterio ordinatore (che era stato del resto già a suo tempo proposto da chi scrive per ridare ordine alla comprensione di un fenomeno ormai dilatato e comunemente sintetizzato con la formula impropria del “sistema delle partecipazioni statali”, ancora operante alla fine degli anni ’70)¹⁵, coincide per il vero in larga parte con quello adottato dallo stesso rapporto Assonime, il quale bene mette in evidenza la necessità di distinguere il regime giuridico delle “semi-amministrazioni” da quello delle “società di mercato”.

Tale criterio ordinatore appare ora autorevolmente recepito dal giudice delle leggi (Corte costituzionale, sentenza n. 326/2008)¹⁶, ove è detto: “Tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d’impresa di enti pubblici. L’una e l’altra 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 erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza”. Le disposizioni impugnate, che sono oggetto della sentenza, sono quelle contenute nell’art. 13 del c.d. decreto Bersani (cioè del DL 223/2006 conv. in L. 248/2006), che al comma 1 stabilisce: “Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento externalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti”¹⁷. Orbene,

¹⁴ Ad esempio, si può ritenere – come segnalato da M.P. Chiti nella Tavola rotonda – che una qualche considerazione specifica meriterebbe il caso delle società partecipate che gestiscono servizi a rete, come del resto si può pensare avvalorato dalla perdurante (seppure sempre più parziale) specificità di regime per i soggetti operanti in quei settori in quanto agenti contrattuali. Più articolata è anche l’ipotesi di classificazione proposta dal *Rapporto CER*, citato alla nota precedente, anche in relazione alle distinte finalità della partecipazione pubblica.

¹⁵ Sia consentito, infatti, il rinvio al mio *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, cit.

¹⁶ Sentenza della quale – vale la pena di segnalarlo – relatore è stato significativamente S. Cassese, ove si pensi alle posizioni espresse dall’A. nei suoi numerosi lavori sul tema, tra cui, tra gli altri, quelli già citati nella precedente nota 6. Del resto, già in precedenza la Corte aveva ritenuto rilevante, seppure in un ambito parallelo, la possibilità di considerare l’azione di una società a partecipazione pubblica totalitaria come attività amministrativa, seppure svolta nelle forme privatistiche (sentenza 363/2003, con riguardo a Italia Lavoro)

¹⁷ La norma citata poi aggiunge che “le società che svolgono l’attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti”, mentre il comma 2 dello stesso articolo prescrive che “le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”. Si noti altresì che dalla previsione normativa rimangono escluse le società partecipate dallo Stato e dagli enti pubblici nazionali. È interamente dedicato all’analisi della disposizione in questione D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, 2008.

osserva la Corte, “le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza”. La disciplina, invero, “mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private”; nel contempo “l'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali”. Pertanto, conclude la Corte, “si può riassuntivamente affermare che le disposizioni impugnate sono riconducibili alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa.”.

In definitiva, non si tratta, quindi, di affermare uno “statuto speciale” dell'ente pubblico (e dell'ente locale in particolare), che ne vedrebbe limitata – se è vero che la costituzione o partecipazione ad una società è innanzitutto una attività a carattere contrattuale, come meglio risulta oggi dalla nuova rubrica dell'art. 2247 c.c.¹⁸ – la *freedom of contract*, e che segnerebbe un ritorno a posizioni regressive della giurisprudenza civile e amministrativa, circa la possibilità per gli enti stessi di avvalersi di moduli contrattuali al di fuori degli schemi legali per essi tipizzati, oggi sostanzialmente abbandonate¹⁹. Del resto, la stessa norma di cui art. 3. c. 27, l. 244/2007, per cui “al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”, sembra piuttosto destinata ad operare (come appare confermato anche dalla proposizione successiva contenuta nella stessa disposizione, per cui “è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società ..., nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza”) nello spazio consentito dall'incrocio tra la funzione di norma-manifesto (peraltro non scevra di dubbi interpretativi e applicativi) e quella di strumento per la mappatura di un territorio non perfettamente conosciuto, per arrivare comunque al risultato utile della eliminazione delle applicazioni più stravaganti dell'istituto.

Per converso, si tratta di applicare con attenzione il criterio di distinzione alla realtà indagata, muovendo però da un punto di partenza comune alle diverse fattispecie: vale a dire, prendere sul serio, in prima approssimazione, la terminologia utilizzata (in termini generici o per

¹⁸ Senza che con questo si possa ritenere risolto una volta per tutte il dualismo con la concezione istituzionale della società per azioni, e che non può essere qui assolutamente indagato, neppure sommariamente: il riferimento diretto alla questione è, ad es., in G. Cottino, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 693ss., cui si rinvia per la ricostruzione della questione stessa, in una disincantata prospettiva che nega corrispondenze automatiche tra preferenze ideologiche e soluzioni teoriche e ne indica le possibilità di superamento (o di un diverso contemperamento delle sue componenti). Così come, dato il carattere del presente scritto, non si dà alcun svolgimento ai profili più strettamente attinenti all'applicazione specifica di alcuni istituti del diritto societario alle società in pubblica partecipazione, quali la disciplina dei gruppi, i modelli di *governance*, il ruolo e la responsabilità degli amministratori nominati dall'azionista pubblico: si segnalano qui, per una lettura delle inerenti questioni da parte della dottrina giuscommercialistica, A. Guaccero, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 843ss.; C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, *ivi*, 2005, p. 1ss., nonché i contributi di M. De Acutis, E. Maschio e G. Romagnoli raccolti nel volume collettaneo curato da V. Domenichelli, citato alla nota 8, cui *adde* il riferimento alle *Linee guida della corporate governance delle società a partecipazione pubblica*, approvate dall'Ocse nel 2005, e opportunamente richiamate anche dal rapporto Assonime.

¹⁹ Il riferimento è, per es., a Cass., I, 8.5.1981, n. 3052 e soprattutto, nella materia specifica, a Cons. Stato, I, 6.3.1956, con la quale pronuncia il supremo consesso amministrativo, pur in sede consultiva, espresse un orientamento che di fatto bloccò l'azionariato pubblico a livello locale.

casi specifici) dal legislatore, ciò che implica che, ove la legge abbia previsto (nelle varie forme sopra elencate) la costituzione di una società per azioni partecipata da enti pubblici, è innanzitutto alla disciplina del diritto societario che bisognerà guardare per individuarne concretamente il regime giuridico; mentre, d'altro canto, aspetto secondario, e in buona misura accessorio e comunque non determinante, è da ritenere quello della qualificazione circa la effettiva natura giuridica della singola società partecipata, perché se si segue il criterio della doverosità piuttosto che quello dell'autoritatività in relazione all'interesse pubblico considerato come carattere prevalente e comune all'attività dei soggetti di rilievo pubblico, perfino certi profili penalistici è da pensare che probabilmente potrebbero trovare più appropriata soluzione.

In sequenza logicamente successiva, dunque, le società pubbliche operanti come “società di mercato” sono da considerare come compiutamente assoggettate alle norme civilistiche, fatte salve le norme pubblicistiche specificamente disposte che le vanno in modo puntiforme ad integrare, ma che, per conto loro, dovranno essere lette e scrutinate principalmente nella prospettiva della compatibilità con il regime della concorrenza, secondo un principio sancito dai Trattati comunitari e assunto ormai come interesse pubblico “oggettivo” anche nell'ordinamento nazionale²⁰.

Le società pubbliche costituite, invece, per operare come “semi-amministrazione” (o enti strumentali o strutture decentrate) non potranno non essere soggette ad un regime giuridico, in cui l'intreccio e le sovrapposizioni del diritto amministrativo con il diritto civile saranno inevitabilmente più continue e diffuse, penetrando l'interesse pubblico – quello “soggettivo” dell'amministrazione azionista - nello schema causale del negozio societario – tanto più se della causa si dia quella lettura in una prospettiva di concretezza cui tende la moderna dottrina privatistica (e con lei la giurisprudenza ordinaria)²¹ – e portando ad una disciplina distinta e derogatoria di elementi fondamentali del regime ordinario, quali la composizione della compagine sociale, la sua contendibilità, gli organi sociali, l'autonomia di indirizzo e di decisione, i parametri della gestione e i controlli²². Fermo restando, per altro verso, che, venendo l'organismo societario in questo caso a costituire modalità organizzativa dell'esercizio della funzione amministrativa (o di supporto immediato alla stessa), la disciplina dettata dovrà rispettare il principio fondamentale di buona amministrazione ex art. 97 Cost. (come ha affermato la Corte costituzionale, con la sentenza 277/2005)

Un punto problematico più interno al nucleo originario della fattispecie è se, per questa seconda area della materia, in particolare, che è la più complessa e variegata, sia possibile o consigliabile tendere ad una disciplina omogeneizzante. La risposta più immediata potrebbe essere quella di chi ritiene che l'intreccio e la sovrapposizione tra i diversi ambiti disciplinari abbisognano di aggiustamenti continui, che per loro natura sembrano rifuggire da ingessamenti preconfezionati; una risposta più meditata, ma che può essere tentata solo sulla base di una adeguata consapevolezza del diritto e del fatto, potrebbe far ritenere possibile e opportuna delineare una pluralità di statuti del secondo tipo di società, purché poi in grado di essere agevolmente adeguabili al caso concreto (e in particolare al settore di intervento e alla specificità della missione affidata), come rimedio alla dispersione senza ricadute nella rigidità.

Ma in ogni caso occorre rimuovere l'idea che un maggior tasso di disciplina codicistica o un maggior tasso di disciplina amministrativistica equivalgano, rispettivamente, alla vittoria del diritto privato come ritorno ad una sorte di “diritto della ragione” o all'avanzamento del diritto pubblico

²⁰ Scrutinio che, proprio da questo punto di vista, può portare alla dichiarazione di incostituzionalità di una legge regionale o di provincia autonoma rilevante in materia: si veda, da ultimo, Corte costituzionale, sentenza n. 439/2008, con riguardo ad una legge della Provincia autonoma di Bolzano per la parte che disciplinava i requisiti per l'affidamento *in house* della gestione di un servizio pubblico locale.

²¹ Si veda, per tutti, Cass., III, 10490/2006; in dottrina, in generale, C.M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 419ss., nonché, per la nostra materia, G. Oppo, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 157ss.

²² È in questo quadro che dovrà, in particolare, essere presa in considerazione la questione del ruolo e della qualità del controllo della Corte dei conti (tenendo conto del vincolo derivante dall'art. 100 Cost.), ma anche la correlazione con altre sedi di controllo, eventualmente anche conformate con carattere di indipendenza (magari sul modello di quella ipotizzata nel 1937 dal più autorevole studioso britannico di *public enterprise*, W.A. Robson).

come nuova frontiera di un ordinamento finalmente orientato in una dimensione sociale; proprio così come, su di un altro piano, il percorso parallelamente disegnato dal pensiero e dall'azione politica socialista e da quelli liberale un secolo fa era espressione del convincimento di fondo che per fronteggiare con successo le cicliche crisi economiche – che diventano, nelle manifestazioni più gravi, anche crisi istituzionali, mettendo in tensione i fondamenti del patto sociale – il ruolo di una presenza pubblica responsabile (principalmente in termini regolatori, ma anche, ove necessario, di offerta) per la garanzia dell'universalità nell'accesso ai servizi e alle prestazioni di utilità ritenute essenziali secondo la percezione attuale per il benessere e il miglioramento della qualità della vita di ognuno sia indispensabile per evitare la estraniamento di individui o di gruppi rispetto alle istituzioni stesse²³. Fermo restando, d'altro canto, che pari consapevolezza è necessaria anche con riguardo al fatto che, pure laddove il ciclo della storia appaia riproporre l'attualità dello "Stato azionista", non conseguentemente si potrà ritenere di applicare senza i necessari approfondimenti e le opportune analisi le forme sperimentate nel passato, perché lo spirito del tempo sembra comunque auspicare, se non pretendere, che gli interventi pubblici non superino il limite della conformità al mercato (concorrenziale)²⁴.

Su tali questioni di rilievo centrale va comunque evitato il rischio di operare finendo per risultare più realisti del re: vale a dire, con riguardo alla nostra materia, di andare al di là di quanto previsto e prescritto dai principi del diritto comunitario (come talvolta è accaduto in sede di recepimento da parte del legislatore italiano della disciplina degli appalti pubblici).

Così per quanto riguarda l'*in house providing* attraverso società partecipate. Con la sentenza *Teckal* la Corte di giustizia comunitaria non ha fatto altro che applicare al soggetto pubblico il principio economico²⁵ applicato al soggetto privato con le precedenti sentenze *Ballast Nedam*, per cui la decisione di avvalersi di una struttura gerarchicamente collegata per provvedere al proprio fabbisogno di prestazioni, e quindi mediante modalità di autoproduzione, corrisponde ad un modulo organizzativo di integrazione verticale piuttosto che non ad un modulo contrattuale, che rientra nella autonomia del soggetto economico; in altri termini, tale fattispecie si ritiene che sia estranea all'area del mercato, ovvero che rientri nella potestà di autorganizzazione dell'ente pubblico, essendo infatti propria già dell'analisi microeconomica la tesi per cui il provvedere attraverso l'integrazione verticale e quindi attraverso una particolare modalità di organizzazione dell'impresa è in effetti una modalità alternativa al mercato²⁶, se si vuole come forma di *contracting in* contrapposta, in quanto tale, alle forme di *contracting out*. Secondo un modello che corrispondeva, del resto, allo stato delle già indagate realtà giuridico-istituzionali nei sistemi nazionali (più a livello centrale in Italia, più a livello locale in Francia e Germania), dove si conoscevano società partecipate stabilmente innestate nell'organizzazione amministrativa, assimilate per larga parte al regime dei soggetti "naturali" dell'organizzazione stessa e dipendenti quasi esclusivamente dalla domanda di prestazione dell'amministrazione pubblica. Per cui, pur dopo un qualche irrigidimento nella giurisprudenza della metà di questo decennio, lo stesso giudice comunitario ha da ultimo affermato²⁷ che, in questa

²³ Con riguardo ai due passaggi sviluppati nel testo, fondamentale rimane, su di un piano generale, l'insegnamento di N. Bobbio, *La grande dicotomia*, in *Stato, governo e società*, Torino, 1985, p. 1ss.; per la materia più specifica, concetti e termini largamente simili sono già in M. Florio, *Il declino dell'impresa pubblica*, cit.; v., inoltre, se vuoi, A. Massera, *Eguaglianza, giustizia e Welfare State*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 137ss.

²⁴ Cfr., con riguardo alle politiche di stabilizzazione che si stanno in questi ultimi mesi prospettando un pò dovunque, G. Siriani, *Vecchi salvataggi e nuovi bail-out*, in www.astrid-online.it, novembre 2008.

²⁵ Ma, per il vero, v. già Cons. Stato, V, 477/1998. Le sentenze della Corte comunitaria citate nel testo sono, rispettivamente, 18.11.1999, in causa C-107/98; 14.4.1994, in causa C-389/92 e 18.12.1997, in causa C-5/97.

²⁶ Cfr., per tutti, O. Williamson, *Transaction Cost Economics. The Governance of Contractual Relations*, in *Journal of Law and Economics*, 1979, n. 2, p. 233ss.

²⁷ Cgce, 17.7.2008, in causa C-371/05, *Commissione c. Italia*, mentre con sentenza 13.11.2008, in causa C-324/07, *Coditel*, la stessa Corte ha affermato la legittimità dell'affidamento diretto ad una società cooperativa intercomunale a partecipazione totalitaria di enti pubblici. Del resto, il giudice comunitario aveva riconosciuto la compatibilità con il diritto comunitario della disciplina nazionale sull'*in house providing*, contenuta nell'art. 113, D. Lgs. 267/2000, come modificato nel 2003, purché interpretata restrittivamente (Cgce, 6.4.2006, in causa C-419/06, *Anav*). Il legislatore nazionale, come è noto, è nuovamente intervenuto di recente sulla materia, sostanzialmente abrogando il citato art. 113

materia, “è necessario tener conto non solo di tutte le disposizioni normative, ma altresì delle circostanze pertinenti del caso di specie” e che “si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest’ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell’autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l’eventuale obbligo per l’amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d’appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell’aggiudicazione dell’appalto pubblico di cui trattasi”.

Così anche per quanto riguarda le modalità di affidamento del servizio pubblico a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura competitiva. Per questa parte la posizione più restrittiva assunta di recente dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale sembra essere superata da quella della Commissione espressa in una successiva Comunicazione²⁸; qui è infatti ritenuto possibile limitare il rispetto delle regole concorrenziali nell’affidamento di un servizio pubblico locale alla fase a monte riguardante la scelta del socio privato, purché ciò avvenga nel rispetto delle regole delle direttive e dei principi fondamentali del diritto comunitario, in modo tale da garantire già in quella fase la conoscibilità degli elementi essenziali sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi destinati a regolare, da un lato, il rapporto contrattuale tra l’amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall’altro, il rapporto tra l’amministrazione aggiudicatrice e l’entità a capitale misto da costituire, destinata poi a gestire il servizio (sul modello di quanto già ipotizzato, peraltro, in sede consultiva, dallo stesso Consiglio di Stato).

e rendendo ipotesi derogatoria l’*in house providing* (art. 23bis DL 112/2008 conv. in L. 133/2008: ma v. per gli elementi di criticità della nuova normativa le relazioni al *Workshop* su “l’attuazione dell’art. 23-bis della legge 133/2008 in materia di servizi pubblici locali”, svoltosi presso l’Università di Roma “Tor Vergata” il 23.1.2009, in www.astrid-online.it; ma momenti di perplessità sono stati espressi, seppure insieme a valutazioni di consenso (come per la separazione tra funzione di regolazione e funzione di gestione del servizio locale e l’inclusione delle società *in house* nel Patto di stabilità), anche nella citata relazione della Corte dei conti, pp. 36-38)

²⁸ I riferimenti sono, rispettivamente, alla A.P., n. 1/2008 (su cui v. i commenti di R. Caranta e G. Piperata in *GDA*, 2008, p. 1119ss.); alla *Comunicazione interpretativa della Commissione sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, COM 91/02, aprile 2008 (commentata in *PPLR*, 2008, NA115ss.); ancora a Cons. Stato, II, 456/2007 (su cui v. il commento di E. Freni, in *GDA*, 2007, p. 1119ss.).