

L'incerto regime delle imprese pubbliche

Roma 5.5.10

I sistemi giuridici, che si sono formati sulle mega-categorie del "pubblico" e del "privato", sono in affanno quando devono definire fattispecie che non sono riconducibili con nettezza all'una o all'altra categoria. Non si tratta però, come in passato, di questioni marginali: la sfera mista si è dilatata per la diffusione del welfare, lo sviluppo dei servizi pubblici, la crescente utilizzazione di strumenti di diritto privato da parte dei pubblici poteri.

Anche la giurisprudenza, che ha spesso la capacità di mantenere dei profili di continuità e di linearità nell'evoluzione normativa, si trova in difficoltà. In un recente convegno sul carattere fiscale o contrattuale dei corrispettivi a fronte della prestazione di servizi pubblici ho rilevato l'improprietà dell'approccio adottato dalla Corte Costituzionale in due recenti sentenze: con la n. 335 del 2008 sul servizio idrico ha ritenuto che il rapporto con l'utente ha carattere contrattuale e che non è isolabile una parte fiscale relativa alla depurazione. Ne ha dedotto che la quota per la depurazione, versata per anni dagli utenti, va restituita. Al contrario, nella sentenza 238 del 2009, con riferimento alla TIA sui rifiuti, ha ritenuto che la tariffa ha carattere fiscale, è comunque dovuta perchè manca un rapporto sinallagmatico e, anche qui, vi è un obbligo di restituzione perchè in questo caso va restituita l'IVA, in quanto non dovuta.

È evidente che è impropria l'applicazione meccanica delle categorie pubblicistiche o, al contrario, di quelle civilistiche a rapporti complessi come le prestazioni di servizi

pubblici, connotati certamente da profili contrattuali ma anche da altri di doverosità e di interesse pubblico non esauribili nei primi. La soluzione, osservavo, va allora ricercata nel criterio di prevalenza e non di esclusività di uno dei profili.

Questa situazione di incertezza si registra in modo emblematico nel regime delle imprese pubbliche.

Sono figure che riuniscono in sé profili privatistici connessi alla loro natura di imprese, all'esercizio di attività imprenditoriale, alla veste giuridica che è per lo più quella di società di capitali e, nel contempo, profili pubblicistici che possono essere di vario tipo ma che, quanto meno, consistono in una posizione di dominanza da parte di un pubblico potere (art. 2 direttiva 2005/81 CE sulla trasparenza nelle relazioni finanziarie e art. 2 direttiva 2004/17 sugli appalti nei settori speciali).

È evidente, anche qui, che nell'incontro e nella coesistenza dei due sistemi giuridici pubblico e privato, si realizza una fattispecie che non è riconducibile *in toto* all'uno e all'altro sistema: non possono trovare applicazione integrale e contemporanea l'insieme delle norme civilistiche sull'impresa e le società di capitali, e quelle pubblicistiche.

Si tratta, allora, di capire in che modo i due sistemi si debbano comporre.

La giurisprudenza, sia europea che nazionale, ha adottato giustamente un approccio di tipo sostanzialistico, basato quindi sulla realtà sostanziale del fenomeno anziché sulla sua veste formale.

Avevo sostenuto, per lungo tempo quasi da solo, che la mera trasformazione della veste giuridica non comporta un mutamento nella natura giuridica, poi la giurisprudenza, a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 466 del 1993 ha adottato la stessa impostazione.

Questo approccio consente di contrastare, anche se non eliminare, gli effetti negativi di furbizie normative tendenti solo a mantenere tutti i vantaggi del pubblico evitando le procedure, i controlli e le responsabilità che lo connotano.

Allo stesso modo, l'approccio sostanzialista adottato in sede comunitaria ha impedito agli stati di eludere le direttive europee sull'apertura dei mercati delle pubbliche amministrazioni attraverso espedienti di pura forma giuridica.

La giurisprudenza e anche la normativa nazionale non hanno però ancora trovato un punto di equilibrio idoneo a scoraggiare gli usi impropri degli strumenti privatistici ma anche a non applicare connotati pubblicistici altrettanto impropri a fattispecie che non lo consentono.

Non si può invocare l'approccio sostanzialista per demistificare le astuzie formali e non applicarlo poi per salvaguardare le caratteristiche sostanziali delle attività.

I profili sono vari; quello più significativo concerne la responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti.

Come è noto, a partire dalle ordinanze delle S.U. della Cassazione n. 19667 del 2003, n. 3899 del 2004 e n. 10973 del 2005, la Cassazione ha ritenuto di trarre dall'impostazione sostanzialista enunciata nella sentenza della Corte di Costituzionale 466 del 1993 la conseguenza della sussistenza della responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici e di società per azioni con rapporto di servizio con enti territoriali. Il collegamento con la sentenza 466 della Corte Costituzionale non era, in effetti, fondato perché la sentenza ha stabilito esplicitamente che il controllo della Corte dei conti sussiste "nella forma e nei limiti in precedenza applicati" (che escludevano, allora, la responsabilità amministrativa).

Da ultimo, poi, l'orientamento è stato ribadito, pur con alcune variazioni, dalle recenti pronunce della Cassazione SS.UU su Enel Power spa (sent. 19 dicembre 2009 n. 26806), sulla Rai spa (ord. 22 dicembre 2009 n. 27092) e su Equitalia spa (ord. 21 dicembre 2009 n. 26834). La variazione più di rilievo è stata che la sentenza su Enel Power spa ha, da un lato, escluso la responsabilità amministrativa degli amministratori per i danni cagionati al patrimonio sociale ma ha affermato la responsabilità amministrativa del

socio pubblico per la mancata attivazione delle azioni di responsabilità previste dal diritto societario.

La sentenza apre una serie di problemi applicativi connessi ad esempio al diverso grado di colpa (lieve o grave) rilevante ai fini della responsabilità prevista dal diritto societario o di quella amministrativa; contiene inoltre una potenziale contraddizione perché la struttura societaria, secondo un approccio sostanzialista, è irrilevante per la natura giuridica della società e degli agenti ma lo diventa per l'assetto delle responsabilità fra amministratore e socio; è infine di incerta applicazione per i riflessi che potrebbero prodursi nel rapporto fra socio pubblico e amministratori.

Ma, ai fini del tema del quale qui ci si occupa, queste decisioni ribadiscono comunque il principio della applicazione a queste figure del connotato pubblicistico della responsabilità amministrativa per lo meno al socio pubblico.

Negli ultimi anni si sono avuti al riguardo vari interventi a livello legislativo: l'art. 16 bis della legge 28 febbraio 2008 n. 31 ha escluso la responsabilità amministrativa per gli amministratori delle società quotate con partecipazione pubblica minore o uguale al 50%, facendo ritenere, quindi, che alle altre società pubbliche si applichi il regime della responsabilità amministrativa.

Il criterio della quotazione in borsa è stato assunto come discriminante da varie norme che ogni tanto sono intervenute a disciplinare la fattispecie a fini specifici: la riduzione del numero dei componenti degli organi societari (art. 3 c. 12 l. 24 dicembre 2007 n. 244), i tetti retributivi (art. 3 c. 44 della stessa legge), l'applicazione del principio di trasparenza, pubblicità e imparzialità nel reclutamento del personale (art. 18 c. 2 l. 6 agosto 2008 n. 133) o della normativa pubblicistica sul reclutamento (per le società non quotate che gestiscono servizi pubblici locali (c. 1 dello stesso articolo) e, ancora, l'assoggettamento a criteri stabiliti con decreto del Ministero dell'economia per l'utilizzo

delle disponibilità esistenti sui conti di tesoreria dello Stato (art. 18 l. 3 agosto 2009 n. 102).

Il criterio posto a parametro della diversità di disciplina (privatistica o pubblicistica) si è quindi spostato, negli ultimi tempi, dal parametro sostanziale della natura di impresa a quello della quotazione in borsa.

L'impressione è che non ci sia, però, sotto questo nuovo parametro, un ragionamento maturo e convincente ma che si sia voluto, empiricamente, salvaguardare una quota di imprese pubbliche, quelle che, per essere quotate, appaiono le più esposte al mercato, dall'applicazione di alcuni connotati pubblicistici.

In effetti la quotazione in borsa comporta controlli aggiuntivi, ai fini della trasparenza e a tutela dei soci, ma non ha un significato così dirimente come queste norme presuppongono. La quotazione in borsa può avere anche solo il senso di fare ricorso al risparmio per approvvigionarsi di una quota di capitale, ma è compatibile anche con la gestione di attività in monopolio legale (come ad esempio nel caso Terna spa).

Il criterio quindi non è risolutivo e si deve tornare quindi al problema centrale di come privato e pubblico si compongono nell'assetto giuridico delle imprese pubbliche.

Va chiarito anzitutto che, quanto meno con riferimento alla questione della responsabilità amministrativa, non v'è alcun condizionamento derivante dalle norme comunitarie. Anzi è stata avanzata la tesi opposta della sua incompatibilità con le stesse. Negli altri paesi europei gli amministratori delle imprese pubbliche non sono soggetti a tale forma di responsabilità e ciò non solleva alcuna questione di compatibilità con il diritto europeo.

L'ordinamento europeo sta vivendo la contraddizione propria delle fasi transitorie perché il mercato è europeo mentre i pubblici poteri sono prevalentemente nazionali e locali; il regime di proprietà pubblica o privata delle imprese è questione rimessa agli stati; gli aiuti sono vietati se alterano la concorrenza; lo sarebbe anche l'acquisto di una quota di

azioni al fine di conferire un apporto di capitale, ma niente esclude (come si è fatto, ad esempio, in Francia) che lo Stato acquisti la totalità del capitale sociale.

Tutto ciò non rileva, però, ai fini del tema che si sta esaminando.

L'ordinamento europeo considera, anzi, rilevante la nozione di impresa, sempre, come è sua caratteristica, a fini determinati: quelli di aprire il mercato delle attività economiche (art. 106, 1c. ex 86 TCE). Anche la nozione di impresa pubblica è assunta come rilevante per evitare aiuti di Stato che non siano giustificabili per una specifica missione di interesse generale (art. 106 ex 86 TCE), di imporre una trasparenza nelle relazioni finanziarie con lo Stato (direttiva 2005/81) e alcune regole nell'attività contrattuale (direttiva 2004/17 sui settori speciali). Il carattere "industriale e commerciale" è assunto, dalla direttiva generale sugli appalti (2004/18) come dirimente ai fini della non applicazione della normativa generale sugli appalti pubblici.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, in numerose sentenze, ha dato una interpretazione estensiva della nozione di impresa e di attività economica fino a comprendervi i servizi di collocamento per i dirigenti industriali (23 aprile 1991, 41/90 Hefner) e i servizi di assicurazione sociale (17 febbraio 1993 c. 159/91 e 160/91 Pouchet), e ciò, appunto, per ampliare l'ambito della possibile concorrenza.

Appare quindi più confacente anche all'impostazione dell'ordinamento comunitario il criterio di assumere come parametro di classificazione, ai fini di trarne le dovute conseguenze nell'equilibrio del regime pubblico-privato, non quello della forma giuridica adottata o della natura del soggetto proprietario, ma quello del carattere imprenditoriale dell'attività posta in essere, in particolare se svolta in concorrenza con altri operatori. Il contesto concorrenziale determina di per sé la necessità di comportamenti "virtuosi".

È questo il parametro che più corrisponde alla natura sostanziale del fenomeno di tutte le imprese, comprese quelle pubbliche. È propria dell'attività di impresa

l'imponderabilità delle scelte che si basano su una serie indefinita di variabili che possono non essere verificabili e oggettizzabili a priori.

I profili pubblicistici che connotano l'impresa pubblica devono essere stabiliti dalla norma e non sono derivabili, invece, da una applicazione alle imprese dei connotati generali della disciplina pubblicistica che siano in contrasto con il carattere imprenditoriale dell'attività.

L'orientamento della giurisprudenza consolidata della Cassazione sugli enti pubblici economici, che escludeva la responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti, va pienamente recuperato. Rimangono, del resto, la responsabilità civile e quella penale e a queste si aggiunge la responsabilità politica che, pur in un contesto di crisi della politica, resta elemento essenziale degli ordinamenti democratici.

La presenza pubblica nell'economia e nei servizi è stata accompagnata fin dall'inizio (legge Nitti sull'INA del 1912) dalla consapevolezza della "necessità di svincolare le gestioni delle imprese pubbliche dalle troppo rigide norme della contabilità pubblica" (M.S. Giannini).

Del resto se l'ordinamento comunitario si preoccupa solo di evitare che vengano attribuiti impropri privilegi alle imprese pubbliche, perché ciò determinerebbe uno squilibrio nella concorrenza fra gli stati, e lascia alle legislazioni nazionali la definizione dell'ambito dei profili pubblicistici di vincolo per le imprese pubbliche, diventa masochistico, per un ordinamento statale, creare condizioni di sfavore alle proprie imprese rispetto a quelle concorrenti.

Ho dimostrato, in un'altra occasione, che non si tratta di una evenienza astratta: il confronto, ad esempio, fra sistema delle imprese pubbliche francesi e italiane è tutto a vantaggio delle prime (basta prendere in considerazione l'assetto giuridico dell' EDF e quello dell' ENEL per averne conferma).

In un contesto aperto non si può prescindere dal confronto con i sistemi di altri paesi che possono liberamente operare nel nostro.

Ciò vale anche al di fuori del contesto europeo: la legge cinese sulle società (1993 con varie modifiche successive) contiene sette articoli (65-71) sulle "società ad esclusivo investimento statale".

A queste società si applica tutta la disciplina civilistica ma non hanno l'assemblea e sono sottoposte a un forte controllo dell'organismo per il controllo e l'amministrazione dei beni statali. Anche il loro fallimento è ammissibile solo previa approvazione dell'organo pubblico di controllo. La China Investment Corporation, fondo sovrano cinese, ha recentemente mostrato interesse a investire nell' Enel e nell' Eni. Ciò può essere, certamente, positivo ma l'operazione non può prescindere da una piena consapevolezza dei rischi che si corrono senza una visione organica dell'assetto delle imprese pubbliche in Italia.