

di **Giuliana Tulino***

pubblicato il 26/07/2017

Luci ed ombre della recente riforma delle società partecipate pubbliche

Sommario: 1. Ambito di applicazione ed obiettivi del nuovo Testo Unico. - 2. Profili generali, giuridici ed innovativi della riforma: il ruolo del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Corte dei Conti. - 3. Dalla narrazione del passato a qualche proposta e sfida per il futuro.

- Riferimenti bibliografici.

1. Ambito di applicazione ed obiettivi del nuovo Testo Unico.

Nel corso dell'ultimo ventennio la realtà delle società a partecipazione pubblica si è affermata come un fenomeno complesso, caratterizzato da una crescita convulsa, finendo per incidere sempre più significativamente sulla nostra legislazione e, allo stesso tempo, generando molteplici dubbi interpretativi. L'entrata in vigore del d.lgs. 19/8/2016 n. 175, recante il nuovo "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica"¹, rappresenta una novella legislativa che indiscutibilmente ha l'obiettivo di riformare l'intervento pubblico nell'economia, rafforzarne l'impianto giuridico e riorganizzare il capitalismo pubblico anche con un provvedimento, in qualche modo drastico, per una netta ridefinizione del perimetro pubblico. Il decreto si applica, infatti, tranne che alle società quotate in borsa, a tutti i tipi di società pubbliche, statali e regionali. Più in particolare, per quanto riguarda le società quotate in mercati regolamentati, per le società che prima del 31 dicembre 2015 hanno emesso strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e le società partecipate dalle precedenti società, le disposizioni del decreto si applicano solo nei casi espressamente previsti dal decreto stesso. Inoltre, le disposizioni non si applicano, nei 18 mesi successivi alla sua entrata in vigore, alle società che abbiano già deliberato la quotazione in mercati regolamentati delle proprie azioni, con provvedimento comunicato alla Corte dei Conti. Il T.U. introduce una specifica disciplina per le società quotate partecipate da Pubbliche Amministrazioni e per quelle "quotande", denotando una specifica attenzione al tema e definendo tali società, nel più ampio fenomeno delle partecipazioni pubbliche, quasi come una nuova fattispecie, una sorta di "tertium genus". Il T.U. infatti opera la seguente classificazione: società a controllo pubblico diretto o indiretto, fra le quali le società in house; società quotate o "quotande"; società escluse dal T.U. perché ricadenti nell'allegato A, ovvero di successiva esclusione per effetto di un DPCM. Quindi, oltre alla discrezionalità amministrativa riferita all'art. 5, si rinviene, nella Riforma, anche un momento politico o di amministrazione di livello così elevato che diventa difficile da scrutinare e che è contenuto nella previsione dell'articolo 4, c. 9, cioè del DPCM citato, su proposta del Ministro Economia e Finanze, che prevede la possibilità di deliberare di escludere, con motivazione, totalmente o parzialmente, dalle disposizioni dell'articolo stesso, altri modelli di società a partecipazione pubblica. Quindi, oltre alla discrezionalità amministrativa torna anche la politica. L'auspicio è che questi poteri istituiti siano anche esercitati con virtuosità, per consentire un'imparziale applicazione della Riforma.

¹ Il nuovo Testo Unico è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 210 dell'8 settembre 2016 ed è entrato in vigore il 23 settembre 2016.

* Dottoranda di ricerca in "Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale", curriculum "Diritto Pubblico dell'Economia", presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

L'approvazione definitiva del decreto legislativo, segna, certamente, una svolta, soprattutto per la "governance" di tali società che da sempre sono state definite un fenomeno giuridico ibrido essendo società di tipo privatistico ma con una finalità che resta pubblica.

Una realtà, pur tuttavia, che rappresenta una fetta molto rilevante della nostra economia, che ha subito, probabilmente, dei processi di degenerazione nella sua gestione, ma che ha anche incorporato un grande valore imprenditoriale e sociale.

Si tratta di una Riforma molto complessa e che anche sul piano giuridico avrà bisogno di un fase di sperimentazione e di verifica.

Inoltre, il decreto inciderà sulle società partecipate con efficacia retroattiva, infatti all'art. 4, comma 2 del T.U., si parla di possibilità a determinate condizioni, non solo di costituire società o acquisire partecipazioni ma anche di mantenerle, da cui la conseguenza della retroattività della previsione.

Gli obiettivi sottesi alla Riforma in atto sono molteplici, tra i quali la razionalizzazione della spesa pubblica, la tutela della legalità dell'azione amministrativa e la semplificazione. Come anche obiettivi di moralizzazione e di tutela della concorrenza e liberalizzazione.

L'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nel decreto è chiaramente rappresentato dalle società *ex* titolo V, libro V del Codice Civile, partecipate totalmente o parzialmente, direttamente o indirettamente, dalle Amministrazioni pubbliche previste all'art. 1, c. 2, del d.lgs. n.165/2001. Tra le rilevanti novità da segnalare, dunque, il superamento di due disposizioni normative che avevano costituito, fino ad oggi, il perno attorno al quale era costruito il sistema delle società partecipate.

L'art. 3, c. 27 ss., della L. 244/2007, legge finanziaria per il 2008, con un evidente intento moralizzatore e l'art. 13 del d.l. 223/2006 che si occupa del sistema dell'*in house providing*, con l'obiettivo di perseguire un maggior tasso di concorrenza e liberalizzazione.

Il tutto ora viene ricondotto all'art. 4 del nuovo T.U.

A tal proposito, si sottolinea che, l'intento "moralizzatore" cui la Riforma si ispira, a stretto rigore, dovrebbe essere già di per sé, incorporato nei vari provvedimenti legislativi. E, dunque, ci si domanda, se abbiano senso interventi legislativi esclusivamente volti alla "moralizzazione"².

In relazione ai contenuti specifici sicuramente quanto illustrato dal Parere del Consiglio di Stato n. 968 del 21/4/2016, Sezione Speciale Consultiva, contiene le "coordinate" o meglio le "invariabili del sistema", per usare la categoria di Giannini³, che i legislatori nazionali devono considerare, in quanto tutta questa disciplina è profondamente investita dalle regole di concorrenza maturate nel contesto europeo, anche al fine di proporre modifiche al testo conformi ai principi di concorrenza e alle regole che presidono al riparto delle funzioni legislative tra Stato e Regioni. Infatti il Parere, ricostruendo il contesto europeo e costituzionale in cui si colloca l'intervento legislativo, si apre distinguendo gli ambiti di applicazione della disciplina della materia antitrust, le regole della concorrenza "*nel mercato*" e quelle sì, molto rilevanti, delle società partecipate, sulla concorrenza "*per il mercato*", sottolineando come le regole della concorrenza europea abbiano inciso persino sul nostro modello costituzionale. La categoria che i costituzionalisti usano è quella di "Costituzione Economica" che attiene ai rapporti tra mercato e Costituzione. È chiaro come tutta la disciplina europea incida sul nostro modello di economia, e il riferimento è all'articolo 43 Cost., in relazione ad un concetto di servizio pubblico esercitato da un soggetto pubblico, che può acquisire

² In questo senso, M. Clarich, Conclusioni al Convegno SNA sul tema "Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica", il 18 febbraio 2016, per il quale " si auspica, è che, in futuro, non si abbia più bisogno di tali fattispecie normative e che nella Pubblica Amministrazione siano sempre più presenti i giusti anticorpi, tipici di una società più civile".

³ Introduzione a Massimo Severo Giannini, a cura di S. Cassese, Bari, Laterza, 2010.

attività, ma anche riservarle, trasferirle, espropriarle. Risulta indifferente la natura pubblica o privata del soggetto che le esercita. Siamo di fronte ad un modello articolato.

In riferimento al concetto della concorrenza e al citato e collegato art. 43 Cost., si permette di dubitare se quella effettuata si possa considerare un'operazione conforme e compatibile con lo spirito sotteso alla disposizione costituzionale, in relazione soprattutto al ruolo dell'impresa pubblica, espungere del tutto dall'ordinamento giuridico i soggetti di diritto pubblico.

Numerosi, poi, sono gli interrogativi posti e le critiche mosse all'impianto riformatore. La necessità che emerge con forza è, innanzitutto, il ridimensionamento del perimetro delle società a partecipazione pubblica, per una maggiore tutela del patrimonio pubblico e l'interpretazione della conseguente responsabilità degli amministratori. Il tutto finalizzato ad una gestione più efficiente delle imprese pubbliche, nel rispetto dei vincoli posti dal diritto comunitario e nella consapevolezza che la qualità della regolazione risulta fondamentale per la competitività di un Paese.

In relazione alle responsabilità, ai *manager* delle società partecipate sono estese le regole ordinarie sulla responsabilità degli organi sociali previste per le società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. La questione della responsabilità, infatti, è molto rilevante, in quanto trattasi di soggetti che operano nell'ambito civilistico, ma la responsabilità attiene anche al danno erariale in quanto, quando un amministratore pubblico, con comportamenti difformi alla legislazione, produce dei disavanzi che determinano una perdita patrimoniale per l'azionista pubblico, questo configura un danno al patrimonio pubblico con la conseguente sottoposizione al giudizio della Corte dei Conti.

Un intervento chiarificatore sul tema della responsabilità si ha con Cass. Civ. sez. Un. 19 dicembre 2009, n. 26806, secondo la quale *“sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti, quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio”*. Il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile "è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una Pubblica Amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno", idonea ad arrecare un pregiudizio al patrimonio dell'ente pubblico partecipante. Quindi ai *manager* delle società partecipate sono estese le regole ordinarie sulla responsabilità degli organi sociali previste per le società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. Alla Corte dei Conti è devoluta la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale nei limiti della quota di partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 12, c. 1 del nuovo T.U.

Vedremo come la Cassazione interpreterà l'art. 12 del provvedimento, in termini di riparto di giurisdizione, ma normalmente, le tutele dei soci vengono assicurate attraverso l'esercizio delle norme civilistiche. La norma civilistica primaria di tutela dei diritti del socio, ex art. 2963 c.c., è l'esercizio dell'azione sociale. Uno dei casi tipici di responsabilità amministrativa è il mancato controllo e, conseguentemente, il mancato esercizio dell'azione sociale da parte dell'Ente socio che, non solo non ha controllato o ha controllato male o, lì dove c'erano i presupposti, non ha esercitato l'azione sociale a tutela della sua partecipazione. Nel codice civile, l'esercizio dell'azione sociale è una facoltà a cui si può rinunciare o che può essere oggetto di transazione. Ma ci si domanda se il pubblico possa rinunciare all'azione sociale e transigere in maniera semplice come un privato.

2. Profili generali, giuridici ed innovativi della riforma: il ruolo del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Corte dei Conti.

Le aspettative degli interpreti e degli operatori di settore erano assai consistenti, in quanto, dalla lettura della legge delega, sembrava fosse finalmente giunto il momento in cui sarebbe stata fatta *tabula rasa* delle innumerevoli disposizioni settoriali relative a questo settore, per poi rifondare l'intera materia attorno ad un codice unitario e tendenzialmente omnicomprensivo. Tuttavia, il testo licenziato dal Governo, pur investendo una molteplicità di istituti giuridici inerenti le società a partecipazione pubblica, non pare possa dirsi, probabilmente, fonte esaustiva dell'intera materia. Molte norme vengono abrogate ma, allo stesso tempo, molte altre rimangono in vigore e restano anche tanti i riferimenti a fonti esterne. Anche per le definizioni contenute nell'art. 2, si precisa che sono valide solo ai fini del decreto stesso. Apprezzabili sono le norme che coordinano il regime particolare delle società partecipate con il diritto comune, con la previsione di apposite deroghe al codice civile e definendo quali siano le società "partecipabili" e con la precisazione delle finalità che possono essere perseguite dalle società partecipate.

In riferimento all'esclusione dall'applicazione del nuovo T.U. di un elenco di società comprese nell'allegato A, si fa presente che 25 società, delle 35 elencate, sono società finanziarie regionali, per lo più, società per azioni che svolgono una serie di attività indirizzate al sostegno dell'imprenditoria locale, attraverso l'intermediazione finanziaria e l'erogazione di servizi e che, oltre ad essere delle società partecipate dalle Regioni di riferimento, sono anche, spesso, degli intermediari finanziari ai sensi del Testo Unico Bancario (T.U.B.), d.lgs. 1/9/1993, n. 385, come modificato dal d.lgs. n. 72/2016. La riforma bancaria, infatti, abolisce la distinzione tra società iscritte in due diversi elenchi *ex artt.* 106 e 107 del T.U.B., con la conseguente creazione di un unico albo degli intermediari finanziari, a cui tutto il campione delle società finanziarie regionali è tenuto ad iscriversi. Tali società, dunque, se sono annoverate tra gli intermediari finanziari, e non sono semplicemente società "*in house*" della Regione, saranno, come previsto dalla riforma bancaria, sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia e, dunque, escluse dalle nuove norme in materia di società pubbliche che si stanno esaminando. Nella stesura preliminare del T.U., tale esclusione non era stata prevista: infatti, l'art. 27, c.2 del testo preliminare, ora art. 26, c.2 del testo definitivo, salve le esclusioni previste con decreto di cui all'art. 1, c. 6, prevede la non applicazione dell'art. 4 alle società elencate nell'allegato A. Si evidenzia, a titolo di esempio, che tra tali società è ricompreso il gruppo INVITALIA che esercita, a livello centrale, ciò che le società finanziarie regionali esercitano per le Regioni di riferimento, e cioè attività di erogazione di finanziamenti agevolati, come anche gestione di fondi pubblici. Il testo preliminare escludeva dall'applicazione dell'art. 4 anche le "*società che gestiscono fondi europei per conto dello Stato*", mentre il testo definitivo aggiunge "*.... o delle Regioni*". Dunque, l'attivazione dell'Associazione Nazionale delle Società Finanziarie Regionali, ANFIR, che riunisce la maggior parte delle società finanziarie regionali, con l'obiettivo di avere una disciplina comune che garantisca a questi soggetti un quadro di riferimento normativo unitario, ha prodotto i risultati sperati. A sostegno delle richieste avanzate, ANFIR, ha fatto leva anche sugli aspetti contenuti dal citato Decreto Bersani, d.l. n. 223/2006 che all'art. 13, c.1, ultimo capoverso, prevedeva espressamente, in tema di assunzione di partecipazioni che "*le società che svolgono l'attività di intermediazione prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti*".

Altra novità del testo definitivo rispetto a testo preliminare è l'inclusione delle società consortili tra le tipologie societarie, oltre a Spa e Srl, ammesse per costituire una partecipata.

La disciplina unitaria delle società pubbliche rappresenta, come è evidente, un ambito in cui si realizza una stretta connessione tra regole di diritto e di economia ed è indiscutibile come la qualità della regolazione risulti fondamentale per la competitività del Paese. Il tema delle società pubbliche, tuttavia, è una faglia tra il settore pubblico e quello privato, permea il diritto societario e ancora di più, proprio dove vi sono le partecipazioni pubbliche. Il punto è che, mentre il pubblicista rincorre come obiettivo il controllo del denaro pubblico, il privatista, invece, pone al centro l'interesse all'attività di impresa⁴.

L'intervento del legislatore, dunque, ha lo scopo di dettare delle norme speciali, tenendo nel dovuto conto il conflitto di interessi che si viene a creare. Sorge spontaneo porsi, pertanto, alcuni interrogativi: se l'obiettivo è quello di tutelare più adeguatamente il patrimonio pubblico, le troppe restrizioni potrebbero forse produrre l'effetto opposto? E domandarsi ancora se, la tendenza registrata nel corso degli ultimi anni, alla riduzione dell'azione delle P.A., a favore dell'esplosione della realtà delle società "in house" e partecipate in generale, non abbia contribuito, probabilmente, a trasferire "vizi" e "limiti" delle P.A. stesse a tali tipologie di società, essendo, queste ultime, un complemento operativo delle amministrazioni da cui derivano, anche se con una struttura giuridica differente⁵.

A proposito della costituenda Struttura Interdipartimentale presso il Ministero Economia e Finanze, il T.U. prevede la costituzione di tale Struttura alle dirette dipendenze del Ministro, distaccata

⁴ Relativamente a tale problematica che nasce dalla contaminazione tra le norme di diritto pubblico e quelle di diritto privato, M.S. Giannini ha affermato che "... la formula della società per azioni di proprietà pubblica è stata diffusamente utilizzata dal legislatore nazionale e regionale e dagli enti locali, per conferire una struttura organizzativa più snella a precedenti organismi pubblici o per crearne di nuovi, meno soggetti a vincoli istituzionali. Nel contempo queste società si sono connotate come società speciali ed il loro regime disciplinare si è quindi andato caratterizzando per una sorta di ibridizzazione del diritto privato e del diritto pubblico, che ha determinato una difficile convivenza delle regole del diritto privato e di quelle del diritto pubblico". Sullo stesso tema, il Consigliere di Stato Giancarlo Montedoro ha affermato che "le società pubbliche sono un fenomeno giuridico ibrido e, come tale, destinato a produrre perplessità nel giurista, tipiche dei casi in cui i criteri di classificazione, qualificazione divengono incerti o plurimi"; e ancora "le società pubbliche si trovano ad operare, sì, nell'ambito del diritto privato, ma spesso "intrappolate" tra le maglie del diritto amministrativo. La forma della società pubblica è privata, la sostanza è pubblica. Il modello societario viene utilizzato per svolgere compiti e funzioni pubbliche", in Astrid – on line, "Società in house e responsabilità", del 12 marzo 2007, di Giancarlo Montedoro.

⁵ A proposito, poi, della problematica spesso menzionata circa i poteri privati che assediano il diritto pubblico, riporto il pensiero del Professor Luigi Ferraioli, reso in occasione delle conclusioni al Convegno Internazionale "Acqua, servizio pubblico e diritti fondamentali. Ecologia costituzionale comparata italo – brasiliana", tenutosi il 21 aprile 2016 presso il Dipartimento di Economia e Diritto, dell'Università "La Sapienza" di Roma, il quale ha affermato che il rapporto pubblico privato, che è alla base della democrazia, oggi si è capovolto e ciò è accaduto a causa della globalizzazione che ha portato ad una debolezza del diritto pubblico. A suo avviso, manca una sfera pubblica sia europea che mondiale, e le funzioni di essa non possono essere sostituite dal mercato. Vi è inoltre un fattore di deresponsabilizzazione della scienza giuridica che, insieme alla scienza economica, dovrebbero avere, non solo un senso descrittivo, ma anche di progettazione e di proposta.

Siamo in un momento storico in cui la crisi sta investendo anche il diritto pubblico, in grave difficoltà, sia perché afflitto da una normazione caotica sia perché assediato da più parti dai poteri privati e dall' "incedere della tecnica", come sostiene il filosofo Emanuele Severino nel suo saggio "Il destino della tecnica", BUR Rizzoli, 1998. "Incedere" è un termine letterario, usato per indicare una "andatura solenne e maestosa". Lo scopo distintivo della tradizione occidentale è quello di plasmare il mondo a sua immagine e lo strumento principe per ottenere questo risultato è la tecnica che, trasformata da mezzo in fine, ha conquistato il dominio sul mondo contemporaneo. Ad avviso di Severino, le forze in conflitto tra loro all'interno di questa tradizione, il cristianesimo, l'umanesimo, l'illuminismo, il sapere filosofico, il capitalismo, la democrazia, il comunismo, il pensiero scientifico, si sono serviti e si servono della tecnica per far prevalere i loro scopi su quelli antagonisti. Dunque, siamo di fronte ad una sempre maggiore "tecnicizzazione delle norme". Le norme di diritto pubblico che si rivolgono alle amministrazioni come norme di azione, definiscono, in modo sempre più esasperato, le fattispecie e quindi risultano vincolate e tecnicizzate.

dall'azionista/socio pubblico, specializzata per il controllo ed il monitoraggio nell'attuazione della Riforma, e che potrà svolgere un ruolo molto rilevante, in quanto viene introdotto un principio innovativo e cioè che nei CdA delle società partecipate non potranno essere componenti funzionari delle Amministrazioni controllanti o azioniste. Tutto ciò, come è evidente, comporterà per il settore statale dei cambiamenti abbastanza profondi: in pratica si riporta il ruolo dell'azionista pubblico, fondamentalmente rappresentato dal Ministero Economia e Finanze, ad una funzione di indirizzo strategico attraverso l'apposita Direzione Generale "Finanza e Privatizzazioni" in seno al Dipartimento del Tesoro e ad una funzione di controllo nella gestione, attraverso la citata nuova Struttura. Questa, probabilmente, dovrebbe avere principalmente un ruolo di "definizione degli obiettivi" e non solo di controllo, pena l'essere indotti a pensare che la partecipazione dello Stato vede esso stesso come soggetto che declina le strategie, dando delle indicazioni agli amministratori che dovranno essere da questi realizzate. La Struttura Interdipartimentale, allora, forse andrebbe definita come struttura di "definizione di obiettivi" e di "controllo" e non soltanto di "monitoraggio e controllo", e non si tratterebbe solo di una questione lessicale in quanto un'azienda che deve rispondere ad una serie di regole di mercato, deve perseguire anche degli obiettivi attraverso delle strategie che il CdA dovrà mettere in atto. Anche il sistema di controllo parte sempre dall'azione dell'organo amministrativo, per convergere verso la proprietà, in questo caso il Ministero Economia e Finanze, ma anche le Regioni e relative aziende territoriali. Il provvedimento fa anche chiarezza sul ruolo e sulla tanto discussa inibizione, ai funzionari del settore pubblico, dell'attività di rappresentazione dei CdA: ciò sottende, probabilmente, alla *ratio* della Riforma e cioè condurre le società che rimarranno in piedi a soggetti che, pur perseguendo finalità pubbliche, abbiano una sempre più marcata logica privatistica, laddove gli strumenti giuridici che vengono utilizzati sono degli strumenti privatistici. L'azione della Struttura Interdipartimentale si baserà su una banca dati alimentata con modalità informatiche, con dati forniti anche dalla Corte dei Conti, avvalendosi delle professionalità sia del Dipartimento del Tesoro che del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato. Dopo l'avvio è previsto un esercizio che verrà fatto su base annuale a partire dal 2018. Sulle problematiche dei controlli, inoltre, si innesta il ruolo della Corte dei Conti e ci si chiede quale compito assumano i giudici contabili in relazione agli aspetti pubblicistici e privatistici della materia. Con la l. 14/1/1994, n. 20 "*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti*", si era delineato un assetto dei controlli con una serie di modalità di sviluppo di questi ai vari livelli, sia centrale che delle autonomie locali. Successivamente questo scenario ha subito dei correttivi. Con l'avvio delle riforme costituzionali degli anni 2001/2003, si è assistito ad un completamento, dal punto di vista legislativo, del quadro di riferimento. Tuttavia, in sede di attuazione della l. La Loggia, 3/6/2003, n. 131 che, nei primi articoli, affidava al Parlamento sul piano legislativo e alle Amministrazioni sul piano regolamentare, la possibilità di adottare provvedimenti normativi, con l'obiettivo di disciplinare la distinzione degli ambiti di competenza centrali e del sistema delle autonomie, su determinate materie, non sono state approvate le relative norme collegate. Ci si ritrova di fronte ad una vera anomalia per la ragione che non si hanno, nel sistema, ad esempio, norme che sanzionino il ritardo, da parte dell'Amministrazione regionale, nell'approvazione dei bilanci consuntivi: per alcune Regioni il quadro di riferimento dell'attività di spesa è fermo all'anno 2013. Il rischio è che l'attuale Riforma possa rappresentare l'effetto di omissioni originarie, una risposta non ad un disegno organico, ma una necessità prodotta dal vuoto normativo per via regolamentare. Ci si domanda cosa si possa fare in questa fase e la soluzione potrebbe essere l'avvio di controlli sistematici con il contributo del Governo che metta a disposizione professionalità elevate soprattutto nel settore economico – finanziario, per valutare, non solo i profili di efficienza ed efficacia di tali strutture, ma soprattutto i profili di economicità e la loro produttività in termini di risultati.

A proposito della “*governance*” delle società partecipate pubbliche, da segnalare all’art. 11, c. 4, l’adeguamento a quanto prescritto dalla legge 12 luglio 2011, n. 120, (legge Golfo – Mosca), relativamente al rispetto dell’equilibrio di genere nella scelta degli amministratori delle società a controllo pubblico e, dunque, nella composizione degli organi di amministrazione. Tale legge, come è noto, ha mobilitato, non solo le realtà delle società quotate, ma anche e soprattutto le società a partecipazione pubblica in argomento. La stima è che debbano confluire nelle società pubbliche, fino al 2022, quando è previsto l’esaurimento dell’efficacia della legge stessa, essendo questa una legge con validità temporale, di soli dieci anni, circa diecimila donne, tra consiglieri e sindaci.

È chiaro come da ciò emerga uno stimolo ad un cambiamento culturale rilevante, in quanto, tale legge, modificando il Testo Unico sulla Finanza, (T.U.F.), d.lgs. n. 58/1998 e fissando un vero e proprio obbligo del rispetto dell’equilibrio di genere nella composizione dei CdA, sia delle società quotate che non quotate, ha voluto aiutare, incoraggiare, una cultura come la nostra che ha avuto difficoltà ad adeguarsi ai tempi che richiedono soluzioni diverse.

Il problema della società pubblica, allora, non è la società stessa ma l’uso distorto che si è fatto di tale strumento. La l. 241/90, all’art. 1, c.1- *bis*, (aggiunto dall’art. 1, l. 11/2/2005), afferma che “*la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”. Utilizza, dunque, come prioritario, lo strumento del diritto comune. Quindi l’utilizzo del diritto comune è fisiologico nell’esercizio dell’azione amministrativa, nella misura in cui anche l’attività di diritto comune è funzionale al pubblico interesse.

Il rammarico sta nel non ravvisare in queste norme giuridiche il punto di vista e quindi il contributo degli economisti ed anche un mancato approfondimento di carattere economico aziendale. Ancora un altro aspetto è il legame con il nuovo codice degli appalti pubblici, d.lgs. 18/4/2016, n. 50⁶, quando si afferma che per le società partecipate, *in house*, gli Enti devono dimostrare che possono affidare il servizio a condizione di una maggiore, o quanto meno pari, economicità rispetto al mercato. Se il servizio risulterà più costoso l’Ente Locale non potrà procedere con l’affidamento di esso alla società pubblica, nonostante il nuovo T.U. e nonostante la vigenza del controllo analogo. Si è, dunque, di fronte ad un fenomeno che dovrebbe essere governato e governabile grazie ad una maggiore cultura all’interno degli Enti Locali, i quali dovrebbero essere salvaguardati in termini di autonomia. Dall’altra ottica occorrerebbe un potenziamento degli uffici che si occupano delle società partecipate in modo tale che l’Ente Pubblico possa gestire e non subire, quelli che sono gli effetti di un fenomeno aziendale che si presta a sfuggire ai controlli e senza dimenticare che anche gli Enti Locali necessitano di sviluppare le capacità di valutazione della spesa, per poi poter trarre da questa, utilità dimostrabili a favore della collettività.

3. Dalla narrazione del passato a qualche proposta e sfida per il futuro.

⁶ Il nuovo Codice degli appalti è stato pubblicato nella G.U. n. 91 del 19 aprile 2016, S.O. n. 10, è in vigore dal 19/4/2016 ed è relativo all’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Con tale citato d.lgs. quindi, il Governo recepisce in un unico decreto le direttive appalti pubblici e concessioni e riordina la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e contratti di concessione. Il coordinamento della disciplina in materia dell’ “*in house providing*” (una figura di esclusiva creazione giurisprudenziale) con quella europea e, in particolare, con le nuove disposizioni dettate dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, è introdotto nella Riforma di cui si argomenta con il relativo articolo 16. E la suddetta direttiva precisa che, “la persona giuridica controllata, deve svolgere più dell’80% delle proprie attività nell’esecuzione di compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice che esercita il controllo o da altre persone giuridiche controllate da tale amministrazione aggiudicatrice”.

E' necessario, comunque, ammettere l'obiettiva necessità di assottigliare tale realtà che spesso è sfuggita ad ogni forma di controllo e ciò occorre farlo senza troppi rimpianti.

Allo stesso tempo, forse utopicamente, si considera possibile una riflessione su una plausibile ipotesi di riavvio di una politica industriale per il nostro Paese, anche attraverso le società partecipate. Non dimentichiamo che, nel dopoguerra, il rilancio del Paese si ebbe anche grazie all'impresa pubblica, attraverso un sistema che vedeva al centro, come guida e definizione degli obiettivi di sviluppo economico, il Ministero delle Partecipazioni Statali, istituito con la l. 22/12/1956, n. 1589, e che fu il frutto del lavoro politico - culturale di Ugo La Malfa, Pasquale Saraceno e Orio Giacchi. Il Dicastero dedicava un ente di gestione e tra i principali IRI, ENI, EFIM, aventi natura di enti pubblici economici, che si sviluppavano attraverso un'articolazione di società operative controllate da *holding*. L'obiettivo era quello di creare un sistema che fosse una sintesi, armonica ed efficiente, dello sviluppo economico del Paese che conservasse indipendenza dal potere politico. La primigenia finalità, tuttavia, viene meno negli anni settanta quando iniziano a prevalere logiche contingenti. A seguire, negli anni ottanta, si assiste ad una rifioritura della partecipazioni statali con le ristrutturazioni sia dell'IRI che dell'ENI, con il riorientamento verso comparti ad alta tecnologia, con l'avvio delle prime privatizzazioni e le dismissioni di imprese ritenute non strategiche.

Le privatizzazioni furono viste, in quegli anni, non solo come un modo attraverso il quale far sì che molte società in crisi uscissero dal perimetro pubblico in termini di indebitamento e, successivamente, con la vendita delle azioni, perché concorressero al riequilibrio della finanza pubblica, ma anche come uno strumento per ammodernare il Paese. Attraverso la formula "*meno Stato più mercato*" si volle contribuire a rafforzare l'autonomia del management di quelle imprese. Lo Stato divenne fautore di una completa liberalizzazione, senza riguardo però alle condizioni di reciprocità con altri paesi. La corsa del debito, ciò nonostante, com'è ben noto, non si è di certo arrestata. Il tramonto del sistema delle partecipazioni statali non ha segnato la fine dell'intervento pubblico nell'economia, conservando partecipazioni significative nelle società *ex monopoliste* e dopodiché è esploso, come si è detto, il fenomeno della diffusione dell' "*in house providing*", quale modello di gestione dei servizi pubblici, che però nel corso degli anni è divenuto incontrollabile, riuscendo a sfuggire sia a forme di controllo come anche ad indagini statistiche. Il legislatore è più volte intervenuto per porre un freno ad una autentica esplosione di tale fenomeno, ma con la produzione di norme in deroga alla disciplina civilistica e, fino ad oggi, senza un vero e proprio disegno organico.

Allora, un ulteriore interrogativo, è se fosse risultato più conveniente conservare una dotazione infrastrutturale produttiva, nell'ambito di una più moderna politica industriale, anziché favorire la nascita di una pletera di società, con effetti non significativi in termini di impatto sull'economia?

E' fin troppo chiaro, comunque, come non fosse più differibile l'emanazione di una disciplina, in qualche modo più organica ed unitaria delle società a partecipazione pubblica. Si veda il Rapporto di Assonime, Settembre 2008, denominato "*Principi di riordino del quadro giuridico delle società partecipate*" che al riguardo, può risultare illuminante.

Le basi giuridiche, quindi, oggi sono poste, ma ci ritroviamo, nostro malgrado, con la struttura industriale e produttiva del Paese profondamente impoverita, con carenze infrastrutturali, materiali e immateriali ed una quasi desertificazione produttiva, con l'abbandono di interi comparti e l'acquisizione di aziende nazionali da parte di soggetti esteri.

Si potrebbe, forse, pensare che una valente, nuova politica industriale, associata all'azione dell'impresa pubblica possa, paradossalmente, nell'era della riqualificazione della spesa pubblica,

portare ad una nuova stagione per le partecipazioni statali, facendo tesoro dei passati errori e trasformandoli in un'opportunità di miglioramento?

Naturalmente individuando i corretti campi di attività per i quali avrebbe senso un ritorno della presenza pubblica, come i settori tecnologici, fortemente innovativi, che possano consentire ritorni economici e in collaborazione con Università ed Istituti di ricerca.

Il tutto nel rispetto sia dei principi sovranazionali, dunque comunitari, sia nazionali che consentono, ancora, allo Stato - imprenditore, di agire legittimamente come investitore di lungo periodo, attraverso la gestione di partecipazioni sociali, senza superare i sottili confini che separano la gestione imprenditoriale dagli aiuti di stato.

E' possibile, in conclusione, per il nostro Paese invertire la rotta riconoscendo, probabilmente, il principale errore della stagione delle privatizzazioni e cioè l'aver considerato del tutto inservibili sia l'impresa pubblica che la politica industriale?

Appare fin troppo chiaro che ci troviamo nella fase iniziale di un dialogo che si avrà modo di sviluppare nei mesi a venire.

E' d'obbligo fare anche un solo accenno alla Sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 25/11/2016 che, su ricorso della Regione Veneto, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale di alcuni articoli, tra i quali l'art. 18, della l. n. 124/2015, nella parte in cui delega il Governo ad operare un riordino della disciplina delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche e fissa una serie di principi e criteri direttivi, in attuazione del quale è stato approvato il nuovo T.U. E' quindi dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della stessa legge delega, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi "*previo parere*", anziché "*previa intesa*", in sede di Conferenza unificata. La Corte ha dichiarato la sussistenza della violazione del principio costituzionale di leale collaborazione.

La Sentenza del Giudice delle leggi, tuttavia, non blocca il processo di riforma delle società partecipate pubbliche in argomento. Come afferma anche il Parere reso, in merito, dal Consiglio di Stato, Commissione Speciale, in data 9 gennaio u.s., n. 83, che sottolinea la necessità di "non far perdere slancio riformatore all'intero disegno" (paragrafo 2.2), un decreto correttivo potrà correggere le carenze procedurali evidenziate dalla Corte Costituzionale, senza dimenticare che molte disposizioni contenute nel T.U. rientrano nella competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza e ordinamento civile e, dunque, non dovrebbero essere messe in discussione.

Il decreto correttivo, peraltro previsto dalla stessa legge delega, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 17 febbraio u.s., in esame preliminare, dando attuazione, quindi, alla su citata Sentenza n. 251/2016 della Corte e conferendo certezza al quadro normativo. Tra le novità lo spostamento in avanti di alcune scadenze imminenti, con l'obiettivo di permettere alle Amministrazioni di adeguarsi al decreto correttivo, per il quale, in ogni caso, dovrà essere acquisita l'intesa della Conferenza Unificata, come anche i pareri delle competenti Commissioni parlamentari.

L'auspicio è che il Governo possa praticare una attenta vigilanza sull'applicazione della Riforma, tale da far percepire una effettiva capacità di cambiamento.

Disegnata, dunque, la tela del provvedimento, tuttavia si è solo all'inizio di un percorso di confronto. Occorrerà seguire come l'azione interpretativa reagirà e solo i fatti potranno dimostrare che tipo di "resilienza" ci sarà al percorso di innovazione che la Riforma sta profilando.

Esaminate, in ogni modo, tutte queste complessità e le sfide che ci attendono, non si può non concordare con la Commissione Europea, che nel "Country report 26 febbraio 2016, SWD, 81, Final", ha messo in rilievo l'importanza, per la ripresa dell'economia del nostro Paese, della Riforma della P.A in atto e, in particolare, della Riforma delle partecipazioni pubbliche. Nel

complesso, la Commissione ha espresso un giudizio positivo sull'impianto della Riforma in esame, mettendo, tuttavia, in rilievo come la sua "attuazione effettiva" rappresenti "una sfida notevole".

Riferimenti Bibliografici

- Acocella C., *"Andamenti ondivaghi del programma di semplificazione del sistema delle partecipate pubbliche"*, in *Federalismi.it*, n. 14/2016.
- Assonime, *"Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche"*, Roma, settembre 2008, in www.assonime.it
- Bonora C., *"La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche. Nota Ordinanza - Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 13-11-2015, n. 23306"* - 28 gennaio 2016, in *"Filodiritto"*, <http://www.filodiritto.com>.
- Cassese S., a cura di, *"Introduzione a Massimo Severo Giannini"*, Bari, Laterza, 2010 (Antologia di scritti di M. S. Giannini).
- Chiti M. P., *"Le carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009.
- Cintio F., *"Tipi societari, amministrazione e regime di diritto pubblico"*. Contributo al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell'Amministrazione), *"Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica"*, 18 febbraio 2016.
- Clarich M., *"Società di mercato e quasi amministrazioni"*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009.
- Clarich M., Conclusioni al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell'Amministrazione), *"Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica"*, 18 febbraio 2016.
- Commissione Europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Relazione per paese relativa all'Italia 2016 comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, Bruxelles, 26 febbraio 2016, SWD (2016), 81 Final, pagg. 74 – 75, *"Società a partecipazione pubblica locali"*.
- Di Giulio M., Galanti M. T., Manzo C., Moro F. N., *Un nuovo "ircocervo". Privatizzazioni, regolazione e ibridizzazione nelle aziende multi-utility italiane (A new "ircocervo". Privatization, regulation and hybridization in Italian multi-utility companies)*, *Sociologia del lavoro*, n. 135/2014.
- Fimmanò F., Catricalà A., a cura di, *"Le società pubbliche"*, Regole e Mercati, Collana di Ateneo, Universitas Mercatorum Press, novembre 2016.
- Garofoli R., Introduzione al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell'Amministrazione), *"Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica"*, 18 febbraio 2016.
- Goisis F., *"Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche"* e *"La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica"*, Milano, 2004.
- Guizzi G., *"Crisi di legalità e crisi economiche delle società pubbliche"*. Contributo al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell'Amministrazione), *"Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica"*, 18 febbraio 2016.
- Lucarelli A., *"La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate"*, in *Federalismi.it*, n. 21/2016.
- Marino F. e Mazzola G., *"Le partecipate in Sicilia: la situazione ed il piano di razionalizzazione. Quali prospettive?"*. StrumentiRES - Rivista online della Fondazione RES, Anno VIII – n. 2 - Giugno 2016.
- Montedoro G., *"Società in house e responsabilità"*, in *Astrid – on line*, del 12 marzo 2007.
- Nico M., *"Le società partecipate dagli Enti Locali, dopo la legge di stabilità 2014, così come modificata dal D.L. 6 marzo 2014, n.16"*, Santarcangelo di Romagna, 2014.
- Pacciò A., *"I servizi di interesse generale nel Diritto dell'Unione Europea; principi e caratteri"*, in *Diritto Civile e Commerciale*, 26/9/2013.
- Paletta A., *"Il Governo avvia la riforma delle società partecipate"*, <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2016-02-10/il-governo-avvia-riforma-societa-partecipate>.
- Pizza P., *"Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi"*, Milano, 2007.

- Senato della Repubblica – Camera dei Deputati. XVII legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti – Doc. XLVII, n. 1, par. 6 “*Gli organismi partecipati dalle Regioni*”.
- Severino E., “*Il destino della tecnica*”, BUR Rizzoli, 1998.
- Urbano G., “*Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*”, in *Amministrazioni in cammino*.
- Zoppini A., “*La governance delle società partecipate*”. Contributo al Convegno SNA (Scuola Nazionale dell’Amministrazione), “*Il Riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica*”, 18 febbraio 2016.