

SOCIETA' PUBBLICHE, PRIVATIZZAZIONI, E RAZIONALE ALLOCAZIONE DELLE RISORSE PUBBLICHE

Premessa.

La tematica relativa alle società pubbliche è molto ampia ed articolata, gli interventi normativi in questo settore sono stati molteplici nel susseguirsi degli anni e la specificazione di principi e criteri applicabili ha tenuto impegnata sia la dottrina che la giurisprudenza amministrativa nazionale e comunitaria.

Proprio perché estremamente complesso sarebbe riuscire ad esporre (in modo sintetico) il groviglio di istituti e norme ad esse applicabili, lo scopo di questo breve scritto è principalmente quello di fornire qualche ulteriore spunto di riflessione.

Il dato di partenza, per questa disamina, non può che essere una visione d'insieme del fenomeno societario e le norme che sono intervenute ad apportarvi modifiche, per poter giungere ad una analisi finale per verificare non solo se il proliferare di società pubbliche si è basato su esigenze effettive e concrete, ma anche se il legislatore, attraverso i molteplici interventi, sia riuscito ad arginare questo fenomeno.

Quanto al quadro generale è certamente risaputo che le società pubbliche sono uno strumento utilizzato dalle amministrazioni, generalmente, per svolgere compiti istituzionali ad esse affidati per legge e allo scopo dichiarato di:

- voler perseguire una maggior efficienza economica nella gestione di servizi pubblici;
- realizzare opere attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici;
- sostenere l'attività di impresa e l'occupazione.

A fronte di tali scopi, senz'altro pregevoli, ciò a cui si è assistito è stato una crescita esponenziale di soggetti di natura privatistica, che difficilmente è avvenuta sulla base di idonei studi preliminari di convenienza economica e di analisi del mercato nel settore di riferimento. Al contrario, senza alcuna indagine preventiva di necessità e opportunità, si è assistito alla costituzione di società o comunque di figure soggettive alternative agli ordinari uffici ed organi dell'ente, per ogni compito amministrativo.

Ma quel che è più grave è che, se pur nell'ottica di realizzare scopi significativi, si è avuta la proliferazione di società operanti sotto il controllo di forze politiche.

Sono queste, infatti, che incidono sui principali aspetti delle società pubbliche ossia:

- la loro costituzione, attraverso l'individuazione di programmi e finalità che vengono tacciati per essere assolutamente necessari alla realizzazione dei fini istituzionali e nell'interesse della

collettività, ma che molto spesso rispondono a obiettivi “politici”, stabiliti discrezionalmente dalle istanze di governo;

- la loro gestione, attraverso:

i. nomine dirette di amministratori da parte dei rappresentanti politici che sono al governo (e che a loro volta subiscono le pressioni dei vari livelli territoriali su cui operano o da cui provengono) indipendentemente da qualunque idonea qualifica professionale e senza alcuna delimitazione quanto a cause di incompatibilità e conflitti di interesse;

ii. impegnando risorse pubbliche nell’assunzione di personale senza procedure concorsuali. Infatti, la forma giuridica prescelta sottrae queste imprese al regime legale di determinazione delle piante organiche e delle assunzioni mediante pubblico concorso, spostando di fatto il gioco clientelare delle assunzioni su questi soggetti.

iii. impegnando ulteriori risorse per acquisizione di beni e servizi spesso eludendo e aggirando le procedure pubblicistiche di derivazione europea nella contrattazione relativa agli appalti.

Ovviamente, tutto questo è stato possibile anche per il fatto che a livello legislativo è mancata la delineazione di principi fondanti, di finalità che fossero riconosciute meritevoli di essere realizzate attraverso la forma societaria, di modalità sia preventive che successive di verifica sull’operatività, la economicità e la convenienza di tali soggetti.

E’ mancato un sistema di controllo effettivo sugli atti di spesa, così di verifica\controllo della cessione\riacquisto delle partecipazioni rispetto a soci privati (si pensi all’abolizione generalizzata su tutta la p.a., del controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sugli atti di gara per pubblici appalti).

A ciò deve aggiungersi che la proliferazione del fenomeno ha trovato ampi margini di manovra anche per l’irrompere delle nuove competenze legislative esclusive delle regioni che si sono servite dell’istituto societario allo scopo di voler sostenere la politica economica di asserito sostegno al “privato”.

Anche gli interventi legislativi, lontani dall’affrontare il problema in maniera sistematica e strutturale, si sono nascosti dietro diversi espedienti (prima la necessità di ristabilire equilibri concorrenziali, poi di ridurre la spesa pubblica) per apportare tagli in modo lineare, soprattutto a Regioni e enti locali che, lungi dal rivedere in termini di efficienza le proprie strutture societarie, hanno finito per tagliare i servizi spesso indispensabili per la collettività.

Le dimensioni del problema, acuite dalla sostanziale sottrazione alla concorrenza dell’attività di una parte di queste società, sono piuttosto oscure, in assenza di una trasparente ricognizione dei dati relativi a bilanci, profitti, ricapitalizzazioni in corso di attività e redditività degli investimenti.

L'entità delle dimensioni si percepisce soltanto dalle ricadute in termini di spesa pubblica dall'entità e disomogeneità degli interventi normativi nel settore; da ultimo le recenti norme sulla spending review che vanno ad interessare le società pubbliche, anche se è troppo presto per comprendere se gli interventi previsti saranno adeguati alla necessità di ripristino di situazioni di legalità, economicità ed efficienza di cui ci sarebbe bisogno.

Lo scopo di questo scritto è proprio quello (oltre a fornire una panoramica generale e riassuntiva del partenariato pubblico-privato) di ripercorrere, alla luce delle criticità appena viste, gli interventi normativi succedutisi nel tempo per palesare come nonostante lo sforzo non vi sia mai stata una reale volontà di arginare questo grave fenomeno, fino ad arrivare al più recente degli interventi e ai dubbi ancora aperti.

1) La nascita del fenomeno societario, il suo sviluppo a livello territoriale e tipologie societarie.

Solo per soddisfare un po' di curiosità deve premettersi che l'uso dell'impresa pubblica come strumento di intervento nell'economia si è imposto principalmente nel XX secolo. Infatti in Italia, in una prima fase storica (che va dalla fine del secolo XIX fino agli anni venti del secolo scorso) si è affermato il modello dell'impresa-organo soprattutto nella forma dell'azienda autonoma o amministrazione autonoma dello Stato (Cassa depositi e prestiti, Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni, Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, ecc).

In una seconda fase, si è affermato, per un verso, l'ente pubblico economico che svolge direttamente l'attività di impresa e, per altro verso, l'ente pubblico di gestione.

Rispetto al modello dell'impresa-organo tali enti consentono allo Stato una gestione soltanto indiretta dell'attività imprenditoriale.

Gli ultimi decenni, con l'affermarsi di concezioni politico-economiche di stampo liberista e sulla base della constatazione degli aspetti negativi di questo tipo d'intervento pubblico nell'economia, sono stati contrassegnati da un progressivo ridimensionamento della partecipazione statale nell'esercizio dell'attività di impresa che però ha portato a risultati esattamente opposti (una forte ingerenza nel sistema concorrenziale) o comunque fortemente distorsivi dei normali equilibri tra il sistema di gestione pubblico e le attività imprenditoriali private.

Tale (tentativo di) ridimensionamento è avvenuto con un processo che ha preso il nome di privatizzazione e ha comportato:

-il mutamento della forma giuridica dell'impresa pubblica verso assetti più flessibili per l'esercizio di attività imprenditoriali ed, in particolare, la trasformazione delle aziende autonome e degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato;

-la vendita a privati delle partecipazioni nelle società, anche al fine (così si è detto) di destinare i proventi al risanamento del bilancio pubblico.

A livello locale, il modello di impresa pubblica originario era quello dell'impresa organo concretizzatosi nella diffusione delle aziende municipalizzate (il Testo Unico del 1925 prevedeva la figura dell'azienda autonoma). Con la legge 8 giugno 1990 n. 142 sulle autonomie locali, il legislatore ha dato ingresso agli altri tipi di impresa pubblica, vale a dire l'ente pubblico economico e la società a partecipazione pubblica.

A livello regionale, invece, le società a partecipazione pubblica, affermatesi da qualche decennio nella prassi ad effetto di leggi regionali, sono utilizzate per l'esercizio di funzioni aventi spesso natura finanziaria.

Attualmente le società a partecipazione pubblica statale, regionale o comunale si differenziano seconda dell'entità della partecipazione, per cui si distinguono società a totale partecipazione pubblica (le cd. società *in house*) da quelle miste nelle quali partecipano anche capitali privati. Nell'ambito delle società miste vi sono società a capitale pubblico maggioritario (la maggioranza del capitale sociale è detenuto dalla parte pubblica) e minoritario (la maggioranza in questo caso è detenuta dal privato).

Tali società pubbliche, infine possono svolgere attività amministrativa in forma privatistica e quelle che svolgono attività di impresa ossia l'erogazione di servizi rivolta al pubblico sul mercato.

Quanto al confine tra società *in house* e mista, esso è stato sviscerato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. La società *in house* deve presentare tre requisiti: essere a totale partecipazione pubblica, anche di più enti pubblici; essere sottoposta ad un controllo, da parte del socio pubblico, analogo quello da esso esercitato sui propri servizi; realizzare la parte più importante della propria attività con il socio o i soci pubblici. Ciascuno di questi tre requisiti ha dato luogo a questioni interpretative delicate su cui non è il caso di soffermarsi in questa sede.

Ogni qualvolta non ricorrano i requisiti anzidetti, la società o è mista, se c'è partecipazione di capitale privato, o è comunque una società non *in house* (se pur essendo a totale partecipazione pubblica, manchino uno o più dei suddetti requisiti), ed è dunque un soggetto terzo.

Con riferimento agli affidamenti diretti (ossia i servizi che l'amministrazione pubblica conferisce alla società), nella società *in house*, non essendoci soci privati, e dunque scelta del partner privato, non occorre alcuna procedura di gara per la sua costituzione (anche ove essa abbia una pluralità di soci pubblici). In presenza delle condizioni suddette, la società *in house* si atteggia a

organo indiretto, *longa manus* dell'ente pubblico, diviene una mera formula organizzativa interna, ed è pertanto possibile affidare ad essa in via diretta contratti senza procedura gara, fuori dal mercato.

Nella società mista, la procedura di evidenza pubblica invece, occorre già, a monte per la scelta del socio privato (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 163/2006), e poi per l'affidamento dei contratti.

2) Alcuni dati numerici sull'entità del fenomeno.

Anche rinvenire dati esaurienti sul numero e la tipologia delle società pubbliche e sullo stato di salute economico-finanziario delle stesse per riuscire quantomeno a comprendere se le amministrazioni sono riuscite a perseguire gli scopi di pubblica utilità che si erano prefissate con la loro costituzione, non è cosa agevole.

In base all'articolo 1 della Legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (“Operazione Trasparenza”) le Amministrazioni devono comunicare al Dipartimento della Funzione Pubblica le partecipazioni in consorzi e società partecipate. Accedendo al sito www.consoc.it per l'anno 2011 si rinviene un file in excel (<http://www.perlapa.gov.it/web/guest/partecip2011>) che dovrebbe contenere le partecipazioni delle pubbliche amministrazioni in consorzi e società partecipate.

Da questo documento le partecipazioni in consorzi/società/fondazioni (non quindi il numero di società) ammonterebbero a **39.357**. E si tratta comunque di dati relativi poiché la ricognizione è su base volontaria.

La Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, con l'*Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte dei comuni e province* del giugno 2010 ha fornito alcuni dati quantitativi del fenomeno che però si riferiscono all'arco temporale 2005-2008, sono stati rilevati 5.860 organismi partecipati da 5.928 enti (attenzione però perché si tratta solo di Comuni e Province, escluse quindi regioni e amministrazioni statali) costituiti da 3.787 società e 2.073 organismi diversi (dati che sono riportati nel documento n. 337 del 4.4.12 della Camera dei Deputati rinvenibile su http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/BI0506.htm#_ftnref2). La Corte dei Conti conferma che con riferimento ai risultati economici delle società partecipate, nel triennio 2005-2007, dall'indagine risulta che 568 società, corrispondenti al 22,35% del totale, sono sempre in perdita.

L'area di attività prevalente per le società sempre in perdita è quella dei servizi diversi dai servizi pubblici locali (con il 63,32% delle società sempre in perdita).

Nell'area dei servizi pubblici locali, il settore che mostra la percentuale più elevata di società in perdita è quello dei trasporti, seguito dal settore dell'ambiente – rifiuti. La Corte conferma che la costituzione e la partecipazione in società da parte degli enti locali risulta essere spesso utilizzata

quale strumento per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e sovente finalizzato ad eludere i vincoli di finanza pubblica imposti agli enti locali.

Ma anche il precedente documento n. 237 del 27.5.2011 della Camera dei deputati (http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/bi0409.htm#_ftnref2), richiamando una ricerca dell'Assonime, parla di 5000 società a partecipazione pubblica.

Anche l'ANCI ha estratto dal sistema informativo del registro delle imprese i dati di tutte le imprese tra i cui soci al 31 dicembre 2010 figurava almeno un Comune.

Il risultato dell'estrazione ha dato 4.206 imprese (che si ribadisce sono solo comunali). Dall'esame dei bilanci depositati, inoltre, l'ANCI ha ricavato i seguenti dati: Valore della produzione complessivo 24.893.483.916, Costi del personale 7.254.217.511, Utile totale delle società in utile 824.662.289, Perdite totali delle società in perdita -581.216.033.

Un recente articolo pubblicato sul Corriere della Sera dell'8.10.12 (http://www.corriere.it/politica/12_ottobre_08/quelle-societa-in-rosso-finanziate-da-regioni-antonella-baccaro_83723228-110b-11e2-b61f-b7b290547c92.shtml) richiamando una relazione di agosto della Corte dei Conti, pubblicava dati ancora diversi in base ai quali risulterebbero censiti 394 organismi partecipati di proprietà delle Regioni e per questi le perdite ammonterebbero a 92 milioni di euro solo per le partecipate al 100% delle regioni a fronte di 780 mil versati a titolo di contributo in conto esercizio e corrispettivi (solo per avere dati di confronto numerici si ricorda che soltanto l'ultima manovra finanziaria ammontava a circa 10 milioni di euro).

Vista l'impossibilità di avere dati omogenei e certi con riferimento a tutto il territorio nazionale (e questo è già indicativo di una ingiustificata distorsione del sistema), i dati parziali su emersi servono comunque a comprendere l'entità del fenomeno in termini economici, a cui si aggiungono ulteriori e inammissibili alterazioni del sistema pubblico con riferimento al regime di concorrenza, alle assunzioni del personale, alle nomine degli amministratori ecc., di cui si farà cenno di seguito.

3) Le modifiche normative intervenute. Gli intenti e i risultati (non) raggiunti.

Come riporta anche il documento 337 della Camera dei Deputati, Il legislatore è intervenuto sul fenomeno della proliferazione delle società a partecipazione locale, *“con l'intento di rimediare alle distorsioni del fenomeno: alterazione della concorrenza ed aggiramento dei vincoli di finanza pubblica in capo agli enti territoriali; in alcuni casi introducendo specifici divieti, in altri introducendo norme volte ad incentivare il fenomeno della dismissione di partecipazioni azionarie da parte dei soggetti istituzionali locali”*.

Gli interventi che si sono succeduti, come si vedrà, sono stati ampi, ma anche molto confusi, disomogenei e certamente non esaurienti perché se da un lato lo scopo era quello di arginare un fenomeno dilagante (comunque monitorato dalla CE) i cui fallimenti cominciavano ad essere sotto gli occhi di tutti, dall'altro il legislatore ha dovuto mettere le mani in un vaso di pandora, rimaneggiando uno strumento da anni utilizzato dalle amministrazioni, sotto la parvenza del conseguimento di interessi pubblici, per realizzare obiettivi anche politici e che per questo richiedeva un certo lassismo del sistema ed una informalità relativa nella gestione delle risorse, rispetto all'ordinario sistema legislativo di spesa.

Il legislatore, quindi, è partito dalle conseguenze più eclatanti e tangibili prodotte dalle partecipazioni societarie ed ha tentato di arginarne il sistema, operando su diversi fronti:

1) Preso atto che le partecipazioni societarie avevano creato gravi distorsioni nel sistema della concorrenza, molto spesso in danno delle imprese private, ha tentato di introdurre limiti all'operatività, all'attività o all'oggetto delle società pubbliche;

2) di fronte al fenomeno delle nomine degli amministratori di origine politica, di compensi fuorimisura, delle assunzioni di personale senza controllo, delle spese per benefit di ogni tipo, dei compensi elargiti per consulenze (spesso utilizzate come strumento di scambio), ha tentato di introdurre vincoli volti ad evitare che la partecipazione pubblica potesse essere foriera di sprechi ingiustificati;

3) di fronte ad uno schermo privatistico utilizzato per eludere disposizioni proprie dei soggetti pubblici, ha esteso alle società pubbliche alcuni vincoli tipicamente pubblicistici.

4.1) Sul primo punto: limiti all'operatività, all'attività o all'oggetto delle società pubbliche

4.1.a) Il primo tentativo di riforma in tal senso è avvenuto con l'**art. 13 del d.l. n. 223/2006** (decreto Bersani), con il quale si voleva preservare la concorrenza e il mercato dal rischio di alterazioni dovute alla presenza sul mercato di società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali, non per l'esercizio dell'attività di impresa, bensì per lo svolgimento di attività strumentale o amministrativa.

La norma in commento impone a tali società di "operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti", e aggiunge che "non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale".

Specificando che le società strumentali sono strutture costituite per svolgere attività e servizi rivolti essenzialmente alla stazione appaltante e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività, anche se occasionalmente fruiti dall'ente locale¹.

L'intervento legislativo aveva certamente ragioni d'essere in quanto:

- per la stretta contiguità con l'ente pubblico costituente, partecipante o affidante, tali società si trovavano in una posizione di vantaggio o privilegiata determinata dalla strumentalità², distorsiva della concorrenza e violativa del principio di parità degli operatori.

- Il privilegio per alcune imprese poteva consistere, sostanzialmente, in una forma di aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi.

- Il privilegio poteva consistere anche in agevolazioni fiscali o contributive.

- La più vantaggiosa posizione di mercato veniva realizzata semplicemente introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, oppure garantendo all'impresa una partecipazione sicura al mercato cui apparteneva con contratti il cui provento copriva la maggior parte delle spese generali (una sorta di minimo garantito). E senza che fosse necessario un profitto, ma soltanto quanto era necessario per mantenere l'apparato aziendale.

- Le acquisizioni contrattuali successive potevano avvenire offrendo sul mercato condizioni ancor più concorrenziali, poiché l'impresa non doveva imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Ciò consentiva a tali imprese pubbliche di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi in danno delle aziende private e della par condicio.

- Tale sistema incoraggiava il capitalismo di Stato e conduceva alla espulsione delle imprese private³.

- Il fenomeno aveva certamente contribuito all'inesorabile lievitazione della spesa pubblica⁴.

L'entrata in vigore di questa disposizione ha quale effetto immediato la rincorsa all'elusione, attraverso il ricorso a forme di interpretazione forzata letterale, sistematica o finalistica a seconda dei casi.

Qualche esempio?

- La norma era operante sulla sola società direttamente partecipata dall'amministrazione pubblica e pertanto poteva essere elusa attraverso la costituzione di una società indirettamente partecipata.

1Cons. St. n.1600/2008, n.3766/2009, TAR Liguria n. 3989/2009.

2Consiglio Stato, sez. V, 05 marzo 2010, n. 1282

3T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161.

4Consiglio di Stato, Sez.II, 25 settembre 2009 n. 322.

Si assisteva, quindi, dapprima ad una sorta di espansione dell'operatività della norma anche nei confronti di società di secondo grado⁵ e di terzo grado⁶ (ossia società che non costituite direttamente da amministrazioni pubbliche) ad opera della giurisprudenza. E subito dopo ad un arretramento della stessa giurisprudenza: dato il carattere eccezionale della norma, deve farsi della stessa una stretta interpretazione che non vada oltre i casi esplicitamente previsti⁷.

Ne era un esempio la decisione n. 36/2010 del TAR Lazio il quale affermava che le disposizioni (e i divieti) di cui all'art. 13, cit. risultavano applicabili solo nel caso in cui la Regione o l'Ente locale detenevano in via immediata e diretta partecipazioni nell'ambito della compagine sociale, e non anche in ipotesi di partecipazione indiretta o mediata (il TAR perviene a tale conclusione sostenendo: a) che l'art. 13 non aveva fatto alcun riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario di cui all'art. 2359 c.c.; b) attraverso una mirata interpretazione e delimitazione del concetto di strumentalità contenuto nella norma).

- Il Consiglio di Stato⁸ provava nuovamente a deviare la suddetta interpretazione in senso più conforme agli obiettivi del decreto Bersani ma anche tale tentativo veniva criticato⁹.

- Se da una parte si tendeva ad affermare che le società strumentali dovevano avere oggetto esclusivo (ossia devono svolgere determinati servizi e solo per l'ente da cui sono controllate), una deroga veniva elaborata con riferimento alle società ad oggetto misto, cioè quelle che al contempo avevano come oggetto lo svolgimento di servizi ed attività strumentali e la gestione di servizi pubblici locali. In questo caso la Corte dei Conti avallava la possibilità dell'oggetto non esclusivo *"al fine di salvaguardare i costi pubblici e di limitare il proliferare di nuove ed onerose società"*¹⁰.

Il Consiglio di Stato¹¹, invece, facendo appello all'art. 86 del Trattato di Roma e all'art. 1, lett. c) della direttiva Cee 92/50, sostenne che le società che svolgono servizi pubblici locali, partecipate integralmente o in parte dagli enti locali per altri fini, non dovevano avere un "oggetto sociale esclusivo" e non erano soggette alle limitazioni imposte dall'art. 13.

4.1.b) Nonostante il Decreto Bersani il legislatore si rende conto che lo schema societario continua ad essere utilizzato quale strumento per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e del mercato, e in settori estranei alle proprie missioni istituzionali. Con la **I. n. 244/2007 (finanziaria 2008)** si introducono disposizioni incisive e di portata generale, in quanto vincolanti

5V. TAR Sicilia n.2598/2009

6Autorità vigilanza contratti pubblici n.135/2007 e n.28/2009, Consiglio di Stato n.4829/2008. In senso contrario TAR Liguria n.39/2009.

7 V. Cons. St. n. 4346/2009; V. Cons. St. n. 1282/2010

8Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829, in www.lexitalia.it.

9 C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"*?, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2010

10Corte Conti, sez. Controllo, Lombardia, parere 13 novembre 2008, n. 85

11 Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4649.

tutte le pubbliche amministrazioni ed aventi ad oggetto la previsione di limiti comuni alla costituzione di società ed all'assunzione di partecipazioni¹².

Nel dettaglio, per quello che qui può interessare, l'art. 3 comma 27 circoscrive l'oggetto di tutte le società a partecipazione pubblica, e prevede la legittimità soltanto di quelle che producono beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali.

Nel contempo è fatta salva la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale.

Ed ecco il primo problema. Quali sono i beni e servizi strettamente necessari e i servizi di interesse generale? E chi lo può stabilire dal momento che in quella fase mancavano nell'ordinamento riferimenti chiari per la definizione delle funzioni fondamentali degli enti locali, ai sensi dell'art.117, secondo comma, lett. p della Costituzione?

La Corte dei Conti ha ritenuto che tale competenza spettasse al Consiglio comunale che solo è in grado di interpretare i bisogni della collettività locale, valutarne le necessità e soddisfarle¹³. Per le amministrazioni dello Stato, invece, la competenza è del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia.

Quindi, da una parte vi è sempre a monte un organo che decide in maniera del tutto discrezionale, ed in secondo luogo, qualora l'attività societaria non risulti prodromica alla realizzazione dell'attività dell'ente, viene comunque ammessa la via di fuga costituita dall'utilizzo dello strumento societario qualora questo produca servizi di interesse generale.

Ed anche in questo caso cosa si intende per "interesse generale"? Manca, infatti, una definizione a livello nazionale, mentre una definizione si riscontra solo in ambito comunitario (Libro bianco sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione europea nel 2003 - Com/2003/0270 - e ripreso nel 2004 - Com/2004/0374 – nonché art. 86 Trattato CE). Ebbene, nel

12 L'art. 3, commi da 27 a 29, della legge n. 244 del 2007 dispone che, *“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 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), 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. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte”* di dette amministrazioni nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza (comma 27); inoltre, stabilisce le modalità per l'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento di quelle già possedute, nel caso di sussistenza dei presupposti del comma 27 (comma 28), nonché della dismissione delle partecipazioni detenute in violazione del comma 27 (comma 29). I successivi commi da 30 a 32 del citato art. 3 hanno recato le direttive in tema di trasferimento delle risorse umane e finanziarie e di determinazione delle dotazioni organiche, nel caso di costituzione di società o enti, ovvero di assunzione di partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, effettuate nel rispetto del comma 27 (commi 30 e 31) e disposto che i collegi dei revisori e gli organi di controllo interno delle amministrazioni e dei soggetti interessati dai processi di cui ai commi 30 e 31 debbano asseverare il trasferimento delle risorse umane e finanziarie, trasmettendo una relazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica – e al Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato – e segnalando eventuali inadempimenti anche alle sezioni competenti della Corte dei conti (comma 32).

13 Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Veneto n.16/2010.

contesto comunitario i servizi di interesse generale comprendono servizi commerciali, servizi non commerciali, funzioni, attività che, in virtù di un criterio di interesse economico generale, vengono offerte dalle grandi industrie di rete, quali energia, servizi postali, trasporti, telecomunicazioni e sono, comunque, soggette ad obblighi di servizio pubblico oppure attività di interesse generale non economico aventi ad oggetto servizi sociali (es. sistemi scolastici, protezione sociale, ecc.) e funzioni (giustizia, sicurezza, ecc.), rilevanti all'interno dei vari livelli di competenza .

Proprio la genericità delle definizioni dimostra come la stesa Commissione europea, non ritenga percorribile la strada dell'enucleazione dei servizi di interesse generale.

Il comma 29, invece, ha previsto il termine di trentasei mesi per la cessione a terzi delle società e delle partecipazioni vietate. Ma si tratta di una previsione giuridicamente improponibile, perché tecnicamente non si può “cedere una società” se non cedendone le partecipazioni.

Tra l'altro per le amministrazioni non statali la cessione deve necessariamente avvenire tramite procedure ad evidenza pubblica (ma anche qui non son mancate interpretazioni diverse che escludono la necessità della gara in specifiche fattispecie quali il subentro del socio privato di minoranza o la cessione totale del capitale).

Per le amministrazioni dello Stato (attraverso un richiamo del comma 29 ad altre disposizioni – ad esempio l'art. 1 del d.l. n. 332/1994) non è possibile procedere alla vendita di partecipazioni azionarie con gara, e lo strumento utilizzabile è la cessione.

Sotto il profilo del contenimento dei costi il comma 30 dell'art. 3 citato, impone di adottare, una volta scelto di costituire società o assumere partecipazioni, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie in misura adeguata alle funzioni esercitate attraverso gli organismi costituiti o partecipati, e di provvedere contestualmente alla corrispondente riduzione della dotazione organica, con attivazione della procedura per la dichiarazione dell'eccedenza di personale.

Quanto al personale, proprio perché la forma societaria prescelta ha sempre avuto lo scopo di spostare di fatto il gioco clientelare delle assunzioni su questi soggetti, pare dubitabile che vi sia stata una corrispondente diminuzione del personale interno o un trasferimento di questo personale e comunque non esistono dati di riscontro su questo punto.

Quanto alle risorse strumentali e finanziarie non va dimenticato che è rimessa agli organi di controllo interno l'analisi economico-finanziaria del *business plan* e del piano industriale dell'organismo costituito o partecipato. Sarà questo organo, quindi, che discrezionalmente potrà valutare o porre gli elementi sufficienti a quantificarne il fabbisogno “in misura adeguata”.

Oltre a quello appena viste, vi sono anche altre problematiche o criticità emerse con l'entrata in vigore della norma.

- Anche in questo caso sono state avanzate le più ampie e varie interpretazioni. E poiché la ratio ispiratrice era la salvaguardia della concorrenza, si è tentato di escludere dall'applicazione di tali disposizioni le società pubbliche, tutte quelle volte che non si poneva un problema di concorrenza.

- Si assiste nuovamente ad una diffusa tendenza delle amministrazioni ad effettuare forzature sulle norme, sfruttando al massimo la loro non univocità e gli spazi di discrezionalità interpretativa per preservare situazioni di vantaggio e ampio margine di manovra che le società consentono.

- Non sono definiti gli effetti degli atti costitutivi di una società creata senza seguire l'*iter* procedimentale indicato dalla legge o il cui statuto non sia conforme alla disciplina dettata.

- Non sono previste forme di controllo in sede di procedimento per l'acquisto della personalità giuridica, al fine di verificare l'uso strumentale di associazioni, fondazioni o altre istituzioni per la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica¹⁴.

- Non sono previsti gli effetti delle dimissioni delle società non conformi alla disciplina normativa e le modalità di riassunzione della gestione diretta del servizio.

- Non sono state previste le ricadute sulla sorte del personale alle dipendenze della società liquidata¹⁵.

- E' stato fissato un termine per le dimissioni (originariamente fissato in giugno 2009) che non si è mai realizzato.

Tra l'altro secondo l'interpretazione della Corte dei conti entro il termine fissato per legge, le amministrazioni devono avviare la procedura di dimissione, ma non obbligatoriamente completare l'*iter*¹⁶. Non è un caso, quindi, che le disposizioni in esame, hanno trovato scarsa attuazione e in alcuni casi vi sono stati specifici richiami (Toscana, Emilia Romagna, Calabria, Umbria, Molise, ecc.)¹⁷.

- Vi sono stati provvedimenti di ricognizione, che non hanno dato luogo ad alcuna dimissione¹⁸

- Sono state rilevate applicazioni irrazionali della normativa con affidamento di nuove attività a società costantemente in perdita¹⁹.

- Sono state mantenute in vita società avente ad oggetto l'analisi complessiva delle società partecipate dall'ente con lo scopo di studiarne l'organizzazione e le prospettive di rilancio²⁰.

14 (Delibera Sez. Lombardia n.270/2008)

15 (Delibera Sez. Lombardia 68/2008 e 987/2009).

16 Corte dei conti, Parere Sez. contr. Lombardia n. 48/2008.; Corte dei conti, Parere Sez. contr. Veneto n. 18/2008.

17 Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Molise n.28/2009.

18 Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Molise n. 13/2009, Sez. reg. Umbria n.13/2009.

19 Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Molise n.12/2009.

20 Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Campania n.8/2009.

- Si sono verificate ipotesi di trasformazione di s.p.a. in s.r.l., non operative, sottocapitalizzate e del tutto inidonee a realizzare le attività statutarie, senza alcuna motivazione²¹.

4.1.c) L'esigenza di riduzione dei costi si fa sempre più pressante unitamente a quella di razionalizzare il fenomeno delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali, anche alla luce di comportamenti sostanzialmente elusivi degli obblighi e vincoli previsti dai commi 27 e ss. dell'art.3 della legge finanziaria 2008. Così che il legislatore torna ad intervenire con l'**art. 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n.78**, ritenendo che un ridimensionamento effettivo del fenomeno possa essere ottenuto dai Comuni solo imponendolo *ope legis*.

Questa volta cambia l'ottica delle modifiche, tese non più a tutelare la concorrenza ma legate ad esigenze di riduzione dei costi.

Si vieta espressamente la costituzione di società ai Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti i quali, entro il 31 dicembre 2011, avrebbero dovuto mettere in liquidazione quelle già costituite ovvero cederne le partecipazioni.

Ma arriva subito la prima eccezione (art. 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 222): tale disposizione non si applica nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi.

Sono previste eccezioni anche nei confronti delle società con partecipazione paritaria o proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti, e nei confronti dei Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti, che possono detenere la partecipazione di una sola società.

Inoltre in sede di conversione (l. n. 122/2010) è stato previsto che sia il Ministro per i rapporti con le regioni a determinare le modalità attuative della liquidazione nonché ulteriori ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione della norma.

Anche in questo caso, le problematiche più evidenti:

- Il divieto non attiene ad ogni partecipazione ma solo alla nuova costituzione di società.
- Le limitazioni sono destinate solamente ai Comuni, e neppure a tutti, individuati sulla base di parametri puramente quantitativi (che danno adito a questioni di legittimità costituzionale sotto il profilo della irragionevolezza e della disparità di trattamento).
- La norma in commento esordisce con "*Fermo restando quanto previsto...*" nella Finanziaria 2008. I vari dubbi interpretativi hanno portato a ritenere che vi è certamente la possibilità di costituire *ex novo* e partecipare a società attinenti servizi di interesse generale, mentre vi sarebbe qualche dubbio in questo senso per le società strumentali.

²¹ Corte dei conti, Delibera Sez. reg. Lombardia n.245/2009.

- Anche in questo caso la dismissione (entro il 31 dicembre 2011) è rimessa alla discrezionalità dell'ente locale. E tra l'altro è di difficile attuazione in quanto, salvo il caso delle società nelle quali il socio ente locale dispone della effettiva possibilità di scegliere tra cessione della partecipazione e scioglimento della società, numerosi sono invece i casi in cui il comune socio non dispone della maggioranza necessaria per imporre uno scioglimento societario.

In questi casi al comune, non potendo imporre lo scioglimento agli altri soci per legge (in quanto non previsto), non resterà che optare per la cessione delle proprie partecipazioni.

- Vi è anche chi sostiene che la liquidazione di queste società ha comunque effetti devastanti per i comuni da un punto di vista economico: scarsa appetibilità di partecipazioni di Comuni di modeste dimensioni, che comporteranno o una svendita di tali *asset* patrimoniali pubblici o finanche l'impossibilità materiale di vendita per assenza di compratori; sorte del personale; carico fiscale connesso a tali operazioni; pagamento dei debiti residui che, anziché poter essere estinti nel tempo e con la normale gestione societaria, devono essere accollati interamente all'ente locale.

- Nella parte finale, la norma effettua un rimando ad un regolamento attuativo e quindi vi è un differimento sine die. Ovviamente anche tale disposizione non poteva essere utilizzata che in maniera strumentale, per cui l'ANCI, ad esempio, l'ha interpretata nel senso che fino all'emanazione del predetto decreto le disposizioni di cui al comma 32 non si applicano.

4.1.d) In base alla nuova normativa di cui all'**art. 23-bis, d.l. n. 112/2008**, in via ordinaria la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve essere conferita:

a) a imprese che ottengono l'affidamento attraverso procedure competitive a evidenza pubblica; oppure

b) a società a partecipazione mista pubblico privata, se la selezione del socio avviene attraverso procedure competitive a evidenza pubblica che hanno ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, purché al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento del capitale.

L'affidamento *in house* è ora consentito solo in via eccezionale, a condizione che siano rispettati i requisiti del diritto europeo e che, inoltre, "*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*" non permettano un efficace e utile ricorso al mercato.

Le società miste, invece, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori nè svolgere attività in ambiti territoriali diversi da quelli di riferimento del socio pubblico oltre che a favore di altri enti pubblici o privati (art.23-bis comma 9).

La giurisprudenza nazionale, conformemente alla norma, afferma l'eccezionalità del modello *in house*, in quanto deroga alle regole generali comunitarie di apertura al mercato.

In particolare, l'Adunanza plenaria 3 marzo 2008 n. 1 ha ribadito che la società *in house* costituisce una deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), per cui è ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

Quanto alle condizioni di ammissibilità dell'affidamento alla società mista nonostante il parere n. 456/2007 del Consiglio di Stato, la questione non è stata risolta neppure dall'Adunanza Plenaria, la quale si è limitata a prendere atto che *“allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo”*. Allo stato, qualunque scelta provocherebbe dunque *“il rischio di dar luogo a interpretazioni praeter legem, che non potrebbero trovare l'avallo della Corte di Giustizia”* (Cons. St., Ad. pl. n. 1/2008).

E' seguito anche un importante intervento della Commissione europea la quale ha stabilito che per costituire un partenariato pubblico privato (PPPI) in modo conforme ai principi del diritto comunitario la procedura è la seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto (soluzione aderente a quanto prospettato nel parere del Consiglio di Stato 456/07).

Partendo dal dato normativo, va dedotto, anche qui, qualche spunto riflessivo.

- Primo tra tutti quello per cui, in questo settore, l'intervento comunitario va sempre visto in un'ottica critica rispetto allo stato di fatto socio-culturale-economico sussistente nel Paese.

Se infatti, a livello comunitario, il coinvolgimento nella gestione dei servizi pubblici locali di soggetti privati è visto con favore perché essi possono apportare agli enti locali know how aggiuntivi e contribuire a una gestione più manageriale delle aziende, nella pratica lo strumento della società mista si è dimostrato troppo spesso facile da prestarsi ad abusi.

- Questo modello ha costituito spesso, in Italia ma anche in altri Stati membri, un espediente per aggirare le regole dell'affidamento dei servizi locali in base a una procedura competitiva²².

²² La fioritura delle società miste ha avuto, secondo i critici, anche la finalità di ampliare «in misura rilevante le potenzialità di uso clientelare del potere politico, ovviamente senza alcun vantaggio per la migliore realizzazione dell'interesse pubblico»: cfr. C. SALVI – M. VILLONE, *Il costo della democrazia*, Milano, 2005, p. 107.

Infatti, la gara per la scelta del socio privato della società mista al quale poi affidare direttamente il servizio, rischia di essere una finzione perché non è facile prefigurare criteri oggettivi, soprattutto se la costituzione della società mista avviene in una fase nella quale non è ancora chiarito quali saranno i servizi che le verranno affidati in gestione.

- Ed anche se queste ultime disposizioni normative denotano un cambio di indirizzo nel senso di non legittimare le amministrazioni all'utilizzo dello strumento privatistico, ma anzi a limitarlo, da questo mutamento d'indirizzo restano comunque immuni le partecipazioni societarie possedute da amministrazioni dello Stato, originariamente incluse nel campo di applicazione della finanziaria 2008 ma poi assoggettate a regimi diversi da altri provvedimenti. Con conseguente disarmonia sistematica non giustificata e giustificabile che assoggetta fattispecie analoghe a logiche opposte.

- E lo stesso può dirsi per le norme del decreto competitività, il cui campo di applicazione è irragionevolmente circoscritto quanto all'ambito soggettivo dei suoi destinatari.

Quello che emerge chiaramente, invece, è l'andamento ondivago della legislazione del settore, che passa dal consentire con estrema larghezza l'adozione dello strumento societario da parte di soggetti pubblici, all'imposizione di limiti e divieti suscettibili di colpire qualunque situazione.

- Infine, non può essere trascurato che il settore dei servizi pubblici è caratterizzato dalla presenza di "fallimenti di mercato" rilevanti, data la presenza di monopoli naturali (in particolare, la non replicabilità delle reti) che rendono impossibile in molti casi la concorrenza nel mercato, cioè la compresenza di più gestori privati del medesimo servizio pubblico in un quadro di regolazione pubblica, e consentono tutt'al più la concorrenza per il mercato, cioè l'avvio di procedure a evidenza pubblica competitive per la scelta del gestore privato al quale viene affidato il servizio.

Ciò a dimostrazione di come la disciplina delle società pubbliche introdotta negli ultimi anni ha raggiunto livelli di disordine normativo non agevolmente eguagliabili. La parabola dei servizi pubblici locali, si aggiunge a tale stato di cose, con effetti di segno opposto rispetto a quelle assicurazioni che in questo momento il legislatore vorrebbe dare ai mercati. In merito ai servizi pubblici, infatti, va ricordato che a distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 il legislatore ripropone una disciplina identica a quella fatta oggetto di *referendum* del 12 e 13 giugno 2011, costringendo la Corte costituzionale (sentenza 20 luglio 2012, n.199) ad intervenire dichiarando l'illegittimità delle nuove norme (art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138) in quanto contrarie al divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.

Tra l'altro l'abrogazione dell'art. 23-bis citato non può che avere ripercussioni quanto agli obblighi per le società pubbliche di provvedere con procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale (che nell'art. 23-bis trovavano previsione).

4.2.) sul secondo punto: vincoli volti ad evitare che la partecipazione pubblica potesse essere foriera di sprechi ingiustificati.

Sostanzialmente il legislatore ha introdotto molteplici disposizioni tese a rendere più ligio il sistema

delle società pubbliche. A tal fine ha introdotto *limiti numerici ai consigli di amministrazione* delle società pubbliche, limiti al compenso massimo ad essi erogabile e una specifica responsabilità di risultato (l. finanziaria per il 2007 n. 296/2006 art. 1, co. da 725 a 735).

Altre disposizioni, sugli stessi temi, sono dettate in altri co. della l. finanziaria per gli amministratori delle società a partecipazione statale (art. 1, comma 465 l. 296/2006 e art. 3, comma 12, della l. n. 244/2007 come successivamente modificata dal d.l. n. 78/2009 e dalla legge n. 69/2009).

Il legislatore ha previsto disposizioni sulla *incompatibilità* per gli amministratori che sono stati responsabili di perdite nella gestione delle società pubbliche (per le società nazionali l'art. 3, co. 14, l. n. 244/2007); per le società partecipate dagli enti locali art. 1, co. 734, l. n. 296/2006 stabilisce che non può essere nominato amministratore chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi. Norma successivamente interpretata nel senso che chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali).

Altre disposizioni riguardano la fissazione di un *teito ai compensi* (anche in questo caso sono dettate regole differenziate, nella l. n. 296/2006, per le società degli enti locali e per le società a partecipazione statale. Ulteriori norme sono dettate per le società controllate da amministrazioni statali, nella l. n. 244/2007).

Nella manovra economica del 2010 (d.l. 78/ 2010 convertito in l. n 122 /2010) sono stati previsti anche limiti al finanziamento delle società con bilanci in perdita.

In questo caso il decreto legge fa espressamente riferimento all'obiettivo di aumentare l'efficienza delle società pubbliche e richiama "*i principi nazionali e comunitari in termini di economicità e concorrenza*", tra cui ovviamente vi sono anche i principi in materia di aiuti di Stato.

Salvo l'ipotesi in cui il capitale sociale si riduce al di sotto del limite legale, le amministrazioni pubbliche non possono partecipare ad aumenti di capitale, né effettuare

trasferimenti straordinari, aperture di credito, rilascio di garanzie a favore di società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre anni consecutivi, perdite di esercizio oppure che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Sono introdotte o reiterate, inoltre disposizioni che prevedono tagli ai compensi per incarichi negli organi collegiali degli enti che ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche (art. 6 comma 2), adeguamento degli statuti alle nuove disposizioni (art. 6 comma 5), riduzione dei compensi degli amministratori e dei membri del Collegio sindacale (art. 6 comma 6), adeguamento delle politiche delle assunzioni (art. 9 comma 29), riduzione della spesa per il personale (art. 14 comma 9), riduzione della spesa per consulenze (art. 6 comma 7).

Su tale manovra, però, occorre chiarire che:

- le disposizioni del decreto legge n. 78/2010 (anche sulla base della giurisprudenza costituzionale relativa ai limiti della competenza legislativa statale in materia di società a partecipazione pubblica²³), volte a ridurre i costi degli apparati amministrativi, incluse le disposizioni sui limiti ai compensi, sul finanziamento delle società in perdita, sui vincoli alle spese e alle assunzioni di personale, “*non si applicano in via diretta alle regioni*” e “*alle province autonome*” (art. 6 comma 20). Per tali soggetti, queste previsioni costituiscono “*disposizioni di principio ai fini del coordinamento della finanza pubblica*”. Il peso di siffatta deroga, ovviamente, è estremamente rilevante e comunque non sorretto da alcuna valida concreta giustificazione.

- Il legislatore non ha attentamente valutato quelle che sono le difficoltà ad applicare disposizioni normative che sono nate per conformarsi alle pubbliche amministrazioni alle caratteristiche ontologiche del modello societario.

- Si palesano dubbi sull'imposizione del rispetto del patto di stabilità a soggetti societari e soprattutto sul divieto di assunzioni per il mancato rispetto del patto di stabilità che finisce inevitabilmente per avere ripercussioni sui servizi alla collettività.

- La previsione normativa (che si riferisce a tutti gli enti pubblici) ripropone il tema relativo alla necessità di stabilire i casi in cui un organismo con personalità giuridica di diritto privato può essere considerato “pubblico”. A livello comunitario vige il principio secondo il quale tutti coloro che operano prevalentemente con risorse pubbliche devono essere considerati organismi pubblici a prescindere dalla forma giuridica che assumono. Un chiarimento definitivo in questo senso sarebbe necessario anche nel nostro ordinamento per evitare i tentativi di sottrarsi delle società di cui si è detto nei paragrafi precedenti.

- Quanto ai tagli alle spese per consulenze, la norma stabilisce che a decorrere dall'anno 2011 la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza sostenuta dagli enti inseriti nel conto

23 Corte costituzionale, sentenze 20 maggio 2008, n. 159, e 6 giugno 2008, n. 190

economico consolidato della pubblica amministrazione, non può essere superiore al 20% di quella sostenuta nell'anno 2009. Deve evidenziarsi, però che nella maggior parte dei casi le società partecipate dagli enti locali non risultano inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, per cui la limitazione di cui sopra sembrerebbe non applicarsi a tali società anche se dovrebbe continuare a farsi riferimento anche alle disposizioni dell'art. 18 comma 2-bis del D.L. 112/08.

Da ultimo sono intervenute le norme sulla spending review ed in particolare, per quanto attiene alle società pubbliche, l'art. 4 del D.L. 95/2012.

Questo prevede:

- Obbligo di scioglimento di alcune società entro il 31 dicembre 2013 ovvero privatizzate con procedura di evidenza pubblica— entro il 30 giugno 2013 - cedendone le partecipazioni detenute al 7 luglio 2012 con contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014.

- Limiti alla composizione dei consigli di amministrazione e modalità di nomina dei componenti

- Obbligo di acquisire servizi da enti di diritto privato, ma soltanto in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con quella comunitaria.

- Ricorso all'in house solo se il valore economico del servizio o dei beni oggetto di affidamento sia pari o inferiore a 200 mila euro annui.

- Limiti alle assunzioni previsti per le amministrazioni controllanti, che sono quindi estesi anche alle società indirettamente controllate.

- Limiti alle assunzioni e ai compensi del personale.

Leggendo con attenzione la norma, però, ci si avvede, innanzitutto, che:

- Questa è completamente scoordinata dalle precedenti rendendo estremamente difficile il lavoro di giuristi, amministratori, giudici e tutti coloro che devono districarsi nell'ambito di tale disciplina.

- Dal suo ambito di applicazione sono escluse molte società (comma 3: le disposizioni non si applicano alle società che erogano servizi in favore dei cittadini, alle società che svolgono compiti di centrale di committenza ai sensi del codice appalti s.m.i., a Consip e Sogei ed alle società di cui al comma 1 individuate con specifico DPCM per compiti di tutela della riservatezza e sicurezza dei dati e per assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo).

- Il richiamo alle amministrazioni inserite nel conto economico consolidato comporta l'esclusione dall'ambito applicativo della norma, anche di molte altre società. Ad esempio l'art. 2

che attiene ai tagli al personale pur applicandosi ad una molteplicità di enti e amministrazioni pubbliche, non si applica ad una società a totale partecipazione pubblica e allo stesso modo a queste ultime non si applicano neppure le disposizioni (commi da 1 a 4 e da 6 a 14) che attengono allo scioglimento delle società pubbliche quando sono inutili, all'obbligo di acquisire servizi applicando procedure conformi alle norme comunitarie, ossia le gare, al divieto di affidamenti diretti, ai limiti alle assunzioni e alle spese dei dipendenti (tutte disposizioni che si applicano solo agli enti strumentali ed altre amministrazioni).

- Le disposizioni si applicano “nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni”. Pertanto non rientrano nella sfera applicativa della norma: a) le società (per la gestione di servizi strumentali, ad es. una società mista in cui l'ente locale abbia una partecipazione largamente minoritaria) nelle quali l'amministrazione socia non eserciti una posizione di controllo diretto o indiretto; rientrano in tale fattispecie anche le situazioni di enti detentori di partecipazioni irrisorie che non permettano loro di esercitare il “controllo analogo” in caso di società in house; b) le società per la gestione di servizi strumentali che abbiano prodotto un fatturato inferiore al 90% nei confronti di pubbliche amministrazioni.

- Il mancato coordinamento con l'art. 13 della legge n. 248/2006 determina il paradossale effetto per cui si dispone lo scioglimento di società che l'amministrazione pubblica ha ancora la facoltà di costituire proprio in base all'art. 13.

- Assume particolare interesse l'associazione tra l'alienazione delle partecipazioni (prima fase, da attuarsi entro il 30 giugno 2013) e la contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014. La società “privatizzata” si trasforma quindi in appaltatore dell'amministrazione per un periodo predeterminato.

- Il comma 8 prevede che a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico e valore economico del servizio pari o inferiore a 200.000 euro annui). Inoltre stabilisce che sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013.

La disposizione sembra contrastante con quanto dettato dal comma 2, il quale prevede che dal 1° gennaio 2014 le società che gestiscono servizi strumentali non possano più risultare affidatarie dirette.

- La disposizione di cui al comma 6 (obbligo di acquisire beni e servizi in base a procedure comunitarie) seppure apprende norma di regolazione della concorrenza, detta una formulazione che incide tuttavia anche sulla scelta, da parte degli enti locali, dei moduli gestionali possibili per servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, intervenendo in un settore di competenza propria delle Regioni e delle autonomie territoriali.

4.3) Sul terzo punto: estensione alle società pubbliche di alcuni vincoli tipicamente pubblicistici (ma anche spinte verso l'applicazione del diritto comune).

Molte delle disposizioni su viste hanno avuto quale fine non solo quello di moralizzare le società pubbliche o il loro utilizzo, come visto nel paragrafo precedente ma anche quello di estendere alle società pubbliche vincoli tipicamente pubblicistici.

La spinta del legislatore è stata quella di estendere a queste società, in ragione di una presunta specialità organizzativa e di funzionamento delle stesse, di vincoli tipicamente pubblicistici. Ciò al fine (almeno dichiarato) di evitare che lo schermo della forma giuridica privata possa determinare l'elusione di vincoli necessari all'azione pubblica, a prescindere dalla sua forma di esplicazione. L'effetto di tale estensione è, in definitiva, la "amministrativizzazione" delle società a partecipazione pubblica

Agli esempi su riportati si possono aggiungere:

- la disciplina dei *controlli* da parte della corte di conti
- l'obbligo di garantire *l'accesso ai documenti amministrativi*
- il problema *dell'assunzione di personale e del rispetto degli obblighi di finanza pubblica.*
- le norme sulla *pubblicità di incarichi, compensi e partecipazioni societarie*, secondo cui le società pubbliche, come gli enti pubblici più tradizionali, sono soggetti a stringenti obblighi di trasparenza²⁴

In senso esattamente opposto, però, si è verificata anche una spinta verso l'applicazione alle società pubbliche di norme di diritto comune così contribuendo ad aumentare a dismisura lo stato di confusione in materia.

Ecco un primo esempio.

Il principio comunitario di libera circolazione dei capitali (art. 63 del TFUE) ha condotto, in un moto di direzione contraria rispetto al passato, ad eliminare alcuni elementi di specialità di alcune grandi imprese pubbliche (ENI, ENEL, Finmeccanica). Il riferimento è anzitutto alla sentenza della Corte di giustizia Ue (sez. I, 6 dicembre 2007 in cause riunite C - 463/04 e C - 464/04) che ha accertato l'illegittimità comunitaria dell'art. 2449 del codice civile. L'art. 2449, infatti, consentiva agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggiore rilievo rispetto a quanto sarebbe loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti. Secondo la Corte "*Viene così*

²⁴ art. 9 d.l. 98/11, art. 3, comma 44, l. n. 244/2007; art. 1, comma 735, l. n. 296/2006, art. 1, comma 587 e ss., l. n. 296/2006

messo a disposizione di detti azionisti pubblici uno strumento che fornisce la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dei loro investimenti. Corrispettivamente, l'influenza degli altri azionisti può risultare ridotta rispetto ai loro investimenti". Inoltre, l'art. 2449 non prevedeva alcun limite per quanto riguarda il numero degli amministratori che potevano essere direttamente nominati dallo Stato o da un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di una società per azioni. In tal modo la normativa italiana era idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri Stati membri dall'investire nel capitale della società.

Secondo esempio.

Con la sentenza n. 28699 del 21 luglio 2010 la Corte di Cassazione, Sez. II Penale, si è pronunciata sull'applicabilità alle società a partecipazione pubblica del d.lgs n. 231/2001, sulla responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato. Secondo la Corte di Cassazione, *"il tenore testuale della norma è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso"*, dovendo ricorrere anche la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica (si è quindi riconosciuta anche alle società pubbliche l'applicabilità della 231/01 ossia la responsabilità per illeciti amministrativi dipendenti da reato; concetto ribadito dalla Corte di cassazione anche con la sentenza n. 234/2011).

Terzo esempio.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte dei Conti si era affermata la tendenza a riconoscere la responsabilità per danno erariale per gli amministratori delle società pubbliche. In sostanza un pessimo amministratore, sperperando o male amministrando fondi pubblici destinati alla società pubblica, determinava un danno all'amministrazione pubblica degna di essere risarcita.

La sentenza n. 26806/2009 delle Sezioni Unite della Cassazione è intervenuta restringendo l'ambito della responsabilità per danno erariale innanzi alla Corte dei Conti e ponendo così freno alla tendenza espansiva degli ultimi anni.

La Suprema Corte ha infatti chiarito che gli amministratori rispondono per i danni causati alla società solo sulla base del diritto comune. Per quelli invece riferibili direttamente al socio pubblico (per esempio il danno all'immagine) continua a valere la responsabilità amministrativa. La sentenza assoggetta dunque alle regole del diritto comune quasi tutte le società pubbliche.

Alla base di tale conclusione v'è un ragionamento più generale che riguarda la natura giuridica della società a partecipazione pubblica e le sue caratteristiche patrimoniali rispetto al socio pubblico. Secondo la Cassazione, le società di diritto privato partecipate da un soggetto pubblico non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. I diritti e gli obblighi dei componenti

degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, anche quando designati direttamente dal socio pubblico, sono gli stessi di quelli esistenti per gli amministratori e gli organi di controllo di qualsiasi società privata, anche per quanto attiene al regime di responsabilità. La Cassazione ha sottolineato, al riguardo, che *“il danno inferto dagli organi sociali della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all’azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un’ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei Conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci – pubblici o privati – i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell’unico patrimonio sociale”*.

Ovviamente queste spinte che spesso vanno in direzione opposta l’una dall’altra si dimostrano ennesimi tentativi di tenere insieme un sistema che non sta in piedi proprio perché creato strumentalmente per realizzare scopi che con la salvaguardia dell’interesse pubblico e la sua realizzazione hanno poco a che fare. Si è creato un apparato (ossia il complesso di società pubbliche) che deve consentire da un lato di essere tutelato in quanto sistema pubblico ma dall’altro deve essere elastico a tal punto da consentire assunzioni senza concorso, affidamenti diretti senza gare, collocazione di dirigenti senza qualifiche adeguate e aumenti di retribuzioni senza controlli, affidamenti di incarichi e consulenze senza confronti concorrenziali, ecc.ecc.ecc.

4) Controlli sulle società pubbliche.

Proprio perché le società pubbliche sono destinatarie di fondi pubblici, viene naturale pensare che queste debbano essere soggette a stringenti verifiche e controlli da parte di organi sovra ordinati ed in effetti così è.

La Corte dei Conti, nell’ambito delle funzioni di controllo ad essa delegate dall’articolo 100 Cost, partecipa al **controllo sulla gestione finanziaria degli enti**, pubblici o privati - ovvero, aventi forma privatistica - a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria e sino a quando permanga inalterato, nella sostanza, l’apporto finanziario dello Stato (v. sentenza della Corte costituzionale 28 dicembre 1993 n. 466). Ma il controllo esercitato dalla Corte su tali enti è un controllo referente: la Corte, oltre a riferire annualmente al Parlamento, formula, in qualsiasi altro momento, se accerti irregolarità nella gestione di un ente e, comunque, quando lo ritenga opportuno, i suoi rilievi al Ministro dell’economia ed al Ministro competente. Ciò allo scopo di fornire indicazioni per la riqualificazione della spesa pubblica e di riflesso per la migliore ripartizione delle risorse finanziarie complessive.

E anche quando si tenta di contrastare il fenomeno e tutte le sue illegalità/illegittimità, le magistrature si trovano spesso in disaccordo riducendo tutto a questioni di giurisdizione e competenza (pure legittime, ci mancherebbe), ma che si muovono a volte, a distanza dal dato concreto. Si è visto nel paragrafo precedente (nell'ottica di ricondurre le società pubbliche nell'alveo di applicazione di norme di diritto comune) come la Corte di Cassazione ha in un primo tempo ritenuto gli amministratori e i dipendenti delle società a partecipazione pubblica sottoponibili al regime di responsabilità amministrativa tipico delle pubbliche amministrazioni, e conseguentemente passibili di essere sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti.

In un secondo tempo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in controtendenza, hanno invece la configurabilità del danno erariale degli amministratori e dei dipendenti di dette società innanzi alla Corte dei Conti, affermando la giurisdizione del giudice ordinario.

Così notevolmente riducendo ogni possibilità di far pagare a pessimi amministratori le responsabilità della propria mala gestio.

Ed anche di recente (vedere notizia del 2.10.12 su <http://www.buonenotizie.it/cronaca-e-societa/2012/10/02/societa-pubbliche-azioni-incisive-contro-manager-corrotti/>) il Ministro dell'Economia e delle Finanze, Vittorio Grilli, in una lettera inviata al Direttore Generale del Tesoro, ha comunicato le azioni che intende adottare **contro i manager di società pubbliche coinvolti “in fatti penalmente rilevanti” ed ha auspicato l'aumento delle indagini interne** degli organismi di vigilanza **piuttosto che le revoche degli incarichi** da parte dell'assemblea dei socie **le richieste di risarcimento danni (ovviamente!).**

5) Considerazioni critiche conclusive.

La sintesi su riportata sulle società pubbliche induce ad un atteggiamento assolutamente critico nei confronti di questo fenomeno che ha determinato enormi perdite per la finanza pubblica ma che soprattutto induce a forme di avversione e repulsione per un sistema che plesamente favorisce clientelismi, favoritismi, compravendita di voti politici e quant'altro.

Nonostante il legislatore si sia avveduto della gravità del fenomeno e abbia tentato di porre rimedio stabilendo anche limiti alla costituzione di nuove società e alla dismissione di alcune di esse si è ancora ben lontani dal raggiungimento di risultati soddisfacenti. E il DL 95/12 né è l'ultimo esempio. L'art. 4 del d.l. n. 95/2012 – lungi dall'affrontare i reali problemi che sono a monte del fenomeno – militando dietro il baluardo delle ragioni di tutela della concorrenza e il contenimento della spesa pubblica - ha posto norme limitative per le società strumentali precludendone l'esistenza o comunque irrigidendone i presupposti per la loro permanenza, ed ha

confermato le tendenze degli ultimi anni di "moralizzazione" il fenomeno delle partecipazioni pubbliche e limitare il sistema elusivo delle norme pubblicistiche.

Il richiamato art. 4 riproduce le medesime criticità degli interventi precedenti, e si dimostra largamente insoddisfacente rispetto agli auspici di riassetto delle partecipazioni e di riordino legislativo che sono stati manifestati da più parti di recente.

In primo luogo, le nuove disposizioni presentano vizi intrinseci di coordinamento e potrebbero dar luogo a pronunce di incostituzionalità o, finanche, di illegittimità comunitaria.

Le deroghe all'applicazione delle disposizioni sono state, infatti, costruite senza un filo logico percettibile in modo chiaro ed univoco e, comunque, vi sono delle incongruenze tra le situazioni che vengono colpite più immediatamente dalla scure limitatrice e quelle che sono ammesse anche per il futuro.

Inoltre - in alcune disposizioni (per esempio quelle sui limiti ai compensi, al numero e alla nomina degli amministratori) - il legislatore non si è limitato ad indicare principi, ma regole precise che si impongono anche alle Regioni, con conseguente rischio di incostituzionalità.

In secondo luogo, il legislatore ha perseverato nell'atteggiamento degli ultimi anni di porre regole comuni a realtà profondamente diverse. A tal riguardo, se è vero che non sono sempre univoci i criteri di classificazione della varie realtà, v'è però un consenso crescente a considerare il fenomeno delle partecipazioni pubbliche, distinguendo le varie società a seconda che esse svolgano attività pubblicistica o, al contrario, attività di impresa sul mercato. A queste ultime non dovrebbero applicarsi le norme speciali dettate per ragioni pubblicistiche di contenimento delle spese o per imporre l'osservanza di obblighi tipici degli enti pubblici. Ad esse dovrebbe essere consentita la più ampia autodeterminazione per poter competere in modo paritario, senza subire discriminazioni, con le società concorrenti a partecipazione privata. Il legislatore, invece, ancora una volta, si è mostrato refrattario ad ogni valutazione reale del fenomeno, ponendo regole che potrebbero irrigidire oltremodo lo Statuto di quelle società a partecipazione pubblica che operano sul mercato in concorrenza con quelle private.

Infine, mancano norme di riassetto delle partecipazioni pubbliche.

E' vero che le nuove disposizioni ridimensionano le società strumentali, ma si tratta di una tendenza di principio soggetta ad importanti deroghe (si veda, in particolari, le società strumentali Sogin e Consip). Queste deroghe confermano, anzi, la volontà del legislatore di mantenere in vita il modello della società a partecipazione pubblica strumentale, quando invece negli ultimi tempi (v. Rapporto Assonime, ma anche il Rapporto CER) - sia pure secondo approcci metodologici diversi - alcune riflessioni sul tema avevano auspicato il superamento della forma societaria per il ritorno a modelli pubblicistici coerenti con la natura delle attività svolte.

Le criticità preesistenti rimangono sostanzialmente immutate sia con riferimento al riassetto delle partecipazioni, sia con riferimento al loro regime giuridico.

Eppure gli spunti per una riforma organica ed efficace non mancano; vi è l'esperienza maturata sul territorio da molti anni, vi sono le indicazioni del rapporto Assonime sinora trascurate, vi è l'esperienza di altri paesi a livello europeo da cui trarre spunto (nel settore dei servizi sociali e dei trasporti urbani le città inglesi sono quelle in cui si registrano le dinamiche concorrenziali più vivaci²⁵).

Sono in molti ad auspicare l'abbandono della forma della società per azioni in quelle situazioni in cui si svolgono funzioni pubblicistiche e, quindi, in presenza di quelle realtà ibride qualificate come "semi-amministrazioni".

Per altro verso, le società a partecipazione pubblica che, invece, operano sul mercato andrebbero privatizzate o ripulite di tutte le norme speciali che in questi anni ne hanno appesantito l'organizzazione e l'attività, provocando quasi una discriminazione al contrario a favore dei concorrenti privati.

A questo riguardo, il rapporto dell'OCSE sulla *governance* delle *State Owned Enterprises* - SOE²⁶ ha suggerito un criterio che può rappresentare un'utile guida, anche per classificare e valutare gli statuti singolari e le deroghe al diritto comune previste nel nostro ordinamento per le società pubbliche.

Il criterio di riferimento dovrebbe essere rappresentato dall'applicabilità alle società pubbliche, in linea di principio, delle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe assolutamente necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici.

A ogni deroga, cioè, è richiesta una giustificazione in termini di stretta proporzionalità.

Il nostro legislatore, sia nella fase attuale che in passato, non sembra aver seguito questo criterio che invece potrebbe costituire una guida per un eventuale riordino della normativa vigente.

Così come il legislatore non ha previsto meccanismi preventivi per la valutazione della convenienza e dell'opportunità di costituire società, né ha sancito l'obbligo per tutte le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni societarie di procedere alla tempestiva ed integrale ricognizione di quelle già costituite al fine di verificare l'attuale convenienza e correttezza della gestione societaria.

25 http://archive.forumpa.it/forumpa2006/convegni/relazioni/1347_giuseppe_labarile/1347_giuseppe_labarile.pdf

26 Cfr. OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, 2005, dove si sottolinea, nelle annotazioni al Cap. 1 "Ensuring an Effective legal and Regulatory Framework for State-Owned Enterprises", che "When streamlining the legal form of State-Owned Enterprises, governments should base themselves as much as possible on corporate law and avoid creating a specific legal form when this is not absolutely necessary for the objectives of the enterprise".

Pur introducendo limiti alle nomine e i compensi degli amministratori, non sono mai state introdotte norme che predeterminino in modo esauriente e dettagliato, i requisiti di nomina, in funzione del possesso di titoli di merito pertinenti ed adeguati all'incarico da rivestire.

Ed infine non sono stati introdotti i controlli preventivi di legittimità della Corte dei conti sugli atti ed in particolare su quelli di avvio della contrattazione relativa agli appalti per tutti i soggetti tenuti all'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica, inclusi quelli societari.

In conclusione, anche l'ultima riforma, spinta dalla necessità di ridurre la spesa pubblica sulla spinta di politiche interne condizionate da propulsioni europeiste e pressioni comunitarie (le cui logiche e i cui meccanismi non sono probabilmente così tangibili come il sistema politico di governo e i mass media vogliono far credere), sembra aver perso un'altra occasione per rivedere un impianto in cui principi e norme pubblicistiche e privatistiche convivono in un connubio improbabile e per questo difficilmente gestibile, ma che per converso si presta a facili elusioni, distorsioni, giochi di potere e clientelismi che hanno quale unica conseguenza lo sperpero di ingenti risorse economiche pubbliche e il disfacimento del sistema dei servizi pubblici in danno della collettività.

Avv. Romina Raponi