

# OPINIONI

MARCO DUGATO

## CONSIDERAZIONI GIURIDICHE SUL TEMA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA AD USO DELL'ECONOMISTA

SOMMARIO: 1. La società a partecipazione pubblica: l'ascesa e la perdita nobiltà. – 2. La classificazione delle società pubbliche tra confusione della natura e ibridazione del diritto. – 3. Costituzione e attività delle società a partecipazione mista e delle società *in house providing*. – 4. Che cosa farebbe il giurista?

### **1. La società a partecipazione pubblica: l'ascesa e la perdita nobiltà**

Chi pratica l'argomento sa perfettamente che i giuristi del diritto amministrativo e quelli del diritto civile e commerciale hanno difficoltà nel trovarsi d'accordo quando trattano delle società a partecipazione pubblica. Ad essere onesti, fu così anche nel passato meno recente, come ben si comprende leggendo gli studi di Ascarelli, il quale, rimeditando nel 1959 la sua tesi originale di vent'anni prima, dava conto della necessità di tenere in considerazione ciò che gli amministrativisti avevano scritto in merito e che i commercialisti avevano fino ad allora per lo più contestato. È stato così in un passato più prossimo ed è così oggi, tanto che, per evitare di alimentare antipatiche diatribe, hanno sostanzialmente scelto di ignorarsi, scrivendo ognuno per la famiglia che sente sua.

La premessa, da un lato, consente all'economista di cominciare ad orientarsi, sapendo che nella letteratura giuridica troverà ricca eterogeneità di temi e di impostazioni; dall'altro, impone a chi scrive l'onestà di confessare la propria appartenenza al novero degli amministrativisti e di anticipare così al lettore delle scienze economiche che nelle pagine che seguiranno troverà riferimenti all'interesse pubblico, ai meccanismi di relazione tra l'ente socio e la società partecipata, al difficile rapporto tra le società pubbliche e quelle interamente private.

Per il giurista, un discorso che abbia la pretesa di offrire un panorama generale ed attuale sulle società degli enti pubblici non può che partire da

due riferimenti normativi. Il primo è rappresentato dall'art. 41 Cost. che di fatto riconosce pari dignità all'impresa pubblica e all'impresa privata. Come accade in molte esperienze dell'Europa continentale, anche in Italia lo Stato fa impresa. Quel che ha segnato come peculiare la nostra realtà, quindi, non è l'attività economica svolta dagli enti pubblici, ma *quanta* attività economica essi hanno svolto e *come* vi hanno provveduto. Ancora una volta, il confronto con gli altri ordinamenti permette di comprendere che lo Stato imprenditore è in Italia assai più presente (invadente, secondo i più) nel complessivo gioco economico e che ha per molto tempo giocato ignorando il *fair play* del contendente leale, riservando a sé armi più potenti e carte migliori di quelle a disposizione delle imprese private.

Certo, le condizioni dell'Italia postbellica avevano prima suggerito e poi alimentato il ruolo pubblico di supplenza nella creazione delle infrastrutture necessarie allo sviluppo economico, così che l'area destinata al monopolio statale finì con l'essere, ad un tempo, vasta e ben protetta dalla generosa giurisprudenza costituzionale. Le imprese pubbliche, alcune delle quali nate già in epoca fascista, operavano in un regime di favore e crescevano per importanza e dimensione. Per lo più, la forma giuridica con la quale lo Stato giocava il suo ruolo nell'economia era quella, ibrida e, come ha insegnato Giannini, in gran parte indefinita, dell'ente pubblico economico.

Con grande accelerazione a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, accanto ai compiti svolti nei settori strategici, lo Stato intensificò la sua azione imprenditoriale (nelle forme più che nello spirito sostanziale) attraverso l'assunzione di numerose e cospicue partecipazioni in imprese private. Ciò, come emerge significativamente dalle sentenze della Corte costituzionale, per fini di sostegno all'occupazione e di volano alla presenza italiana in settori in cui i nostri operatori economici avevano mostrato difficoltà. È questo il periodo dello Stato-*holding*, gestore (mai troppo brillante) diretto (attraverso il Ministero delle partecipazioni statali) o indiretto (per mezzo degli enti di gestione) di partecipazioni e pacchetti azionari.

Quel che ne è seguito è storia nota, soprattutto al lettore economista. La trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni, essenzialmente finalizzata alla loro cessione o alla liquidazione, e la dismissione delle loro partecipazioni nelle imprese industriali controllate o partecipate.

Per capire che cosa oggi rappresentino le società a partecipazione pubblica e come funzionino, tuttavia, è necessario tenere conto di altri due fenomeni, altrettanto noti e in parte contemporanei. Il primo, quantitativamente meno rilevante ma qualitativamente significativo, attiene alle società dello Stato. Se è vero che la trasformazione dei vecchi enti economici in so-

## le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista

cietà per azioni ha conservato al controllo statale poche soltanto delle vecchie imprese pubbliche (non irrilevanti, peraltro, solo che si pensi a Poste e a Trenitalia), è altrettanto vero che, tra la fine degli anni Novanta e la prima metà del primo decennio di questo secolo, ha avuto impulso un processo di costituzione (o di trasformazione) in forma societaria di soggetti dedicati non all'esercizio di attività propriamente d'impresa, bensì di vere e proprie funzioni amministrative. Nascono così Consip, Patrimonio e Infrastrutture e viene trasformata in società per azioni la Cassa depositi e prestiti.

Si tratta, come avremo modo di considerare in seguito, di società davvero peculiari (il modello della società di capitali viene impiegato per attività istituzionalmente non finalizzate alla produzione di profitto), caratterizzate non tanto da un diritto speciale, quanto da un vero e proprio diritto "singolare". Molte di esse, infatti, sono disciplinate da testi normativi *ad hoc*, fortemente derogatori rispetto all'ordinario diritto delle società, che li consacra come soggetti sottoposti ad intenso controllo pubblico ed alle direttive del socio Stato.

Il secondo dato è quello della nascita (e poi dell'ipertrofia) del sistema delle partecipazioni degli enti locali. Singolarmente, proprio mentre lo Stato dismetteva le proprie partecipazioni, comuni e province iniziavano a costituire società di capitali, nuove o risultanti dalla trasformazione delle vecchie aziende municipalizzate e speciali. Inizialmente il fenomeno fu confinato al settore tradizionale dei servizi pubblici locali (acqua, rifiuti, trasporti, gas) e fu fortemente alimentato dal legislatore, ispirato alla ragionevole intenzione di fornire agli enti uno strumento più funzionale alle nuove esigenze di miglioramento della qualità di gestione e di raccolta delle risorse finanziarie necessarie all'ammodernamento delle reti ed infrastrutturale. Successivamente, esso ha investito ambiti di vera e propria attività d'impresa, portando i comuni ad immettersi in settori nuovi alla loro azione (tecnologia e servizi informatici, manutenzione e *building management*, progettazione, ristorazione, parcheggi ed altri ancora).

Nel loro percorso di trasformazione in imprenditori e azionisti, i comuni sono stati per almeno quindici anni fortemente incentivati dal legislatore statale che, probabilmente convinto che la forma privata generasse di per sé virtù, ha facilitato, sollecitato e a volte imposto l'assunzione di attività per mezzo di società di capitali. Per altro verso, gli enti stessi, alla ricerca di nuove risorse finanziarie da destinare ai propri fini istituzionali, si sono avventurati in attività meramente economiche mai svolte o gestite prima. Si è così generata una singolare situazione in cui al vecchio azionista pubblico (lo Stato) sono succeduti molti azionisti pubblici (comuni e province), gestori di partecipazioni totalitarie, di controllo o di minoranza.

Tre i risultati. Il primo è che il fenomeno è andato assumendo proporzioni di tale rilevanza che anche comuni di piccole dimensioni si sono trovati a dover gestire un significativo numero di partecipazioni. Il secondo è che dopo l'entusiasmo iniziale e l'acquisita familiarità con lo strumento societario sono talvolta arrivate criticità economiche e gestionali che hanno caricato i soci pubblici degli oneri derivanti dalle passività di bilancio a cui fare fronte e della responsabilità verso i cittadini e l'utenza. Il terzo è che il modo con cui i comuni azionisti hanno operato nel mercato non è sempre stato ispirato alle regole della leale concorrenza, dapprima privilegiando le società partecipate nei propri affidamenti e contratti; poi, competendo all'esterno con le società private con un vantaggio derivante non dalle capacità imprenditoriali ma dagli affidamenti diretti da parte degli enti soci.

Un ulteriore dato di particolare sensibilità, che si vedrà di forte impatto sulle politiche legislative degli ultimi cinque anni, emerge non dall'analisi giuridica ma dall'esame della prassi diffusa nella relazione tra enti soci e società partecipate. Accanto ai casi di sano e fisiologico rapporto tra azionista e *management*, che sono assai più numerosi di quanto la *vulgata* pretende, si sono creati dei circuiti malati di sovradimensionamento degli organi gestionali delle società e di intercambio di posizioni, così che i consigli di amministrazione hanno assunto dimensioni e costi del tutto ingiustificati ed *ex* amministratori locali al termine del loro mandato sono divenuti amministratori delle società partecipate dal loro comune.

L'intensità della risposta del legislatore alla situazione descritta è stata pari a quella che aveva caratterizzato il lungo periodo del *favor* per lo strumento societario. A partire dalla metà del decennio appena trascorso e con forte progressione si sono succedute norme che hanno limitato, ostacolato o impedito la costituzione di società da parte degli enti locali, arrivando ad imporre con rigore draconiano persino la dismissione delle partecipazioni esistenti in determinati ambiti d'intervento. Così, nel 2006, da un lato si sono ridotti per composizione e compenso gli organi amministrativi delle società partecipate, dettando un nuovo e severo regime di incompatibilità (art. 1, cc. 718 ss., l. n. 296/2006); dall'altro, si è fortemente limitato lo spettro d'azione delle società di regioni, comuni e province operanti nei settori differenti da quello dei servizi pubblici locali, dettandosi per le stesse il divieto di operare contemporaneamente per gli enti soci e per la committenza esterna e obbligando gli enti a dismettere le partecipazioni in società non "ortodosse" rispetto alla volontà della legge. L'anno successivo, con la legge finanziaria per il 2008 (art. 3, c. 27, l. n. 244/2007) si è vietato ai comuni di costituire o partecipare a società non direttamente finalizzate alla soddisfazione dei loro fini istituzionali e si è fatto loro obbligo di dismettere le partecipazioni non necessarie.

## **le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista**

Nel 2008, con l'art. 23-bis del decreto legge n. 112 (successivamente abrogato con *referendum* del giugno 2011) e con il d.P.R. n. 168 del 2010 (normative tornate in buona parte a vivere nell'art. 4, d.l. n. 138 del 2011) sono state introdotte regole severe in materia di incompatibilità, di reclutamento del personale delle società partecipate, avendo il legislatore mostrato chiaramente l'intenzione di favorire la dismissione delle partecipazioni degli enti locali e la retrocessione di questi dall'azione economica diretta.

Sin qui il panorama giuridico nazionale. Il secondo riferimento normativo, che nella storia giuridica recente delle società pubbliche assume decisivo rilievo, è rappresentato dal diritto comunitario ed europeo. L'ordinamento comunitario, come noto, non pone ostacoli pregiudiziali all'impresa pubblica, a condizione che essa agisca senza falsare l'ordinario assetto del mercato e nel rispetto del principio della concorrenza. Così, sono del tutto conformi ai principi ed alle regole comunitarie tanto l'esternalizzazione con gara di attività dall'amministrazione agli operatori economici privati, quanto l'autoproduzione da parte dell'amministrazione di beni e di servizi per mezzo di società *in house providing*. Al contempo, è considerata del tutto legittima (e per certi aspetti addirittura favorita) la *partnership* (anche in forma societaria) tra pubbliche amministrazioni ed imprese private, a condizione che nella loro costituzione e nel loro modo di operare le società di partenariato non determinino un'alterazione o una compressione della concorrenza.

## **2. La classificazione delle società pubbliche tra confusione della natura e ibridazione del diritto**

Alla luce del sintetico *excursus* condotto e nell'ottica dell'amministrativista, per riandare alle prime righe di questa analisi, si possono disegnare alcune classificazioni delle società a partecipazione pubblica, fondate su differenti parametri. Esistono così società a partecipazione statale che gestiscono servizi pubblici o attività meramente economiche con criterio d'impresa (Poste e Trenitalia ad esempio); società a partecipazione statale che gestiscono funzioni amministrative (Consip); società a partecipazione statale che gestiscono attività strumentali (Invitalia); società a partecipazione regionale di natura strumentale e società regionali che gestiscono attività puramente economiche; società degli enti locali di gestione di servizi pubblici e società locali di gestione di attività strumentali. Esistono poi società partecipate da autonomie funzionali (Università, Camere di commercio) e da altri enti pubblici differenti da quelli territoriali. Passando da un canone di-