

**LE SOCIETÀ PUBBLICHE TRA MERCATO E
AUTORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA**

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Maggio 2011)

Prof. Stefano CIVITARESE MATTEUCCI

INDICE

- 1. LE SOCIETÀ PUBBLICHE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO**
- 2. LE RECENTI RIFORME VOLTE ALLA TUTELA DELLA CONCORRENZA E ALLA "MORALIZZAZIONE" DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE**
- 3. BIBLIOGRAFIA**

1. LE SOCIETÀ PUBBLICHE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Il forte incremento, nell'ordinamento giuridico italiano, di società a prevalente o totale partecipazione pubblica, risale essenzialmente al processo di progressiva trasformazione in società dei grandi enti pubblici economici (ossia di quei particolari enti pubblici esercenti attività d'impresa), avviatosi all'inizio degli anni '90 e anche conosciuto come procedimento di privatizzazione formale. Differentemente, però, dai precedenti fenomeni di ricorso da parte dello Stato alla costituzione o controllo di società per perseguire vari tipi di finalità pubbliche (le cosiddette partecipazioni statali), l'ondata di privatizzazioni, sotto la spinta del diritto europeo, aveva l'obiettivo di avviare l'apertura al mercato di determinati settori economici di pubblica utilità. Come è stato notato dalla dottrina, però, quel fenomeno ha investito tutte le imprese pubbliche italiane e ha finito per

dare luogo a una variegata serie di tipi societari non riconducibili all'unico schema della grande società per azioni che è funzionale al collocamento delle azioni sul mercato¹.

La dottrina ha osservato come le società pubbliche, grazie a norme speciali, hanno assunto una connotazione propria ed è difficile, quindi, continuare a sostenere che con la scelta della società per azioni «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici» (Relazione al codice civile del 1942).

Se, infatti, la disciplina di queste società è in generale quella del diritto privato, esistono molteplici eccezioni stabilite dalla legislazione per assicurare il perseguimento delle finalità pubbliche.

In un recente rapporto *Assonime*² si propone di sopprimere le società che vengono definite semi-amministrazioni, considerate entità ibride che snaturano il modello societario, e di eliminare i vincoli previsti dalla legislazione per le società partecipate dallo Stato e dagli enti territoriali che operano effettivamente in regime di concorrenza. In questo rapporto sono indicate tre categorie di queste "semi-amministrazioni": le società *in house* che sono utilizzate agli enti locali per l'affidamento diretto di servizi pubblici, in deroga alle procedure di evidenza pubblica; le società istituite per l'esercizio di funzioni pubbliche (come l'Anas o l'Enav); le società che svolgono attività strumentali per conto di autorità

¹ G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in Riv. soc., 2006, 5-6, 999.

² È l'Associazione fra le Società per Azioni costituita il 22 novembre 1910, che oggi rappresenta il mondo delle società di capitali nelle sue diverse articolazioni, sia dell'industria, sia della finanza, sia delle assicurazioni, sia dei servizi (<http://www.assonime.it/AssonimeWEB/public/initAction.do?evento=english>).

amministrative, in particolare regionali e locali, oggetto di una disciplina restrittiva ad opera del cosiddetto decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2003, n. 223 conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248)³.

Questa indicazione è utile per avere un'idea della galassia delle società pubbliche, ma in realtà non è possibile tracciare un confine netto tra società che operano "normalmente" nel mercato e altre che sarebbero, in sostanza, amministrazioni mascherate. Vi è una varietà di situazioni e «la specialità delle società pubbliche è probabilmente una questione di grado che varia, alla luce del diritto positivo, senza soluzione di continuità, da un minimo a un massimo: da un minimo di specialità (o addirittura dall'assenza), nel caso in cui la società sia interamente disciplinata dal diritto comune e soltanto la titolarità delle azioni è riferibile allo Stato o ad altro ente pubblico; a un massimo, nel caso in cui le deroghe al diritto comune siano così estese da rendere predominante lo statuto pubblicistico»⁴.

Le più diffuse deroghe al diritto comune riguardano, comunque, la sottoposizione della società a forme di controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei conti⁵, oppure la sottoposizione dei dipendenti al giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi al giudice contabile (Cass. Civ., Sez. un., n. 3899/04, e, per gli enti pubblici economici, *Id.*, n. 19667/03), o l'assoggettamento della società – quale "stazione appaltante" – alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici previste dal diritto comunitario (con riconduzione alla giurisdizione amministrativa delle relative controversie).

³ Da M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.* 2009, 2, 253.

⁴ M. Clarich, *op. cit.*, 254.

⁵ V. poco oltre nel testo il riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 1993.

A questo proposito la Corte costituzionale (con la sentenza n. 466 del 1993), aderendo a una nozione sostanziale di impresa pubblica, ha precisato che si definiscono di “diritto speciale” quelle società cui è applicabile in parte la disciplina di diritto civile e in parte la disciplina pubblicistica, aggiungendo che il giudice contabile conserva il proprio potere di controllo sulle spa costituite a seguito della trasformazione degli enti pubblici economici (come Iri, Eni, Enel, Ina, etc.) fintanto che la partecipazione pubblica rimanga maggioritaria.

Secondo una parte della dottrina questo peculiare regime misto dovrebbe fare propendere per il riconoscimento, in capo alla società, della personalità giuridica non di diritto comune, bensì di diritto pubblico, configurando la categoria dell’ente pubblico con forma o struttura societaria⁶, tornando quindi in qualche misura a quell’ente pubblico economico da cui si era partiti. Questo tipo di posizioni si pongono, pertanto, in una prospettiva completamente diversa da quelle che criticano lo snaturamento della disciplina societaria che si realizza mediante la legislazione in esame, poiché escludono in partenza che quelle in parola siano società commerciali. Anche in questo caso, però, il problema è quello della generalizzazione. Quando una società, a causa delle deroghe al suo funzionamento, diviene un ente pubblico in forma societaria?

Le società integralmente pubbliche derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici (ai sensi della legge n. 359 del 1992) sono state, ad esempio, costituite non tramite un contratto, ma per legge o per atto amministrativo, e inoltre in assenza del requisito della pluralità dei soci: anche solo dal punto di vista genetico la deviazione dal modello di diritto comune è stata dunque significativa. Ancora, dal punto di vista funzionale, l’azionista pubblico (ad esempio il Ministero del Tesoro) è stato fortemente

⁶ V. G. Rossi, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221 ss.; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, 101 ss.

condizionato, nell'esercizio dei propri diritti e delle proprie facoltà, da soggetti formalmente estranei alla compagine societaria (come gli altri Ministri e il Presidente del Consiglio dei Ministri). Anche su questi profili si sono dunque avute significative deviazioni dal modello privatistico.

Così, a partire dalla seconda metà degli anni '90, anche la giurisprudenza amministrativa, sviluppando ulteriormente la posizione espressa dalla Consulta sulla nozione sostanzialistica di amministrazione pubblica, è giunta a ritenere che possono esistere enti pubblici in forma societaria, cui si applica quindi lo statuto tipico dell'azione amministrativa (si v., *ex multis*, Cons. Stato, VI, n. 1206/2001).

2. LE RECENTI RIFORME VOLTE ALLA TUTELA DELLA CONCORRENZA E ALLA "MORALIZZAZIONE" DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

La legislazione più recente sembra confermare la tendenza a trattare le società pubbliche come una categoria a sé stante.

I profili di specialità possono essere ricondotti a due obiettivi di politica legislativa. Il primo riguarda le scelte dello Stato in quanto azionista, il secondo riguarda direttamente l'attività della società. Il primo tipo di limiti in linea di principio non è incompatibile con il normale statuto societario, il secondo invece lo è, poiché determina vincoli sostanziali al perseguimento degli interessi lucrativi da parte degli organi societari⁷.

Per quanto concerne il primo gruppo di limiti si possono ricordare le varie norme di "moralizzazione" della spesa delle società pubbliche non quotate in borsa, controllate

⁷ V. in tal senso M. Clarich, *op. cit.*

direttamente o indirettamente dallo Stato (con esclusione però di quelle meramente collegate), previste dalla legge n. 244/07, finanziaria per l'anno 2008, e in seguito dalla legge n. 69/09 e dal decreto legge c.d. "anticrisi" n. 78/09 convertito in legge n. 102/09.

Queste norme stabiliscono che gli statuti delle società debbano disporre riduzioni del numero massimo dei membri degli organi di amministrazione e di almeno il 25% dei compensi degli amministratori. Stabiliscono, inoltre, la possibilità di sopprimere la carica di vicepresidente e altre limitazioni sulla remunerazione dei componenti degli organi sociali e degli amministratori.

In un certo senso a questa ispirazione possono essere ricondotte le recenti disposizioni che riguardano la responsabilità degli amministratori. In particolare è stato previsto il divieto di nominare amministratore di una società a totale o parziale partecipazione pubblica chi abbia già ricoperto un incarico analogo nei 5 anni precedenti, per 3 consecutivi dei quali si sia registrato un progressivo peggioramento dei conti a causa di scelte gestionali evitabili.

L'altro gruppo di norme incide più sostanzialmente sull'attività delle società pubbliche. Si pensi, da un lato, alla definizione del capitale sociale, dell'oggetto sociale, della composizione azionaria o della *corporate governance* direttamente da parte della legge, dall'altro al potere di direttiva e di approvare gli atti gestionali più importanti da parte del Ministro vigilante⁸.

Con riferimento, in particolare, al rapporto tra queste società e il mercato, la legislazione recente ha introdotto una serie di disposizioni a tutela della concorrenza.

L'art. 13 del citato decreto Bersani del 2006 dispone che «al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli

⁸ M. Clarich, *op. cit.*, G. Napolitano, *op. cit.*

operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività [...] devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale». Da questo divieto sono, peraltro, escluse le società che gestiscono servizi pubblici locali.

Ancora più in profondità opera l'art. 3, comma 27, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) che sembra voler riservare ai soli soggetti privati la competizione nel mercato, introducendo un divieto generalizzato per le pubbliche amministrazioni⁹ di costituire società «aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi», e di assumere o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società, a meno che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali¹⁰. L'organo competente deve motivare la decisione di costituire società o assumere partecipazioni dimostrando la sussistenza di questa stretta necessità e la relativa delibera deve essere trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti, che evidentemente ha il compito di valutare la correttezza di tale motivazione.

Questa disposizione pare confermare che l'indirizzo legislativo è quello di consentire l'impiego del modello societario soltanto per meglio adeguare la propria

⁹ Quindi non solo amministrazioni regionali e locali, come nel decreto Bersani, ma anche nazionali.

¹⁰ Anche in questo caso è fatta salva la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni pubbliche.

struttura organizzativa al perseguimento delle specifiche finalità istituzionali¹¹, poiché, da un lato, si piegano le strutture civilistiche alle esigenze del diritto pubblico, dall'altro lato, si impedisce che queste società entrino in concorrenza nel mercato con gli operatori privati.

Questa tendenza pan-pubblicistica è riscontrabile anche nelle più recenti disposizioni sulle forme di controllo della spesa da parte del Ministro dell'economia e su quelle tendenti a estendere alle società pubbliche le regole sull'organizzazione e la gestione del personale (articolo 71, legge 18 giugno 2009, n. 69 come modificato dall'art. 19 della legge 3 agosto 2009 n. 102).

Sotto il primo profilo si assiste a un notevole potenziamento del ruolo del Ministro dell'economia. In caso di costituzione di nuove società pubbliche nazionali le partecipazioni devono essere attribuite al Ministero dell'economia, che in seguito è tenuto a esercitare i diritti dell'azionista di concerto con i Ministeri di volta in volta competenti per materia. Inoltre le amministrazioni statali, per acquisire nuove partecipazioni in società pubbliche o mantenere quelle già possedute, devono essere autorizzate con decreto del Presidente del Consiglio, da emanarsi previa proposta del Ministro competente di concerto con il Ministro dell'economia¹².

Sotto il secondo profilo si è stabilito che le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi secondo i principi di pubblicità e concorsualità vigenti per le pubbliche amministrazioni. Per le altre società a partecipazione pubblica totale o controllate non è previsto il rinvio alle disposizioni sul

¹¹ V. B. Giliberti, I. Rizzo, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 2526.

¹² Restano escluse dall'applicazione di questa disciplina le partecipazioni da acquisire o già detenute in società di emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati.

reclutamento delle pubbliche amministrazioni, ma comunque esse devono osservare nelle assunzioni criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

La legge 102/2009 ha inoltre esteso alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che siano strumentali all'attività istituzionale di amministrazioni pubbliche¹³, i divieti e le limitazioni in materia di assunzioni di personale previsti per l'amministrazione controllante. Tali società devono, inoltre, adeguarsi al regime dell'amministrazione controllante anche per quanto concerne le politiche contrattuali e le consulenze. È prevista, infine, l'estensione del "patto di stabilità" interno alle società a partecipazione pubblica locale, con modalità da definirsi con decreto del Ministro dell'economia, sentita la Conferenza Unificata. Questa disposizione è stata, tuttavia, dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 325 del 2010, in base all'argomento secondo cui l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 284 e n. 237 del 2009; n. 267 del 2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117, sesto comma, Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare.

¹³ Vale a dire che «svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, o ancora che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT)» (art. 18, comma 2-*bis* decreto legge 25 giugno 2008 , n. 112).

Occorre, infine, segnalare come vi siano alcune disposizioni contenute nella legge 102/2009, che si presentano incoerenti con il disegno legislativo esposto – trattare le società pubbliche sempre più alla stregua di amministrazioni escludendole dal mercato – e anche di dubbia compatibilità con il diritto europeo della concorrenza.

Ci si riferisce, anzitutto, alla soppressione del c.d. divieto di partecipazione indiretta, in virtù del quale alle amministrazioni pubbliche era interdetto di assumere o mantenere partecipazioni indirette (come quelle a mezzo di società controllate), anche di minoranza, in società aventi a oggetto attività di produzione di beni e/o di servizi non strettamente funzionali al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione pubblica partecipante. Il pericolo, insomma, è che attraverso lo schermo di proprie società strettamente funzionali allo svolgimento di compiti istituzionali – e come tali non operanti nel mercato – i poteri pubblici possano tornare a essere presenti nei mercati.

Perplessità, sotto questo profilo, suscita anche la previsione della possibilità per le amministrazioni dello Stato, cui sono attribuiti per legge fondi o interventi pubblici, di affidarne direttamente la gestione a società a capitale interamente pubblico su cui queste amministrazioni esercitino un controllo analogo a quello esercitato su propri servizi e che svolgano «la propria attività quasi esclusivamente nei confronti dell'amministrazione dello Stato» (art. 19, comma 5, d.l. 78/2009). L'impiego del termine “quasi”, quantomai vago, apre margini di discrezionalità e incertezza che potrebbero minare la solidità del riferimento ai consueti limiti delle società *in house*.

3. BIBLIOGRAFIA

Per una bibliografia ragionata si rinvia all'area “Documentazione” del settore [Servizi pubblici e attività di interesse generale](#).