

CARLO IBBA

## TRAMONTO DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE?\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici. – 3. Le dismissioni: termini, modalità previste e non, incongruenze varie. – 4. Mancata dismissione e sue possibili conseguenze. – 5. Riflessi sistematici. Tramonto delle partecipazioni pubbliche?

### 1. Premessa

Negli ultimi vent'anni la diffusione delle società a partecipazione pubblica ha avuto un'accelerazione esponenziale. È sotto gli occhi di tutti che a livello nazionale al fenomeno delle privatizzazioni – peraltro spesso solo formali o solo parziali – hanno fatto riscontro numerosi provvedimenti legislativi istitutivi di singole società con soci (e scopi) pubblici<sup>1</sup>, mentre a livello locale c'è stata una vera e propria corsa alle società a partecipazione pubblica, nel settore dei servizi pubblici e in altri ambiti in cui operano amministrazioni locali<sup>2</sup>.

Le ragioni di questa grande espansione sono molteplici. A parte quelle più deteriori e inconfessate, pur se forse quantitativamente non trascurabili

\* Il lavoro è destinato agli *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*.

<sup>1</sup> In «uno scenario in cui» – si è osservato – «progressivamente perdono diffusione ed importanza le società a partecipazione pubblica che gestiscono attività d'impresa, mentre contemporaneamente si diffonde l'uso della società per azioni come modulo organizzativo di funzioni e servizi pubblici»: così M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di Id., Torino, Giappichelli, 2008, 7.

<sup>2</sup> Un panorama storico-normativo della materia, pur se non più aggiornatissimo, può trarsi dalla lettura di A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 30 ss.; G. Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, *ivi*, 291 ss.; C. Vitale, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, *ivi*, 63 ss.; L. Zanetti, *Le società a partecipazione pubblica nel governo del territorio*, *ivi*, 331 ss.; M. Cammelli, M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, *ivi*, 347 ss.

(procurare poltrone e gettoni di presenza a personale politico e clientele varie), si va dal perseguimento di una «maggiore flessibilità decisionale e operativa» all'aspirazione ad una «maggiore trasparenza e distinzione di responsabilità tra politici e gestori», dalla «possibilità di acquisire all'esterno, da parte di altri soci [...], risorse finanziarie, di esperienza e capacità tecnica, ecc.»<sup>3</sup> ad altro ancora.

Circa l'idoneità dello strumento rispetto al fine la discussione è sempre stata viva e le opinioni discordi, fin dagli anni iniziali delle privatizzazioni; così, all'ottimismo di chi ha visto con favore l'adozione della forma societaria per lo svolgimento di attività che pure rimangono sotto il controllo pubblico, sottolineando positivamente il piegarsi dello Stato (o comunque delle pubbliche amministrazioni) alle regole del codice civile e al principio dell'eguaglianza dei soggetti economici<sup>4</sup>, si è da subito contrapposto lo scetticismo (per non dire di peggio) di coloro per i quali la così detta "privatizzazione formale" non è altro che una forma più o meno mascherata di pubblicizzazione<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> In questi termini M. Cammelli, A. Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Bologna, Maggioli, 1997, 20, descrivevano gli obiettivi perseguiti (o perseguibili) attraverso l'adozione della forma privatistica, e in specie societaria, per l'esercizio di servizi pubblici locali, nella logica sottesa all'art. 22 l. 8 giugno 1990 n. 142; ma si tratta di finalità almeno in astratto estensibili a tutto il fenomeno dell'azionariato pubblico.

<sup>4</sup> N. Irti, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, che può leggersi fra l'altro in *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, specie 133 ss.; attenuazioni di questo punto di vista, se non m'inganno, in Id., *Il diritto della transizione*, ivi, 112.

<sup>5</sup> Fortemente critica, in particolare, la voce di P.G. Jaeger, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 990 ss., per il quale la privatizzazione formale deve essere strumentale a quella sostanziale, posto che la forma societaria in sé «non ha pressoché nessuna influenza sui criteri di gestione delle imprese, e non offre ai terzi le garanzie e i vantaggi di trasparenza enunciati e sperati», mentre «rappresenta poco più di un'«etichetta», applicata a enti che, in forza delle deroghe alla disciplina generale delle società di capitali, non hanno con esse quasi nulla in comune» (analogamente Id., *Privatizzazioni – Profili generali*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Ist. Treccani, 1995, § 2; per una possibile diversa prospettiva in relazione alle società a partecipazione comunale v. Id., *Presentazione*, in V. Mazzearelli, *Le società con partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1987, VII s.); come pure le voci di A. Mazzoni, *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Riv. soc.*, 1995, 36 s.; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Profili giuridici delle privatizzazioni*, a cura di G. Marasà, Torino, Giappichelli, 1998, 9, 11; G. Marasà, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium iuris*, 1998, 1317 s., 1321 s.

Meno drastica la posizione di G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in Id., *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, Cedam, 2000, 43 (e v. anche *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, ivi, 373), il quale osserva che «il significato di una privatizzazione formale [...] non va né esagerato, né negato. La s.p.a. è forma di organizza-

## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

Dai primi si rimarca come la forma societaria implichi la soggezione a norme – ad esempio quelle in tema di bilancio, di integrità del capitale, di responsabilità degli amministratori e ad altre ancora – (che potrebbero essere) capaci di influenzare positivamente la gestione dell’iniziativa stessa<sup>6</sup>. Dai secondi si replica che, più che all’utilizzazione del modello societario, nella realtà si assiste a degenerazioni e abusi di quel modello, la cui adozione è spesso finalizzata a rendere meno visibile la persistente presenza pubblica<sup>7</sup> e a sfuggire ai controlli pubblici, senza peraltro sottostare alle leggi del mercato<sup>8</sup>, sicché in sostanza alla così detta privatizzazione corrisponde una espansione – e non una contrazione – della presenza pubblica nella gestione di attività produttive<sup>9</sup>.

Certo è che nella realtà il fenomeno ha spesso prodotto effetti negativi: talvolta incremento invece che diminuzione dei costi pubblici (perché questo accade quando si creano società sostanzialmente inutili), altre volte alterazione della concorrenza, altre volte ancora elusione di controlli e vincoli pubblicistici altrimenti applicabili, e via dicendo.

Come ha risposto il legislatore al *boom* delle partecipazioni pubbliche e a queste criticità? Per lo più ha cercato di farvi fronte con una nutrita serie di provvedimenti occasionali, chiamati a risolvere questo o quel problema contingente, ma caratterizzati, oltre che da una pochezza tecnica purtroppo desolante, dall’assoluta mancanza di una visione d’insieme del fenomeno; un fenomeno che comunque – questo è il punto che vorrei ora sottolineare – per anni il legislatore non ha sentito l’esigenza di arginare in alcun modo e del quale, anzi, ha variamente favorito la diffusione<sup>10</sup>.

zione della titolarità dell’impresa, strumentale all’interesse e all’azione dei soci che la governano [...]. Il governo dell’impresa è tuttavia esso stesso influenzato dalla disciplina societaria: disciplina del capitale, delle partecipazioni, degli utili, delle perdite, dei modi di formazione ed espressione della volontà “sociale”, dei controlli interni ed esterni, delle responsabilità», pur dovendosi tener presente che «perché questa disciplina assuma un valore sostanziale anche nella condotta dell’impresa occorre però che alla forma sociale corrisponda una effettiva contitolarità dell’impresa e che siano rispettate nei presupposti e nei contenuti le regole societarie, sì che la presenza pubblica non porti, in realtà, alla creazione di una “cosa” diversa».

<sup>6</sup> Come rimarcato già da G. Oppo, *op. ult. cit.*, 43; nonché da F. Bonelli, M. Roli, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, quarto aggiornamento, Milano, Giuffrè, 2000, 996.

<sup>7</sup> S. Cassese, *op. ult. cit.*, specie 9 e 11.

<sup>8</sup> M. Cammelli, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell’amministrazione, Milano, Giuffrè, 1997, 156 s.

<sup>9</sup> E v. ancora M. Cammelli, M. Dugato, *op. ult. cit.*, 9 ss.

<sup>10</sup> Oltre a singoli ma frequenti provvedimenti istitutivi di società pubbliche di diritto

Negli ultimi tempi, tuttavia, all'interno di questa legislazione<sup>11</sup> si registrano alcuni interventi normativi che potrebbero determinare un radicale cambiamento d'indirizzo rispetto alla tendenza espansiva segnalata sopra e, dunque, una drastica contrazione del numero delle società pubbliche.

Ed è appunto a questi frammenti di legislazione che vorrei dedicare le riflessioni che seguono, prima analizzandoli per cercare di chiarirne il reale contenuto precettivo (non sempre agevolmente percepibile), poi provando a coglierne le eventuali ricadute "di sistema" o "sul sistema" (ammesso che il termine sia appropriato con riferimento alla confusa legislazione di cui parlo).

## 2. I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici

Sono da considerare due serie di prescrizioni, entrambe volte a limitare la partecipazione a società da parte di soggetti pubblici e ben note agli addetti ai lavori.

singolare (fra le più recenti cfr. la società prevista dall'art. 3-ter, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. con modifiche nella l. 20 novembre 2009, n. 166; "Difesa Servizi s.p.a.", istituita dall'art. 2, c. 27 ss., l. 23 dicembre 2009, n. 191; e "Protezione civile servizi s.p.a.", istituita dall'art. 16, d.l. 30 dicembre 2009, n. 191, e soppressa in sede di conversione, per ragioni contingenti, dalla l. 26 febbraio 2010, n. 26); v., ad esempio, l'art. 29, c. 1, lett. b), l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria del 2002), che – sotto la rubrica «Misure di efficienza delle pubbliche amministrazioni» – autorizza le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d. lg. 30 marzo 2001, n. 165, «anche in deroga alle vigenti disposizioni, a [...] costituire, nel rispetto delle condizioni di economicità [...], soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza». Interessano il nostro tema, sia pure in prospettiva parzialmente diversa, anche tutti quei provvedimenti che, negli anni Novanta del secolo scorso, hanno perseguito il riordino delle persone giuridiche di diritto pubblico mediante adozione, da parte di esse, della forma privatistica, e in specie di quella societaria (vedine una carrellata in C. Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 470 ss.).

<sup>11</sup> Nell'ambito della quale – pur essendo gli obiettivi giuspolitici perseguiti di volta in volta variabili, e la disciplina predisposta non sempre coerente e ben calibrata rispetto alla *ratio* che dovrebbe ispirarla – sono individuabili almeno tre finalità ricorrenti e talvolta compresenti: a quella di tutelare la concorrenza, contrastando le distorsioni che potrebbero discendere dalla presenza o dall'agire sul mercato di (alcune tipologie di) società pubbliche, si affiancano infatti finalità antielusivo dei vincoli tipici dell'organizzazione e dell'attività delle pubbliche amministrazioni e più generiche finalità di contenimento della spesa pubblica: cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010, 7 ss.; e, anche per un quadro di sintesi della citata legislazione, C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, Giappichelli, 2011, specie 9 ss.