

Il socio pubblico e le società partecipate, tra antiche diffidenze e inattese promozioni. Appunti per una politica di governo del fenomeno societario pubblico(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I modelli di impresa pubblica e l'affermazione del tipo societario. 3. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica e i limiti funzionali alle partecipazioni e alla iniziativa economica pubblica. 4. Il "doppio movimento" e la ri-espansione dell'azionariato pubblico. 5. I caratteri generali della partecipazione dei poteri pubblici al capitale azionario. 6. Le partecipazioni pubbliche nel gioco delle istituzioni e del mercato. 7. Conclusioni.

DI HARALD BONURA E GIULIANO FONDERICO

ABSTRACT: Il saggio, dopo una breve premessa sull'affermazione del modello societario per l'esercizio dell'impresa pubblica, prova a svolgere una prima verifica, se la legislazione stia scoraggiando il ricorso alle società pubbliche o comunque lo stia confinando ad ambiti ben determinati, o se vi sia un quadro complesso da ricostruire, con linee di sviluppo che si muovono in più direzioni. L'analisi distingue i fini perseguiti dalla legislazione, mettendo alla prova quelli dichiarati e facendo emergere quelli che, anche se non evidenti, esprimono con maggiore coerenza il contenuto delle norme. I temi successivi riguardano gli effetti di questi tentativi di regolazione delle partecipazioni pubbliche, se e in che misura vi siano stati e se siano misurabili in modo affidabile. In presenza di scostamenti significativi rispetto alle aspettative, occorre appurare se gli stessi siano sempre segno di disfunzioni o se invece facciano emergere caratteri e capacità di adattamento proprie del modello. Il che porta a un tema di fondo, se il modello si occupi non solo di contenere il fenomeno ma anche di governarlo, se insomma esista un disegno coerente sull'indirizzo e il controllo delle società pubbliche, e quanto un disegno del genere garantisca il governo effettivo delle partecipazioni.

ABSTRACT: *The essay, after a brief foreword on the affirmation of the corporate model for the exercise of public enterprise, tries to carry out an initial verification, whether the legislation is discouraging the use of public companies or at least confining it to well-defined areas, or whether there is a complex picture to be reconstructed, with lines of development moving in several directions. The analysis distinguishes the ends pursued by the legislation, testing those stated and bringing out those that, although not obvious, more consistently express the content of the norms. Subsequent issues concern the effects of these attempts to regulate public shareholdings, whether and to what extent there have been and whether they can be reliably measured. In the presence of significant deviations from expectations, it is necessary to ascertain whether they are always a sign of dysfunction or whether they instead bring out characteristics and adaptive capacities peculiar to the model. Which leads to an underlying issue, whether the model is concerned not only with containing the phenomenon but also with governing it, in short, whether there is a coherent design on the direction and control of public companies, and how far such a design guarantees the effective governance of holdings.*

1. Premessa e oggetto dello studio

Nel corso del 2020, nel volgere di pochi mesi, prima la Corte di giustizia e poi la Corte costituzionale sono state chiamate a pronunciarsi su un quesito comune: la legislazione nazionale può tessere una rete di “contenimento” intorno alle società pubbliche, in particolare quelle *in house*, sottoponendo il loro regime a regole più stringenti rispetto a quelle previste per i loro corrispondenti privati? Entrambe le corti hanno risposto in modo affermativo⁽¹⁾. Il diritto europeo, ha affermato la Corte di giustizia, quando lascia agli Stati membri “libertà di organizzazione” conferisce loro per l'appunto una libertà, che include anche lo spazio per autolimitazioni della propria struttura imprenditoriale. L'imposizione di un obbligo rafforzato di motivazione per gli affidamenti diretti a società *in house*, ha osservato la Corte costituzionale, **è funzionale alla trasparenza amministrativa e alla tutela della concorrenza**, rientra dunque nei normali margini di discrezionalità del legislatore (anche delegato). A molti osservatori la risposta ai quesiti sottoposti alle due corti poteva apparire scontata⁽²⁾. Del resto, la Corte di giustizia si era espressa in termini simili pochi anni prima⁽³⁾; mentre la Corte costituzionale, già vari decenni orsono, non ebbe esitazioni nel giudicare legittime restrizioni alla libertà sindacale delle società statali, purché la legge non disponesse direttamente di tale libertà, ma chiedesse al Governo di farlo come azionista. Sul presupposto che, tutto sommato, lo Stato disponeva con legge ciò che avrebbe potuto fare come semplice proprietario⁽⁴⁾.

È però significativo il solo fatto che simili questioni siano state sollevate. Esse fanno emergere una tensione che è prevalentemente propria dell'ordinamento interno. La legislazione nazionale ha prima favorito le privatizzazioni delle imprese pubbliche, poi ha cercato di stimolare in più forme le esternalizzazioni delle gestioni di imprese pubbliche, infine ha circondato la costituzione di società pubbliche e l'acquisto di partecipazioni di vari aggravamenti procedurali e sostanziali. Insomma, almeno in apparenza, l'ordinamento sembrerebbe avere riabbracciato l'antica diffidenza liberale per le imprese pubbliche.

Dall'altro lato, però, la stessa legislazione continua a fornire segnali contraddittori. Si pensi, da ultimo, all'improvvisa centralità restituita all'*in house*, quale modello ottimale per garantire l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e la realizzazione degli investimenti pubblici⁽⁵⁾. E si pensi, altresì, alle soluzioni – sempre in materia di affidamenti *in house* – fornite dai recenti decreti legislativi in materia di servizi di interesse economico generale di livello locale (d.lgs. 201/2022) e di contratti pubblici (d.lgs. 36/2023); in ambedue i casi, infatti, tali soluzioni sembrano ispirate, più o meno espressamente, a un riallineamento dell'ordinamento interno al principio europeo di auto-organizzazione amministrativa e, cioè, di sostanziale equi-ordinazione

* Il saggio aggiorna uno studio svolto dai medesimi autori nell'ambito di una ricerca dell'Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione-IRPA sui rapporti tra Stato ed economia dopo le crisi. Il lavoro è frutto di un'elaborazione condivisa; i paragrafi 2, 5 e 6 sono da attribuire a G. Fonderico e i paragrafi 3 e 4 ad Harald Bonura.

1 V. C. giust. UE, ordinanza del 6 febbraio 2020, *Rieco c. Comune di Lanciano*, cause riunite da C89/19 a C91/19; Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100.

2 H. BONURA-M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in Rivista della Corte dei conti, n. 3/2020, 18.

3 C. giust. UE, 3 ottobre 2019, *Irgita*, causa C285/18.

4 Corte cost., 26 gennaio 1960, n. 1.

5 Articoli 9 e 10, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77.

delle soluzioni organizzative dell'autoproduzione e dell'esternalizzazione⁶).

Di qui, anche nei giudici, la difficoltà di individuare una linea certa di interpretazione per risolvere i casi dubbi e i molti concetti indeterminati che definiscono i vincoli per le società pubbliche⁷).

Lo scritto, dopo una breve premessa sull'affermazione del modello societario per l'esercizio dell'impresa pubblica, prova così a svolgere una prima verifica, se la legislazione stia scoraggiando il ricorso alle società pubbliche o comunque lo stia confinando ad ambiti ben determinati, o se vi sia un quadro complesso da ricostruire, con linee di sviluppo che si muovono in più direzioni. L'analisi distingue i fini perseguiti dalla legislazione, mettendo alla prova quelli dichiarati e facendo emergere quelli che, anche se non evidenti, esprimono con maggiore coerenza il contenuto delle norme. I temi successivi riguardano gli effetti di questi tentativi di regolazione delle partecipazioni pubbliche, se e in che misura vi siano stati e se siano misurabili in modo affidabile. In presenza di scostamenti significativi rispetto alle aspettative, occorre appurare se essi siano sempre segno di disfunzioni o se invece facciano emergere caratteri e capacità di adattamento proprie del modello. Il che porta a un tema di fondo, se il modello si occupi non solo di contenere il fenomeno ma anche di *governarlo*, se insomma esista un disegno coerente sull'indirizzo e il controllo delle società pubbliche, e quanto un disegno del genere garantisca il governo effettivo delle partecipazioni.

2. I modelli di impresa pubblica e l'affermazione del tipo societario

2.1. Le prime manifestazioni dell'impresa pubblica nel nostro ordinamento sono state in forme burocratiche. Le imprese erano inserite nell'apparato amministrativo e ne condividevano il regime giuridico, con qualche attenuazione e adeguamento all'attività da svolgere. Quando, sul finire dell'800, si diffusero i casi di comuni che esercitavano direttamente i servizi municipali, ciò avveniva con le ordinarie strutture amministrative, forzando al limite la legislazione vigente che ammetteva la produzione "in economia" solo per i piccoli appalti. La legislazione dell'inizio del '900 – la legge Giolitti n. 103 del 1903 e la normazione sulla statizzazione delle ferrovie – sviluppò questo fenomeno ideando il modello dell'azienda autonoma, incardinata nell'amministrazione alla

6 Nella relazione di accompagnamento al Codice dei contratti pubblici si sostiene, con estrema chiarezza, che «L'articolo 7 recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi: a) auto-produzione, b) esternalizzazione; c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni. La codificazione del principio in esame determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n.50/2016, sulla quale si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria di cui all'ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, poi risolti, in senso negativo, da Corte di Giustizia ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, Rieco S.p.a.».

Per un'efficace ricostruzione delle più recenti evoluzioni legislative dell'istituto, v. G. URBANO, *L'affidamento in house al tempo della transizione*, in questa Rivista, 1/2023, 43.

7 A conferma di tali difficoltà, ad esempio, la scelta del Consiglio di Stato di non rendere il parere sulla proposta di Linee guida elaborata dall'ANAC in materia di affidamenti *in house*, in considerazione del fatto che le stesse «si inseriscono in un contesto giuridico e istituzionale molto dinamico, soprattutto sotto la spinta urgente dello sviluppo e dell'attuazione del PNRR, del Piano nazionale per gli investimenti complementari e del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima, ma anche, più in generale, sotto la spinta della ripresa economica seguente alla pandemia da covid-19». Da qui l'esigenza che «Da un lato, de iure condito, l'approvazione delle linee guida deve comunque tener conto delle implicazioni della *lex specialis* prima menzionata (art. 10, d.l. n. 77/21), nonché del possibile impatto delle nuove prassi sugli effetti attesi dalla legge. Dall'altro, de iure condendo, si dovrebbe valutare adeguatamente l'opportunità di emanare le linee guida in esame pur nella eventualità di una possibile, prossima modifica del quadro legislativo con la riforma in itinere del codice dei contratti o con un altro degli interventi normativi strumentali all'attuazione del PNRR. In caso affermativo, occorrerebbe comunque considerare l'impatto "in concreto", sull'operatività delle amministrazioni, della successione ravvicinata nel tempo di tali interventi, a diverso livello (quello, proposto, con linee guida non vincolanti – ma di sicuro impatto – e quelli di rango legislativo, con delega o decreto-legge) e della conseguente esigenza di assicurare comunque stabilità, chiarezza e uniformità del quadro applicativo» (Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi, parere 7.10.2021, n. 1614).

stregua di ogni altro ufficio, ma dotata di autonomia e di un'organizzazione ispirata a quella delle strutture imprenditoriali. Le conseguenze sull'amministrazione furono notevoli. Il personale delle amministrazioni pubbliche subì un incremento improvviso e massiccio, si pensò solo ai dipendenti delle concessionarie ferroviarie transitati nell'amministrazione. Questo balzo quantitativo si accompagnò a effetti *qualitativi*, diffusi in tutta l'amministrazione. Occorse fare fronte a fenomeni come le astensioni collettive dal lavoro e la contrattazione collettiva, che nascevano allora nell'impiego privato e che, per evitare "contagi" al settore pubblico, l'ordinamento tentò di arginare, per un verso, con divieti e sanzioni e, per altro verso, con un innalzamento materiale dei livelli di tutela riconosciuti agli impiegati pubblici.

Il modello dell'azienda autonoma, che pure aveva tratti oggettivamente innovativi, in breve tempo si rivelò un abito troppo stretto. Il moltiplicarsi dei compiti di erogazione degli apparati pubblici, l'esigenza di slegarsi da corpi normativi costruiti principalmente intorno alla burocrazia ministeriale, stimolarono ulteriori innovazioni organizzative. Il processo fu in parte spontaneo ed empirico, in parte il frutto di azioni normative consapevoli.

Le aziende municipali evolvettero nel tempo verso un'entificazione di fatto. La loro soggettività fu riconosciuta sul piano processuale, si diffuse la prassi di incorporare nei regolamenti del personale la conclusione di accordi collettivi, ben prima che ciò fosse formalizzato dalla normazione primaria. Quando, nel 1990, la legge n. 142 introdusse il modello dell'azienda "speciale" con personalità giuridica distinta, e sottoposizione dell'attività al diritto privato, essa formalizzava per lo più la condizione esistente di molte aziende municipali.

2.2. La normazione statale, dagli inizi del '900 in poi, diede invece il via alla proliferazione degli enti pubblici, taluni – i c.d. enti "di erogazione" – produttori di beni e servizi con organizzazioni di tipo burocratico, si pensò alla previdenza e all'assistenza; altri che agivano secondo modelli imprenditoriali. In epoca repubblicana, sorsero i due principali enti pubblici imprenditoriali, l'Eni⁸ e l'Enel⁹ con attitudini operative (l'Iri e l'Efim, tra gli altri, erano invece enti di gestione delle partecipazioni). Nel primo caso, l'ente operava in un settore non riservato ai pubblici poteri, anzi caratterizzato da una forte concorrenza internazionale, ma beneficiando di privilegi sull'estrazione di risorse interne. Nel secondo caso, l'ente nasceva in coincidenza con la nazionalizzazione del settore elettrico e, sino alle liberalizzazioni della metà degli anni '90, operava beneficiando di una riserva di attività.

Se ci si limita alla genesi storica, si può constatare che, a fianco dell'azienda autonoma e dell'ente pubblico economico/azienda speciale, vi è da tempi risalenti il modello della società commerciale in mano pubblica. L'azionariato pubblico era considerato sin dalla legge comunale e provinciale del 1865 e alcuni comuni vi erano ricorsi entrando in società di gestione dei servizi pubblici locali. I primi esempi importanti risalgono però all'AGIP (istituita per autorizzazione del r.d.l. 3 aprile 1926, n. 556)¹⁰, con uno sviluppo rilevante nel decennio successivo¹¹.

8 V. la l. 10 febbraio 1953, n. 136, art. 2; la l. 11 gennaio 1957, n. 6, artt. 2 ss. e 13 ss., e la l. 26 aprile 1974, n. 170, art. 1 e 3 ss. La legge istitutiva autorizzava l'ENI a operare anche come ente di gestione di partecipazioni, e ad esercitare le sue attività attraverso le controllate, ma idealmente l'Ente avrebbe potuto sin dal principio operare direttamente.

9 V. la l. 6 dicembre 1962, n. 1643.

10 Oltre a casi minori come L'Unione Cinematografica Educativa (Luce), società che passò in mano pubblica nel 1924 (prima si chiamava Sindacato Istruzione Cinematografica) e che poi ancora venne trasformata in ente pubblico con il r.d.l. 13 novembre 1931, n. 1398. Sui primi passi dell'azionariato dei pubblici poteri, a partire dagli inizi del '900, cfr. L. GANGEMI, *Le società anonime miste*, Firenze, La Nuova Italia, 1932, 125, e S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 774. Cenni si trovano anche in A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1942, 15.

11 Si pensi alle norme che autorizzavano l'IRI a costituire finanziarie e società operative nel settore dei trasporti marittimi e della siderurgia, rispettivamente il r.d.l. 7 dicembre 1936, n. 2082, e il r.d.l. 27 giugno 1937, n. 906.

Già queste prime esperienze posero il quesito se il “velo” della persona giuridica privata potesse essere superato facendo riferimento a parametri sostanziali di pubblicità⁽¹²⁾. Al di là di queste prime manifestazioni, l’azionariato pubblico vide la sua crescita esponenziale con l’istituzione dell’IRI e di altri enti pubblici “holding”. Dopodiché, anche al di fuori da specifiche leggi autorizzative, il fenomeno si diffuse insieme al riconoscimento che le persone giuridiche pubbliche hanno la capacità generale di costituire altre persone giuridiche, secondo le regole del diritto comune. Anche stavolta furono i comuni a sperimentare le soluzioni in un sostanziale vuoto normativo, offrendo così un banco di prova per un problema di teoria generale.

2.3. Il carattere esteso e non occasionale del fenomeno ha posto sin da tempi risalenti il problema della forma organizzativa da dare all’azionariato dei poteri pubblici, problema reso più complesso dalla necessità di conciliare, da un lato, la struttura privatistica della società e la sua naturale apertura verso una rete di relazioni ugualmente rette dal diritto privato con, dall’altro lato, l’attinenza di interessi pubblici che idealmente dovrebbe qualificare l’azione dei pubblici poteri anche in questo campo.

Si può osservare al riguardo un iniziale sforzo di razionalizzazione che, passando per l’istituzione degli enti di gestione e per la connessa piramide di rapporti mediati dalle finanziarie di settore, ha tentato di definire, nel corpo dell’amministrazione tradizionale, un centro, se non proprio di imputazione, di mediazione dei diversi interessi pubblici coinvolti. Si fa riferimento all’istituzione, nel 1956, del Ministero delle partecipazioni statali⁽¹³⁾ e alla costituzione di un comitato interministeriale per la formulazione di direttive recanti gli indirizzi agli enti di gestione; competenza poi trasferita al CIPE, per inquadrare anche la “funzione” di partecipazione nel più ampio sistema della programmazione economica.

Il modello, almeno all’apparenza, poteva presentare una serie di vantaggi rispetto all’alternativa di una gestione “disordinata” delle partecipazioni, senza una chiara distribuzione dei pesi “privati” e “pubblici” nell’assunzione delle decisioni. Il livello politico amministrativo avrebbe potuto garantire la considerazione degli interessi pubblici; lente di gestione – composto da professionalità non burocratiche e tenuto alla “economicità” – avrebbe tradotto le direttive politico-amministrative nelle scelte proprie di un’azionista; alle finanziarie e alle società operative, come ultimo anello della catena, sarebbero spettate le scelte imprenditoriali più minute. In sostanza, vi sarebbe potuta essere una graduale assimilazione dei fini pubblici nei modi di funzionamento di una società commerciale.

Senonché, nella sua attuazione pratica il modello ha finito per lasciare insoddisfatti pressoché tutti gli aspetti che avrebbe dovuto conciliare. Sono stati via via rilevati l’incapacità a esprimere e trasmettere scelte di politica economica, la sostanziale “autocefalia” degli enti di gestione e delle società partecipate, lo scambio tra l’autonomia operativa, consentita anche dalle periodiche iniezioni nei fondi dotazione, e la soddisfazione di richieste politiche per fini contingenti ed elettorali⁽¹⁴⁾. Gli enti di gestione non sono stati ritenuti in grado neppure di svolgere una funzione di “evidenziazione” dei risultati economici⁽¹⁵⁾, avendo al contrario confuso al loro interno le gestioni profittevoli – magari per marcate rendite di monopolio legale – con quelle disastrose⁽¹⁶⁾. Il governo delle

12 Sulla vicenda della qualificazione pubblica o privata dell’AGIP, si veda lo scritto di F. CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, Universitaria editrice, 1947.

13 Con la legge 22 dicembre 1956, n. 1589.

14 G. AMATO, *Il ruolo dell’esecutivo nel governo delle partecipazioni statali*, in AA.VV., *Il governo democratico dell’economia*, De Donato, Bari, 1976, 135-147. Dello stesso autore, si veda anche *Il governo dell’industria in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1972, 45-46.

15 Prospettata da S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, 10, come unico loro carattere che potesse qualificarsi in termini pubblicistici.

16 P. BARCELLONA, *Stato e mercato. Fra monopolio e democrazia*, Bari, De Donato, 109-113.

partecipazioni, in definitiva, non era né “economico”, perché lo Stato «difetta di spirito commerciale»⁽¹⁷⁾, né “politico”, se con quest’ultimo termine si immagina un disegno ordinato di scelte di cura di interessi generali.

2.4. Gli anni ’90 sono stati caratterizzati dal progressivo “scivolamento” dai modelli organizzativi pubblicistici verso quelli in forma societaria. Una spinta in tal senso è venuta, in parte, dalle prospettive della successiva cessione, in tutto o in parte, della partecipazione pubblica e dai conseguenti ricavi utili a migliorare i dati della finanza pubblica. Al contempo, il modello societario è apparso quello connaturato all’esercizio dell’impresa e astrattamente in grado di assecondare una tendenza – non solo disfunzionale – alla “fuga” dai controlli pubblicistici. Tutto ciò, in un quadro in cui – anche sotto i colpi di una serie di vicende corruttive⁽¹⁸⁾ – si è invece disgregata la complessa architettura del governo delle partecipazioni: soppresso il Ministero delle partecipazioni statali, liquidati gli enti di gestione, le partecipazioni sono tornate per lo più a essere disperse nell’ordinario governo dei Ministeri azionisti⁽¹⁹⁾.

Il fattore del guadagno economico si è arrestato dinanzi alle partecipazioni private di appetibilità per il mercato e comunque è stato controbilanciato dall’esigenza di conservare un ruolo pubblico in taluni settori d’interesse generale (es., energia, poste, ferrovie). Questo ha aumentato l’ideale costo-opportunità delle operazioni oltre la soglia di convenienza. Il vantaggio derivante dal regime giuridico ha risentito del suo progressivo allineamento intorno a un modello comune, indifferente alla forma organizzativa. Se un tempo la relazione tra il modello organizzativo e il regime giuridico era abbastanza lineare – interamente pubblicistico per l’impresa organo, parte pubblicistico e parte privatistico per l’impresa ente, tutto privatistico per l’impresa-società di capitali – oggi gli aspetti fondamentali della disciplina sono regolati a prescindere dalla forma giuridica: il regime degli acquisti, le discipline di finanza pubblica e sul contenimento della spesa, il regime dell’accesso all’impiego che vede avvicinarsi agli schemi pubblicistici anche gli enti pubblici economici⁽²⁰⁾ e le società in mano pubblica, tenuti a rispettare meccanismi di tipo concorsuale/comparativo. È così che i criteri di diritto positivo per individuare il regime applicabile divengono più complessi e s’intrecciano tra di loro. Rilevano il rapporto con l’amministrazione controllante, l’attività svolta, il grado di concorrenza che vi è sul mercato, la fornitura di servizi all’utenza o all’amministrazione controllante, le condizioni praticate, l’esservi o meno la quotazione sui mercati regolamentati. In definitiva, il regime giuridico finisce per variare a parità di modello organizzativo o essere lo stesso per modelli diversi. Questo, di ritorno, ha reso nuovamente appetibili modelli organizzativi che sembravano destinati a scomparire. A livello locale si è riaffacciata l’azienda speciale/ente pubblico economico, sotto gli auspici anzitutto della giurisprudenza contabile che vi vede un modello più facilmente inquadrabile nelle proprie categorie⁽²¹⁾.

Nell’insieme, le privatizzazioni “sostanziali”, pur non fermandosi del tutto, a partire dai primi anni 2000 sono divenuti fenomeni molto più problematici e, tutto sommato, occasionali. Dall’altro lato, alle vistose operazioni di privatizzazione degli anni ’90, che hanno coinvolto imprese di grandi dimensioni di produzione di servizi pubblici, è seguito, come si vedrà meglio (*infra*, par. 4), un fenomeno meno appariscente, ma diffuso sul territorio e puntiforme, di istituzione di soggetti societari da parte dello Stato e

17 L’espressione, di G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949, 62, è richiamata da B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 2020, 199.

18 Avendo quelle molto vistose degli inizi degli anni ’90 precedenti non meno gravi in vicende, come quella “chimica”, che affondavano le loro radici già nella metà degli anni ’60. Si veda F. BARCA e S. TRENTO, *La parabola delle partecipazioni statali: una missione tradita*, in F. BARCA, a cura di, *Storia del capitalismo italiano*, Roma, Donzelli, 1997, 220.

19 A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, Jovene, 2018, 14.

20 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820.

21 Corte dei Conti, sez. aut., 15 gennaio 2014, n. 2.

delle amministrazioni territoriali. Tali società sono state incaricate di attività finali – di servizio pubblico, di esercizio di funzioni amministrative e di vero e proprio mercato – e strumentali. Pur in una generale risistemazione dei confini dell'azione diretta dei pubblici poteri nell'economia, il modello in sé della società a partecipazione pubblica non ha visto significativi passi indietro e si è fatta rapidamente strada una tendenza riepansiva⁽²²⁾, con il proliferare di soggetti soprattutto su scala territoriale. La dimensione del fenomeno ha, quindi, provocato una reazione opposta, con l'adozione di numerose norme intervenute sulla disciplina delle società a partecipazione pubblica, per uniformarne il funzionamento al modello pubblicistico o per ridurne gli impatti sulla finanza pubblica⁽²³⁾, e attraverso prese di posizione dei decisori politici. Il c.d. “piano Cottarelli”⁽²⁴⁾ – dal nome dell'allora Commissario Straordinario per la revisione della spesa pubblica – rappresenta probabilmente il picco di tale “reazione” al fenomeno espansivo (almeno sul piano quantitativo) del modello societario, fondata su “una presunzione quasi-assoluta di inefficienza dell'impresa pubblica”⁽²⁵⁾. Il documento, infatti – che pure sconta una certa approssimazione sul piano statistico – finisce con il condensare in un fortunato (sul piano comunicativo) *slogan* (“riduzione delle partecipate da 8.000 a 1.000 in un triennio”) il piano di lavoro proposto.

Come sia, la vasta e disordinata legislazione sulle società pubbliche, la crescente sensibilità dell'opinione pubblica sul tema delle inefficienze e degli sprechi associati alle partecipazioni pubbliche, l'eterogenea realtà delle stesse (difficilmente sussumibili all'interno di una trama razionale sul piano teleologico), sono i principali tasselli del quadro che si è trovato ad affrontare il legislatore con la legge-delega 7 agosto 2015, n. 124, e poi con il decreto legislativo n. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica-TUSPP).

3. I limiti funzionali alle partecipazioni pubbliche e alla iniziativa economica pubblica.

3.1. Il legislatore, con il TUSPP, è sembrato voler perseguire (più o meno consapevolmente) tre obiettivi fondamentali: (i) riordinare l'eterogenea e frammentata legislazione sulle società pubbliche; (ii) ribadire la riconducibilità di tali enti al diritto delle società (articolo 1, comma 3); (iii) rafforzare il processo di collegamento funzionale tra l'impresa pubblica-società di capitali e lo statuto pubblicistico dell'amministrazione socia.

In relazione a quest'ultimo aspetto, non soltanto, è stato ribadito il c.d. “vincolo di

22 Tendenza stimolata dallo stesso legislatore, attraverso numerose norme di favore per la costituzione di società a partecipazione pubblica per la realizzazione dei più svariati programmi pubblici; v. art. 9, c. 10, legge 24 dicembre 1993, n. 537; art. 44, c. 2, legge 27 dicembre 1997, n. 449; art. 19, legge 23 dicembre 1998, n. 448; articolo 1, decreto legislativo 9 gennaio 1999, n. 1; articoli 120 e 122, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267; art. 1, c. 1, legge 14 novembre 2000, n. 338; art. 2, c. 1, decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351; art. 29, c. 1, legge 28 dicembre 2001, n. 448; art. 30, decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269; art. 7-*terdecies*, decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7; articoli 33 e 33-*bis*, decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98; art. 27, c. 11, decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201; art. 53, decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5.

23 Si pensi alle norme c.d. di “spending review” (specialmente agli articoli 6 e 9 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78), che hanno imposto vincoli di spesa a soggetti di diversa natura giuridica in ragione esclusiva del loro inserimento all'interno del c.d. “conto economico consolidato” dello Stato, o all'articolo 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, che ha accomunato la disciplina in materia di reclutamento del personale delle società, delle aziende speciali e delle istituzioni a quella degli enti locali soci o controllanti; o, ancora, alle diverse norme (articolo 1, commi 459 e 725 e ss., legge 27 dicembre 2006, n. 296; articolo 3, comma 12, legge n. 244 del 2007) che hanno posto limiti al numero, alle competenze e ai compensi degli amministratori delle società partecipate.

24 Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, 7.08.2014, in <http://revisionedellaspesa.gov.it>.

25 M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del T.U.S.P.*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, a cura di V. Cerulli Irelli e M. Libertini, Milano, Egea, 2020, 79.

scopo²⁶⁾ (necessaria relazione tra le attività svolte dalla impresa pubblica-società e gli scopi istituzionali propri dell'amministrazione socia), ma lo stesso oggetto sociale è stato limitato (c.d. "vincolo di attività") a una serie di attività che, di fatto, consistono nella produzione (i) di beni e servizi (non disponibili sul mercato o, comunque, non disponibili alle condizioni ritenute necessarie dalle autorità pubbliche in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza) in favore della collettività di riferimento (servizi di interesse generale²⁷⁾ ovvero (ii) di beni e servizi strumentali alla realizzazione delle finalità istituzionali proprie dell'amministrazione socia (e, cioè, in favore dell'amministrazione stessa). In buona sostanza, all'impresa pubblica-società, le amministrazioni pubbliche potrebbero fare ricorso, di regola – e salve le eccezioni espressamente previste dallo stesso articolo 4 del TUSPP²⁸⁾ –, per soddisfare un bisogno proprio ovvero un bisogno della collettività non altrimenti garantito dal libero funzionamento del mercato.

In ragione di ciò, non sarebbe possibile un'impresa pubblica-società che operi nel perseguimento del solo scopo lucrativo proprio del tipo societario, essendo necessario che la causa del contratto sociale sia arricchita dal perseguimento di un interesse pubblico, finale o strumentale, e che tale interesse, a sua volta, sia direttamente riferibile alle finalità istituzionali dell'amministrazione o delle amministrazioni socie. La partecipazione detenuta da un'amministrazione pubblica, dunque, sarebbe legittima soltanto laddove la finalità di interesse generale per cui la stessa è stata acquisita fosse direttamente coinvolta nell'oggetto sociale in ragione della specifica, concreta e, nel caso dell'*in house*, esclusiva²⁹⁾ attività societaria e del rapporto servente della stessa rispetto allo statuto pubblicistico del socio³⁰⁾.

Può dirsi, pertanto, che il carattere pubblico dell'interesse perseguito (e individuato come legittimo dal legislatore) deve essere specifico e non generico (anche sul piano dei soggetti pubblici che ne siano portatori) o mediato.

Vincolo di scopo e di attività finiscono, così, per combinarsi al fine di generare il preciso interesse che legittima la partecipazione pubblica; legittimazione che, quindi, non dipende né solo dalla riferibilità dell'attività allo statuto dell'amministrazione socia, né dalla natura stessa dell'attività svolta.

A conferma, il legislatore ha inserito tra le partecipazioni ammesse in via derogatoria quelle in imprese pubbliche-società che producono servizi di interesse generale (e, quindi, compresi, sul piano oggettivo, tra le "attività economiche legittime"), ma in favore di collettività (ambiti) diverse da quelle di riferimento dell'amministrazione o delle amministrazioni socie, con ciò deviando rispetto all'onere di connessione con il

26 Il vincolo di scopo istituzionale è stato introdotto nell'ordinamento dall'art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244. Tale limite è stato considerato costituzionalmente legittimo, sul piano della competenza statale in materia di tutela della concorrenza, da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, in *Consulta online*, con nota critica di M. CAMMELLI.

27 L'articolo 2, comma 1, lettera h), definisce i servizi di interesse generale come le attività di produzione di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale. Tale definizione è fatta propria oggi anche dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, contenente il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

28 L'elevato numero di deroghe rischia, in realtà, di provocare una "schizofrenia" dell'assetto normativo (con ribaltamento del rapporto ordinario tra regola ed eccezioni), che potrebbe condurre, secondo parte della dottrina, a una valutazione di incostituzionalità "non tanto dell'art. 4 come tale, ma del sistema incoerente, e quindi contrario al principio di ragionevolezza (e forse anche del principio di eguaglianza), che si è venuto a determinare a seguito dell'intreccio fra la disposizione originaria e i diversi interventi di legislazione speciale" (M. LIBERTINI, "Un nuovo diritto delle società pubbliche, a cura di R. Miccià. Note di lettura su un libro recente", in *Orizzonti di Diritto Commerciale*, 3/2019, 748).

29 Per il comma 4 dell'art. 4 del TUSPP, le società pubbliche *in house* per potere godere del relativo regime di affidamenti diretti devono avere per oggetto sociale "esclusivo" una o più delle attività previste dal comma 2.

30 H. BONURA e G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, in *Giur. comm.*, 2019, 985/I.

proprio ambito di operatività³¹). In tal caso, dunque, pur non essendo in discussione il carattere “pubblico” dei servizi erogati (e, cioè, pur essendo astrattamente “ammissibile” l’attività), ciò che difetta – e che ha reso necessaria la norma di “deroga” – è la loro riferibilità alle finalità proprie dell’amministrazione socia (non rientrando tra i compiti di un ente locale il soddisfacimento dei bisogni di una collettività territoriale diversa da quella di riferimento). Per dirla ancora diversamente, in questo caso la posizione del socio pubblico non differirebbe, sul piano dell’interesse concretamente perseguito attraverso il contratto sociale, da quella di un comune operatore economico di quel mercato.

3.2. Da ciò, un’ulteriore conseguenza destinata a incidere sulla stessa figura emergente di impresa pubblica-società.

Se, infatti, una pubblica amministrazione può costituire società di capitali ovvero detenere partecipazioni nel capitale delle stesse soltanto laddove l’attività di tali enti sia “strettamente” necessaria al soddisfacimento di un bisogno proprio dell’amministrazione socia (attività strumentale) o della collettività di riferimento (attività di interesse generale), allora si configura la necessità di un rapporto contrattuale tra amministrazione o amministrazioni socie e società. È, infatti, difficile ipotizzare che la società eserciti un’attività “ammissibile” al di fuori di un contratto (di appalto, di concessione o di partenariato pubblico-privato) con il socio pubblico. In molti casi, dunque, non occorre indagare la natura di un’attività per prefigurarne l’ammissibilità dell’esercizio a mezzo di un’impresa pubblica-società. Occorre, piuttosto, verificare l’esistenza di un contratto tra la società e l’amministrazione socia (si pensi sempre al caso delle società che svolgano attività astrattamente ammissibili, ma in favore di – e sulla base di relazioni negoziali con – soggetti pubblici o privati diversi da quelli soci o amministrati da questi ultimi). L’assenza di tale elemento, infatti, sarebbe indice della possibile illegittimità della partecipazione detenuta dall’amministrazione socia.

Ed è probabilmente questa la ragione per cui il legislatore ha introdotto tra le deroghe al divieto di assunzione/detenzione di partecipazioni alcuni casi – come quelli, ad esempio, delle società aventi a oggetto la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane³² ovvero delle società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari ovvero per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche³³ – in cui il difetto, rispetto allo schema tipico, non va ricercato tanto sul piano del vincolo di scopo ovvero della natura delle attività, quanto, piuttosto, dell’assenza di un rapporto negoziale con il socio o i soci pubblici.

3.3. Da ciò, un altro effetto: (i) poiché è irragionevole che una pubblica amministrazione costituisca una società di capitali (o vi assuma una partecipazione) al solo scopo di farla partecipare a una procedura pubblicistica di affidamento di un proprio contratto (assumendo il rischio della mancata aggiudicazione) e (ii) poiché è illegittima la partecipazione a una società che offra servizi diversi da quelli in favore dell’amministrazione socia ovvero della collettività da quest’ultima amministrata, allora (iii) il modello “ammissibile” di impresa pubblica-società dipende, altresì, direttamente dalla disciplina euro-unitaria in materia di contratti pubblici, finendo con il coincidere con i due tipi (*in house* e società miste) regolati dagli articoli 16 e 17 del TUSPP proprio al fine dichiarato di rendere possibile (sul piano del diritto societario) la realizzazione

31 Il comma 9-bis dell’art. 4 prevede infatti che «Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all’articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, anche fuori dall’ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lettera a), purché l’affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l’articolo 20, comma 2, lettera e). Resta fermo quanto previsto dall’articolo 16».

32 Art. 4, comma 7, TUSPP.

33 Art. 4, comma 8, TUSPP.

degli assetti organizzativi imposti al fine della legittimità degli affidamenti di contratti pubblici di appalto o di concessione.

3.4. In buona sostanza, volendo provare una prima sintesi, in base alla regola generale introdotta dal TUSPP, le società di capitali in cui è legittima la partecipazione di capitale pubblico sarebbero, sostanzialmente, soltanto quelle *in house* ovvero a partecipazione mista, pubblico-privata, aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi ritenute necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione o delle amministrazioni socie perché dirette al soddisfacimento di bisogni propri della collettività di riferimento ovvero delle amministrazioni socie, non meglio soddisfatti dal mercato⁽³⁴⁾.

E di tali conclusioni dovrebbero tenere conto, almeno in linea di principio, le amministrazioni interessate, ma anche le autorità di controllo (Corte dei conti⁽³⁵⁾, Autorità garante della concorrenza e del mercato, struttura ministeriale costituita ai sensi dell'art. 15, TUSPP) nell'adottare e valutare le misure e i piani di razionalizzazione delle partecipazioni detenute.

3.5. È discusso se il complesso di tali limitazioni (derivanti dalla combinazione dei due vincoli, di scopo e di attività, nonché degli speciali oneri motivazionali di cui agli articoli 5 del TUSPP, 7 del Codice dei contratti pubblici, e, infine, della disciplina in materia di affidamento dei servizi pubblici locali) incida sulla capacità giuridica privatistica generale delle amministrazioni pubbliche⁽³⁶⁾ ovvero, più verosimilmente⁽³⁷⁾, e con le relative conseguenze sul piano della validità degli atti, sulla libertà di iniziativa economica pubblica. È invece certo che, con il TUSPP, il diritto italiano, ritenuto, fino agli anni Novanta del secolo scorso, più incline di quello europeo al dirigismo pubblico, rischierebbe di assumere, se coerentemente interpretato (e al netto di tutti i successivi interventi legislativi di segno contrario), un carattere formalmente più restrittivo del diritto euro-unitario.

Non è semplice comprendere, però, (i) quale sia stata la precisa finalità sottesa a tale scelta di politica legislativa (sia che la si voglia costruire in termini di incisione della capacità giuridica delle pubbliche amministrazioni ovvero di "finalizzazione" della libertà di iniziativa economica pubblica) e al conseguente modello "emergente" di impresa pubblica-società; (ii) se tale finalità sia stata perseguita consapevolmente e in modo lineare; (iii) se, infine, la stessa sia condivisa e attuale, a distanza di qualche anno.

Quanto al primo aspetto, la connessione con la disciplina dei contratti pubblici sembra comportare un implicito rinvio alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, nonché alle esigenze di tutela della concorrenza. In realtà, come è noto, la natura pubblica o privata della proprietà dell'impresa è ritenuta neutrale rispetto a tali temi (art. 345, TFUE), risultando piuttosto decisivo, a valle, il principio della parità di trattamento (art. 106, TFUE). La legge delega (l. 7 agosto 2015, n. 124) cita, tra le finalità dell'intervento legislativo delegato, la tutela e promozione della concorrenza, ma so-

34 A conclusioni simili giungono A. POLICE e S. LUCATTINI, *Finalità perseguite mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2018, 182, per i quali il TUSPP avrebbe realizzato un'operazione diacronica in cui a una prima opera di razionalizzazione ne dovrebbe seguire una successiva di "restituzione delle società a partecipazione pubblica al mercato", per cui «quello che si restituisce al mercato esce dal novero delle società partecipate e quello resta nella sfera pubblica sarà sempre più riconducibile al modello *in house*».

35 Cui è attribuito un inedito ruolo di "controllo" in materia di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche, dall'articolo 5, comma 3, del TUSPP, come novellato dall'articolo 11, comma 1, lettera a), della legge 5 agosto 2022, n. 118 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"). Di grande interesse, per comprendere i primi orientamenti del giudice contabile, Corte conti, SS.RR. Contr., delibere n. 16 del 3.11.2022 e n. 19 del 23.11.2022.

36 Per F. MERUSI, *I principi costituzionali*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018, 23, il TUSPP prevederebbe una deroga speciale *ex lege* alla esistente capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni.

37 M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del T.U.S.P.*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, a cura di V. CERULLI IRELLI e M. LIBERTINI, op. cit., 63.

prattutto con riferimento al superamento dei regimi transitori e in relazione alle società di gestione e produzione di servizi pubblici locali; così come il TUSPP, tra gli obiettivi del legislatore delegato, rinvia genericamente alla tutela e alla promozione della tutela e del mercato, ma unitamente all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche e alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

Nelle intenzioni del legislatore delegante e delegato sembra emergere più che un vero e proprio “programma” di tutela della concorrenza (espressione che scompare nel corpo del decreto legislativo), la preoccupazione di radicare, attraverso il richiamo della materia, la propria competenza. O, quantomeno, la vigorosa torsione rispetto alle tradizionali impostazioni favorevoli all'intervento pubblico sembra più l'effetto “indiretto” della ricerca e applicazione di misure, ben più enfatizzate, di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica, nonché di repressione dei tentativi di elusione, per il tramite degli strumenti societari, dei vincoli pubblicistici (in materia di spesa, di procedure, di organizzazione) incumbenti sulle amministrazioni socie³⁸.

Non è da escludere, peraltro, che alla base della possibile scelta “dissimulativa” compiuta dal legislatore vi fossero proprio la scarsa attrattività del tema dei limiti dell'iniziativa economica pubblica (rispetto a quello degli sprechi e delle generiche istanze di “moralizzazione” della gestione pubblica³⁹) e la persistente, “schizofrenica” presenza, nell'elettorato, di una robusta corrente di pensiero “beni-comunista” (non a caso, risultata prevalente, in misura quasi plebiscitaria, nel referendum del 2011 in materia di c.d. “acqua pubblica”).

Quella compiuta dal legislatore delegato è, dunque, senz'altro una scelta forte e incisiva, ma assunta in modo se non proprio inconsapevole, certamente dissimulato o, perlomeno, e sia pure nel possibile intento di non comprometterne l'approvazione, non dichiarato e poco condiviso (anche avvalendosi della particolare “lassità” dei criteri di delega).

3.6. Ai descritti criteri selettivi di tipo “funzionale”, il legislatore del TUSPP ne ha poi aggiunto, come è noto, altri. L'obbligo di alienazione delle partecipazioni illegittime (perché non rispondenti al vincolo di scopo istituzionale o a quello di attività), infatti, è stato accompagnato da un analogo obbligo di cessione o di razionalizzazione delle partecipazioni che, pur se soddisfattive dei vincoli in questione, risultino comunque in contrasto funzionale con l'interesse pubblico o perché la dimensione (in termini di fatturato triennale medio) dell'attività affidata alla società non giustifica, in termini di presunzione di efficienza, il ricorso allo strumento dell'impresa pubblica o perché tale inadeguatezza dello strumento (o del socio pubblico a gestire il relativo ruolo) risulta da altri indici (prevalenza del numero di amministratori su quello dei dipendenti; perdite strutturali; rapporto non equilibrato tra costi e ricavi).

Il punto di caduta dell'intera disciplina è stato quindi fissato nell'onere di revisione straordinaria e ordinaria delle partecipazioni e nel conseguente, particolare meccanismo di cessione (e, nelle more, sterilizzazione) delle partecipazioni illegittime detenute o di “recesso” dal contratto sociale in caso di mancato perfezionamento dell'alienazione ovvero di mancata adozione delle misure di razionalizzazione (articolo 24, commi 5 e ss., TUSPP).

3.7. Valutare gli effetti dei processi di revisione e razionalizzazione imposti dal TUSPP non è semplice per una molteplicità di fattori: la relativa ristrettezza dell'arco temporale (i primi piani risalgono al dicembre 2017), l'assenza di criteri condivisi, la presenza di due diversi soggetti (struttura ministeriale e Corte dei conti, a sua volta nel-

38 B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, Bologna, Il Mulino, 2017, 180.

39 Per una condivisibile analisi del rapporto tra istanze di “moralizzazione” e tendenze legislative in materia di società pubbliche, M. CLARICI, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, Giappichelli, 2010, 7.

le diverse articolazioni interessate) investiti, a diverso titolo, del monitoraggio dei piani, senza competenze esattamente delineate, ma – soprattutto –, come meglio si dirà *infra*, i numerosi interventi legislativi “derogatori” del Testo. In particolar modo, sull’effettiva attuazione dei piani è pesata la scelta legislativa di “sospendere” fino al 31.12.2022 (ameno, al momento) gli obblighi di dismissione delle partecipazioni “non conformi” ossia il principale meccanismo di attuazione degli oneri di razionalizzazione.

Quanto agli esiti dell’attività di monitoraggio svolta, la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti ha inserito gli esami dei piani di ricognizione straordinaria e di revisione periodica nell’ambito delle relazioni annuali sugli organismi partecipati dagli enti territoriali e, dal 2019, anche dagli enti sanitari, da tempo adottate nell’ambito del referto sugli andamenti complessivi della finanza regionale e locale, ai sensi dell’articolo 7, comma 7, legge 5 giugno 2003, n. 131. Si tratta, tuttavia, di dati soltanto parzialmente utilizzabili, perché riferiti, contemporaneamente, a una platea più ristretta di amministrazioni pubbliche (i soli enti territoriali e sanitari) rispetto a quella del TUSPP e a una tipologia più ampia di persone giuridiche partecipate (non le sole società di capitali, ma anche organismi non societari, come aziende speciali, associazioni, fondazioni, consorzi, istituzioni). Il MEF, invece, ha pubblicato (nei primi mesi del 2019) un primo Rapporto, ma sugli esiti della sola revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche e, quindi, sui piani adottati entro il dicembre 2017, a valere sulla situazione esistente al 2016, e per le sole amministrazioni (l’87% del totale) che avevano adempiuto all’onere di comunicazione. Si tratta, pertanto, di dati non completi, non recenti e, soprattutto, anteriori al blocco delle misure di razionalizzazione disposto dal legislatore con la legge di Bilancio 2018 (v. § 3.5). Sempre il MEF ha pubblicato, poi, una serie di rapporti annuali sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche, l’ultimo dei quali (completato nel dicembre 2022) si riferisce alle partecipazioni detenute al dicembre 2020. In questo caso, pur trattandosi di una “rilevazione unificata”, che ha riguardato due differenti platee di amministrazioni pubbliche (quelle considerate tali dal TUSPP e sostanzialmente coincidenti con quelle di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; e quelle di cui al più ampio elenco redatto dall’ISTAT, ai sensi dell’articolo 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196) e con un tasso ancora relativamente alto di mancata risposta ai questionari (20% circa per le “amministrazioni TUSPP” e 65% circa per le “amministrazioni non TUSPP”), è stato fatto un tentativo tanto di isolare i dati relativi ai due diversi raggruppamenti di pubbliche amministrazioni, quanto di differenziare partecipazioni societarie e diverse da queste⁽⁴⁰⁾.

Sulle difficoltà nella raccolta e nella lettura dei dati si tornerà anche a seguire (par. 5.1.). Qui si può anticipare che dall’ultimo rapporto del MEF è comunque possibile trarre alcune prime, interessanti notazioni. Comincia a delinearsi un dato attendibile e omogeneo sulle partecipazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni (in questa sede, per comodità, terremo conto esclusivamente di quelle del c.d. “perimetro TUSPP”) in società di capitali [39.989 partecipazioni – di cui il 72% dirette e il 28% indirette – per 12.877 (ma di cui solo 10.592 hanno dato risposta) amministrazioni censite, in un rapporto medio di poco più di 3 partecipazioni per ogni amministrazione].

Il dato effettivo del numero di società a partecipazione pubblica (5.260) è di gran lunga più basso rispetto a quelli (raccolti in un *range* da 12.000 – dati Istat – a 8.000, Rapporto Cottarelli) comunemente utilizzati nel dibattito politico.

Questo dato, peraltro, andrebbe ulteriormente tarato, dal momento che è lo stesso

40 MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche-Dati 2020*, in www.dt.mef.gov.it.

ministero a precisare che le società “rilevanti”⁽⁴¹⁾ sono 3.666, per un totale di partecipazioni “rilevanti” pari a 28.428.

Significativi sono i dati sulle società partecipate diverse da quelle per azioni o a responsabilità limitata (il 14% circa sono società consortili a responsabilità limitata e il 6,1% società cooperative); sulle società “inattive”⁽⁴²⁾ (il 15% circa) e su quelle in liquidazione (il 14%) o soggette a procedure concorsuali (il 5,76%). Ancor più significativo – in relazione a quanto detto sopra in ordine al modello di società pubblica emergente dal TUSPP – appare, poi, il dato sulle società (2.236 sulle 5.260 censite) che hanno ricevuto servizi in affidamento (nel 93% dei casi, diretto) dalle amministrazioni socie.

Gli oneri di razionalizzazione sembrano essere stati presi inizialmente abbastanza sul serio dalle amministrazioni interessate, visto che i piani prevedevano circa il 35% di società a partecipazione pubblica oggetto di misure di razionalizzazione (a vario titolo)⁽⁴³⁾. Resta da valutare, invece, se, all’esito della prima ricognizione straordinaria⁽⁴⁴⁾, le discrasie tra partecipazioni ritenute, dal MEF, “non conformi” al TUSPP (9.645) e, quindi, meritevoli di misure di razionalizzazione e quelle per le quali è stato previsto un intervento di razionalizzazione (4.718), segnalassero soltanto una visione inevitabilmente non ancora “consolidata” dei criteri di “non conformità”, tanto tra amministrazioni centrali e periferiche, quanto tra le stesse amministrazioni socie di un’unica società (può, infatti, accadere che, in relazione al medesimo organismo societario, alcune amministrazioni socie dispongano, ad esempio, la cessione e altre la conservazione della partecipazione); ovvero costituiscono un indice attuale di una certa “resistenza” al cambiamento (come detto, assecondata dallo stesso legislatore)⁽⁴⁵⁾. A una conclusione definitiva, come detto, non aiuta nemmeno l’analisi dei dati successivi⁽⁴⁶⁾, che – come più volete anticipato – risentono di alcuni elementi esogeni, legati agli interventi emergenziali disposti dal legislatore nel periodo pandemico.

Le prime analisi, dunque, avrebbero consentito un timido ottimismo circa il grado di efficacia dei meccanismi di razionalizzazione del TUSPP e il possibile buon esito – almeno in prospettiva e con alcuni, utili accorgimenti amministrativi – degli obiettivi perseguiti dallo stesso. Tuttavia, come si dirà, la realtà ha seguito un corso diverso.

4. Il “doppio movimento” e la ri-espansione dell’azionariato pubblico.

4.1. Il filo conduttore dell’intervento legislativo di sistematizzazione, attraverso il TUSPP, della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica è sembrato dunque snodarsi lungo tre direttrici: a) restituire, il più possibile, la disciplina delle società pubbliche alle comuni regole del diritto delle società, con le sole (limitate) eccezioni previste dal Testo unico; b) regolare i comportamenti delle pubbliche amministrazioni nella loro qualità di soci di società di capitali; c) limitare, per questa via, la libertà di

41 Il Rapporto non considera rilevanti le partecipazioni in società alle quali il TUSPP si applica solo ove espressamente

previsto o per le quali le amministrazioni socie sono esentate dall’obbligo di razionalizzazione, nonché quelle per le quali l’analisi non è significativa in quanto detenute in società in liquidazione o assoggettate a procedure concorsuali, ovvero in quanto dichiarate come detenute alla data del 31 dicembre 2020, ma non più detenute alla data di approvazione del Rapporto stesso.

42 «Nel presente rapporto per società attive si intendono le società che non sono soggette a procedure di liquidazione, a procedure concorsuali o che non sono inattive. La condizione di inattività può derivare dal fatto che l’impresa non ha ancora iniziato l’attività produttiva perché, ad esempio, è in attesa del rilascio delle necessarie autorizzazioni, non ha presentato la comunicazione di inizio attività oppure si è verificata un’interruzione dell’attività per tutto l’esercizio (ad es. nel caso di ristrutturazioni dei locali, provvedimenti sanzionatori, ecc.).»

43 MEF, Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche-Dati 2017, in www.dt.mef.gov.it.

44 MEF, Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche-Dati 2018, in www.dt.mef.gov.it.

45 Ancora diverso è, infine, il dato delle società effettivamente oggetto di razionalizzazione (2.108 sulle 4.718 interessate).

46 Il Rapporto 2020 espone 11.872 partecipazioni non conformi, di cui solo 2.693 oggetto di razionalizzazione.

iniziativa economica pubblica, potendo le pubbliche amministrazioni fare ricorso al modello societario (i) soltanto attraverso i moduli organizzativi delle società *in house* (articolo 16, TUSPP) e della società a partecipazione mista, pubblico-privata (articolo 17) e (ii) soltanto per attività necessarie al soddisfacimento di bisogni altrimenti non soddisfatti dal mercato (servizi d'interesse generale) o di bisogni propri (attività strumentali).

La forza di tali direttrici avrebbe dovuto condurre a una loro tendenziale estensione a tutti i possibili modelli di impresa pubblica, a prescindere dalla loro natura giuridica (ad es., fondazioni pubbliche, associazioni, aziende) e nonostante la clausola di “salvaguardia” contenuta nel TUSPP (articolo 1, comma 4, lettera b).

4.2. E tale “forza d’impatto” sul sistema avrebbe dovuto imporre un periodo di raffreddamento e di sedimentazione della disciplina unitaria appena introdotta. Accade, invece, che la scarsa condivisione (se non, la stessa consapevolezza tra gli interpreti) delle reali finalità perseguite dal legislatore del TUSPP, la tradizionale difficoltà di comunicazione, sul tema, tra studiosi di diritto pubblico e di diritto delle società, la diversità di approccio tra giurisdizioni (civile, amministrativa e contabile) a diverso titolo coinvolte, la forza degli interessi e degli attori coinvolti, in uno alla crisi economica aggravata dalla c.d. “emergenza da Covid-19” e alla più che proporzionale crisi degli apparati pubblici, abbiano invece provocato l'immediato avvio di un nuovo movimento esattamente “inverso”.

Tale movimento “inverso” si è sviluppato a diversi livelli, centrale e territoriale, legislativo e amministrativo.

4.3. In primo luogo, fin da subito è stato fatto un non appropriato uso del potere derogatorio (dei vincoli funzionali appena descritti) attribuito al Presidente del consiglio dei ministri e ai presidenti di regione e delle province autonome di Trento e Bolzano (articolo 4, comma 9, TUSPP). La norma in questione, infatti, consente di costituire una società ovvero di continuare a detenere partecipazioni in società già costituite anche in deroga al vincolo di scopo e al vincolo di attività, ma a fronte di una specifica motivazione – che costituisce elemento essenziale a supporto della “fragile” legittimità costituzionale della stessa previsione – in ordine alla “misura e alla qualità della partecipazione pubblica”, nonché “agli interessi pubblici coinvolti e al tipo di attività svolta”, in connessione con le finalità istituzionali dell'ente, e principalmente in via funzionale alla possibile quotazione in mercati regolamentati.

L'unico Dpcm (del 31.10.2017) che risulta adottato, invece, dispone la “totale esclusione” dell'applicazione dell'articolo 4, comma 9, del decreto legislativo n. 175 del 2016 alla società Centrale del Latte di Brescia, sulla base del fatto che: (i) la società – di cui il Comune detiene poco più del 51% - rivestirebbe un ruolo importante “nell'ambito del presidio sanitario e del controllo degli alimenti e della relativa produzione, grazie ai controlli qualitativi estesi a tutte le attività dell'azienda, a ogni prodotto e a ogni fase della sua lavorazione” (quasi che la certificazione di qualità fosse, *ex se*, motivo di “specialità”); (ii) lo statuto del comune di Brescia impegna l'ente locale a “sollecitare il concorso di soggetti pubblici e privati alla promozione di un progresso economico rispettoso dell'interesse generale e compatibile con la salvaguardia dell'ambiente”; (iii) i dati di bilancio dimostrano risultati economici (non meglio specificati) “particolarmente positivi”, nonché una situazione patrimoniale equilibrata, “indici di una gestione efficiente delle risorse pubbliche investite nella società stessa”.

Si tratta, con ogni evidenza, di motivazioni affatto legittime, ma probabilmente replicabili per la gran parte delle imprese pubbliche e private, e quindi prive di qualunque effettiva specificità.

Per paradosso, tuttavia, l'effetto del Dpcm non è stato quello di provocare una riflessione sulla sua correttezza (o, più in generale, sull'opportunità della conservazione

della stessa fonte normativa), ma di determinare il legislatore a “legificare” la deroga estendendola a un’intera categoria produttiva. È stata così adottata una legge di un solo articolo (la legge 1 ottobre 2019, n. 119) per escludere dall’ambito di applicazione dell’articolo 4 del TUSPP le società “aventi per oggetto sociale prevalente la produzione, il trattamento, la lavorazione e l’immissione in commercio del latte, comunque trattato, e dei prodotti lattiero-caseari”⁴⁷.

4.4. Le società pubbliche operanti nel settore lattiero-caseario, tuttavia, non sono le uniche ad avere arricchito il già ampio ventaglio di “deroghe” contenute nello stesso TUSPP alla regola dell’articolo 4. Da subito, l’articolo 5 del decreto legislativo n. 100 del 2017 aveva aggiunto, tra le eccezioni, le società costituite dalle università per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche e quelle di produzione di servizi pubblici a rete fuori dall’ambito territoriale di riferimento. Le leggi di Bilancio del 2018 e del 2019 hanno, invece, rispettivamente fatto salve le partecipazioni in società bancarie di finanza etica e sostenibile e quelle di gestione dei c.d. “Gruppi di azione locale-LEADER”.

4.5. Il più efficace “grimaldello” cui ha fatto ricorso il legislatore per scardinare il “movimento” del TUSPP è stato, tuttavia, quello – già più volte richiamato – che ha disposto il congelamento, al momento fino alla fine del 2022, dei processi di alienazione o di razionalizzazione delle partecipazioni illegittime.

La legge di Bilancio del 2018, infatti, ha previsto la possibilità, per le pubbliche amministrazioni socie, di non dare corso – a dichiarati fini di tutela del patrimonio pubblico e del valore delle quote societarie pubbliche – agli obblighi e alle procedure di alienazione altrimenti imposti dal TUSPP per le partecipazioni non conformi ai vincoli funzionali alla sola condizione che le società interessate abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente alla ricognizione straordinaria. Il nesso funzionale tra l’obiettivo della misura (la salvaguardia del patrimonio pubblico, attraverso la tutela del valore delle quote) e l’oggetto della stessa (società in molti casi prive di attività – le c.d. “scatole vuote” – ovvero operanti in settori a rischio, al di fuori di qualunque nesso con le finalità istituzionali delle amministrazioni socie) appare fragile e non del tutto congruo.

Se, poi, il triennio di riferimento – come sostenuto dalla magistratura contabile e dal MEF – è quello 2014-2016 (e, cioè, quello immediatamente anteriore alla ricognizione straordinaria e non a ciascun piano di razionalizzazione periodica) ne discende un ulteriore effetto irragionevole, dal momento che rischiano di essere state salvate società che negli anni successivi hanno perduto il proprio equilibrio economico.

Da ultimo, va tenuto conto che l’effetto del “congelamento” degli obblighi di alienazione è inevitabilmente destinato a essere gravemente ultroneo rispetto allo stesso termine del 31.12.2022, dal momento che – come è noto – le procedure di alienazione sono lunghe e complesse (basterebbe rammentare l’esperienza della prima ondata di cessioni che si sarebbe dovuta avere in applicazione delle previsioni della legge Finanziaria del 2008 e che ha dato vita a pochissime procedure, trascinate per oltre un decennio), per cui gli effetti concreti dell’eventuale ripresa delle stesse non si produrranno prima di un notevole lasso temporale.

4.6. La ri-espansione dell’azionariato pubblico, infine, ha trovato linfa in due processi legislativi paralleli: da un lato, una serie di norme “ampliative” dell’ambito di azio-

⁴⁷ Quasi a riecheggiare una risalente giurisprudenza della Corte costituzionale, che aveva giustificato, ai fini dell’art. 43 Cost., l’allora vigente riserva di attività per le centrali del latte osservando che il latte è «*un alimento di largo consumo; la pastorizzazione e la distribuzione del latte è un servizio pubblico con i caratteri di servizio essenziale di preminente interesse generale; il diritto esclusivo di vendita concesso alle centrali è un mezzo di protezione di un interesse igienico - sanitario pubblico e quindi risponde a fini di utilità generale*», v. Corte cost., 15 marzo 1960, n. 11.

ne delle imprese pubbliche esistenti⁽⁴⁸⁾; dall'altro, quelle di costituzione di nuovi soggetti societari⁽⁴⁹⁾. Si è aggiunta poi, nel periodo dell'emergenza pandemica, ma con respiro applicativo e temporale assai più esteso, l'istituzione di un apposito patrimonio "rilancio", gestito dalla CDP e destinato ad acquisizioni di partecipazioni ad ampio spettro⁽⁵⁰⁾.

Caratteristica comune di queste norme è la loro concentrazione per lo più a ridosso della entrata a regime del TUSPP, a conferma di una sorta di "fuga" dallo stesso, nonché l'assenza di qualunque raccordo con il Testo, quasi a volerne dequalificare il carattere unitario.

4.7. Una valutazione a parte, invece, meritano le norme aventi contenuti analoghi a quelle appena citate, ma funzionali ad affrontare lo stato di emergenza derivante dalla diffusione del COVID-19. Tali norme, infatti, disvelano una spiccata propensione al ricorso, al fine di esercitare attività amministrative, a imprese pubbliche-società di capitali, ma la ragione ben potrebbe essere ricercata nell'idea di una loro maggiore "snellezza" operativa in una fase emergenziale. Idea che ha trovato nuova conferma in occasione dell'ulteriore "urgenza" rappresentata dalla concreta e tempestiva attuazione delle misure del PNRR, con la scelta legislativa – già illustrata (par. 1) – di dare ampia facoltà di ricorso alle società a partecipazione pubblica.

Da ultimo, gli interventi in materia di contratti pubblici e di servizi pubblici locali che, pur non incidendo direttamente sui vincoli sulle partecipazioni pubbliche,

5. I caratteri generali della partecipazione dei poteri pubblici al capitale azionario

5.1. Si è visto che la costruzione del d.lgs. n. 175/2016 e ancor più le vicende successive della normazione disegnano un quadro non del tutto lineare sui confini dell'azionariato pubblico. L'apparente rigore di alcune scelte di fondo – in relazione ai vincoli di scopo e di finalità previsti per le partecipazioni pubbliche – è in realtà stemperato in parametri più duttili di valutazione del fenomeno e, più drasticamente, dalla richiamata sospensione legislativa delle procedure di razionalizzazione.

L'analisi formale può essere integrata con alcune osservazioni empiriche, sull'attuazione dei processi di razionalizzazione previsti dal d.lgs. n. 175/2016 e, più in generale, sull'evoluzione delle partecipazioni pubbliche negli anni più recenti.

Come si è anticipato (par. 3.7), la ricerca di dati è complicata sia dal numero molto elevato di soggetti coinvolti, sia dalla dispersione delle informazioni e dalla oggettiva difficoltà di seguire le singole vicende nella loro evoluzione. I piani di razionalizzazione delle partecipazioni, ad esempio, sono idealmente rilevabili senza difficoltà particolari, in quanto soggetti ad obblighi di pubblicazione. La loro concreta esecuzione, però, può vedere numerosi percorsi alternativi, incidenti di varia natura e dilatazioni temporali. I criteri da considerare dipendono talvolta da indicatori automatici, in altri casi implicano valutazioni discrezionali rispetto alle quali è più difficile censire gli scostamenti dal parametro normativo. L'aggregazione dei dati rischia perciò di scontare la perdita di informazioni rilevanti per comprendere l'andamento e gli esiti reali dei processi.

Ad ogni modo, grazie ai meccanismi informativi e di controllo previsti dal d.lgs. n. 175/2016, alcune analisi sono possibili, combinando i dati direttamente ricavabili dai

48 Articolo 1, comma 3, decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91; articolo 17-quater, comma 4, decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148; articolo 1, commi 265 e 267, e articolo 3, comma 4, legge 28 dicembre 2017, n. 205; art. 30-bis, decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34; articolo 2, decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23; articolo 64, commi 2 e ss., decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76; articoli 9 e 10, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77.

49 Articolo 25-*octies*, comma 1, decreto-legge 23 ottobre 2018, n. 119; articolo 5-*quinquies*, decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32; articoli 24 e 37, decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34.

50 Articolo 27 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34.

piani di razionalizzazione con quelli contenuti in altre fonti⁽⁵¹⁾.

Un primo dato che può essere rilevato attiene alle partecipazioni che astrattamente dovrebbero essere oggetto di razionalizzazione. Alcuni dei criteri normativi applicabili, come si è visto, hanno carattere automatico (quelli sui tipi societari o sul numero di dipendenti, sul fatturato, e sulle perdite di esercizio, v. gli artt. 3 e 20 del d.lgs. n. 175/2016), sia pure con possibili incertezze applicative. In altri casi, come i vincoli di scopo e di attività (art. 4 del decreto n. 175), la scelta sulla partecipazione può coinvolgere valutazioni discrezionali, lo stesso perimetro formale di pertinenza alle attività istituzionali dell'ente o sul carattere di interesse generale delle prestazioni da fornire non ha definizioni giurisprudenziali del tutto univoche. È idealmente possibile individuare la quota delle partecipazioni che dovrebbe essere senz'altro oggetto di razionalizzazione, con un insieme più sfumato di casi per i quali definire indicatori di anomalie da sottoporre ad approfondimenti specifici. Le analisi su questo genere di dati presentano percentuali consistenti di partecipazioni ritenute “non conformi” al TUSPP, superiori al 50% del totale, con valori rilevanti anche se si considerano i soli criteri strettamente automatici (per gli enti territoriali, intorno al 25/30% del totale, concentrata sulle partecipazioni nelle società di dimensioni minori, spesso senza dipendenti o con fatturati molto contenuti)⁽⁵²⁾.

I dati disponibili consentono poi di verificare l'entità delle partecipazioni che siano state incluse nei piani di razionalizzazione e per le quali siano stati attivati i relativi processi. Per gli enti territoriali, ad esempio, i piani di razionalizzazione periodica hanno scelto la conservazione delle partecipazioni in circa l'80% dei casi oggetto di verifica, con valori di possibile “anomalia” vicini al 50% delle partecipazioni mantenute. Valori inferiori sono riscontrabili per le amministrazioni statali, che hanno scelto la conservazione in circa il 65% dei casi, essendovi nel 40% circa di questi elementi di anomalia. Indagini più accurate sono state compiute su un insieme ristretto di enti territoriali di dimensioni significative (c.d. “Grandi Enti Locali”, “GAL”). In tal caso, le anomalie “automatiche” sono state verificate singolarmente e, ove confermate, sono divenute oggetto di contraddittorio tra la struttura di vigilanza del MEF e l'ente. Sono emerse casistiche oggettivamente problematiche, in tema ad esempio di calcolo dei fatturati per le soglie di razionalizzazione, società partecipate *holding* e Gruppi di Azione locale (GAL) costituiti, in forma societaria, per accedere ai contributi finanziari erogati dall'Unione Europea (per questi ultimi, come si è visto, il legislatore ha poi disposto l'esenzione dall'art. 20 del TUSPP, v. l'art. 1, comma 724, l. n. 145/2018). In taluni casi, gli enti hanno confermato il mantenimento della partecipazione, pur non essendovene le condizioni ai sensi dell'art. 20 del TUSPP, ritenendo le stesse strettamente necessarie alle loro finalità istituzionali.

Un ultimo fronte di analisi riguarda gli esiti raggiunti dai processi razionalizzazione. Si può muovere da un dato di insieme: tra il 2011 e il 2018 il numero complessivo delle partecipazioni pubbliche si è ridotto di circa un quinto. Questa contrazione non può essere imputata con certezza ai soli meccanismi di razionalizzazione e racchiude al suo interno situazioni molto varie. Si può osservare da subito, inoltre, che la ces-

51 A seguire, per disporre di documenti comparabili anche sotto il profilo temporale, si farà riferimento a: Corte dei conti, sez. aut., *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari (relazione 2019)*, deliberazione n. 29/SEZAUT/2019/FRG; Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento del tesoro, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, Roma, 2019; S. MOCETTI e G. ROMA, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza, n. 570, Roma, 2020. I dati di fondo, tuttavia, rimangono sostanzialmente inalterati anche a voler considerare i rapporti relativamente più recenti citati in precedenza.

52 Hanno comunque prodotto qualche risultato le misure “automatiche”, come quella prevista dal comma 9 dell'articolo 20 del TUSPP che ha determinato, in prima battuta, la cancellazione dal registro delle imprese di 348 società a controllo pubblico “inattive” e, cioè, che per oltre tre anni consecutivi non avessero depositato il bilancio di esercizio ovvero compiuto atti di gestione (interessante notare che tale dato supera quello – 188 società inattive – dichiarato dalle pubbliche amministrazioni).

sazione delle partecipazioni ha interessato società di dimensioni minori (una su due aveva meno di 5 addetti) e quelle in perdita, spesso non più attive o perché liquidate o perché incorporate in altre società. Almeno a una prima lettura, sembrerebbe dunque che vi sia stata più un'operazione di "pulizia" che di vera e propria razionalizzazione, nella quale possono avere pesato alcuni disincentivi. Si pensi all'obbligo in capo alle amministrazioni locali di accantonare un fondo vincolato pari al risultato negativo non immediatamente ripianato delle società partecipate (art. 21 TUSPP; in precedenza v. l. n. 147/2013).

Tale dato di insieme può essere a sua volta confrontato con le informazioni ricavabili dai piani di razionalizzazione. Quest'ultima può seguire vari percorsi, che conducono sia al mantenimento della partecipazione con azioni di razionalizzazione della società, sia ad operazioni straordinarie (es., la fusione della società per incorporazione in altra società), sia alla cessione delle partecipazioni a titolo gratuito o oneroso, sia ancora ad altre forme di perdita di partecipazione derivanti ad esempio dalla liquidazione delle società. Le casistiche più nutrite, con numeri variabili secondo gli insiemi considerati, si concentrano intorno alle fusioni per incorporazione, alle cessioni a titolo oneroso e ai recessi, alle messe in liquidazioni. Nel primo caso, la partecipazione è semplicemente riorganizzata nell'ambito delle altre detenute dall'ente, nei restanti il legame con l'ente dovrebbe recidersi, sino, nel caso della liquidazione, all'effettiva estinzione del soggetto societario. La diversa intensità degli effetti attesi non corrisponde però alla possibile efficacia dei meccanismi. Mentre le operazioni straordinarie di fusione, una volta avviate, possono essere seguite sino alla conclusione, con esiti ragionevolmente prevedibili, le altre possibili operazioni di razionalizzazione hanno tempi ed esiti finali molto più incerti. I processi di cessione, ad esempio, possono essere avviati ma poi arenarsi per l'assenza di compratori, esito non improbabile per partecipazioni che, in molti casi potrebbero non avere un reale valore di mercato. Anche i procedimenti di liquidazione non hanno tempi definibili con precisione, possono protrarsi a lungo. In effetti, per quello che le analisi hanno potuto rilevare, vi è una percentuale molto alta di casi in cui le razionalizzazioni, per così dire, realmente estintive della partecipazione non portano a esiti effettivi, lasciando la società partecipata sospesa in un limbo: ritenuta non più necessaria dall'ente, ma nonostante questo legata ad esso.

In definitiva, il percorso ha una naturale tortuosità, molte informazioni rilevanti possono perdersi per strada, i casi portati a conclusione si assottigliano progressivamente con una sorta di selezione inversa: le razionalizzazioni avviate sono assai meno di quelle astrattamente dovute – pur sottraendo la "tara" della non univocità di taluni dei criteri di scelta – e quelle al fine compiute appaiono le meno problematiche e con minori impatti per le amministrazioni partecipanti. In effetti, gli studi in materia fanno emergere una percentuale esigua di dismissioni integrali (circa il 15% delle partecipazioni da razionalizzare) e di dismissioni parziali (sempre intorno al 15%), con semplice riduzione della partecipazione pubblica⁵³.

Questi dati vanno presi con cautela, oltre che per le ragioni sopra esposte, anche perché almeno in parte potrebbero dipendere da un disallineamento tra le "aspettative" temporali definite dal legislatore con le tempistiche delle razionalizzazioni e quanto era oggettivamente realizzabile, tanto più per partecipazioni che in molti casi potrebbero avere una scarsa appetibilità per il mercato. Nondimeno, i dati presi nel loro insieme indicano un certo grado di resistenza – o forse meglio di resilienza – dell'universo delle partecipazioni pubbliche al disegno apparentemente ricavabile dalla legislazione.

⁵³ Dal rapporto MEF, emerge che di 3.463 partecipazioni destinate all'alienazione, per 1.724 è stata concretamente avviata la relativa procedura, andata a buon fine in 572 casi, con un introito complessivo pari a 419 milioni di euro. Erano, invece, 540 le partecipazioni per le quali era stata preannunciata una volontà di recesso, andata a buon fine in 178 casi, per un introito complessivo pari a circa 12 milioni di euro.

Le ragioni del fenomeno sono però complesse. La più immediata potrebbe essere il carattere disfunzionale del disegno normativo. Il meccanismo di regole, incentivi e sanzioni, in altri termini, potrebbe avere un limite interno ed essere inadatto a raggiungere lo scopo. Tale prima ipotesi ha senz'altro un fondo di verità. Le regole sono apparentemente chiare ma non risolvono le incertezze sulle varie direzioni che possono intraprendere i percorsi di razionalizzazione. Esse hanno il limite proprio di tutte le regole calate dall'alto con le quali si cerca di affrontare "in orizzontale" un fenomeno complesso. Le sanzioni pecuniarie vi sono ma riguardano l'adozione dei piani di razionalizzazione, non la loro esecuzione (art. 20, comma 7). L'ulteriore previsione sul divieto di esercitare i diritti di socio e la liquidazione "coattiva" in denaro per le partecipazioni non alienate tempestivamente (art. 24, comma 5), pur capace di condurre a conseguenze gravi, sconta per l'appunto la nettezza eccessiva di un esito che mal potrebbe conciliarsi con le circostanze concrete che abbiano ostacolato l'alienazione.

D'altra parte, lo schema applicativo prefigurato dal TUSPP non sembra neppure del tutto inadeguato. Il fatto che manchi una predeterminazione rigida delle forme di razionalizzazione ha il pregio di consentire alle amministrazioni di seguire la strada più adatta al loro caso, essendovi alla base una pluralità eterogenea di possibili condizioni che richiede aggiustamenti minuti. Le conseguenze negative che possono discendere dalle carenze dei piani o dalla loro inattuazione, pur incerte, non sono trascurabili, essendovi una pluralità di organi di controllo – struttura di vigilanza del MEF, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Corte dei conti – e possibili responsabilità erariali e di diritto societario. Livelli così contenuti di completamento dei percorsi di razionalizzazione devono pertanto avere anche altre spiegazioni.

Un punto di partenza per comprendere il fenomeno può consistere allora nel riflettere sulle sue origini. Le partecipazioni pubbliche si sono moltiplicate a pressoché ogni livello degli apparati amministrativi da tempi risalenti. Esse si sono stratificate e consolidate nel tempo, dimostrandosi resistenti già a precedenti tentativi normativi di stimolarne la dismissione. Si pensi, oltre che alla normazione immediatamente precedente al TUSPP e da questi più o meno assorbita, alle vicende degli artt. 113 ss. del d.lgs. n. 267/2000 (testo unico degli enti locali), che peraltro avevano ad oggetto le partecipazioni in imprese di servizio pubblico, per le quali poteva in astratto esservi maggiore interesse da parte di acquirenti privati. Si può assumere che almeno una parte del consolidamento e della resistenza del fenomeno dipenda da aspetti disfunzionali, ad esempio in relazione al circuito politico-amministrativo e all'aggregazione di interessi circoscritti capaci di ostacolare il cambiamento. È però difficile ritenere che non vi siano altre ragioni e, allo stesso tempo, non riconoscere quali siano le pur disfunzionali condizioni di esecuzione della normativa e con esse fare i conti.

Si possono qui avanzare almeno due ipotesi, tra loro collegate. Sarebbe anzitutto errato assumere che gli attori delle decisioni politiche amministrative diano una lettura decontestualizzata di uno specifico corpo normativo, concentrandosi sui soli obblighi "nominati" che li riguardino direttamente. La credibilità di uno specifico complesso di norme dipende dall'aura diffusa di una più generale *legislative public opinion* i cui contenuti sono ricavabili dall'ordinamento nel suo insieme. Si è detto, a questo proposito, che il TUSPP contiene già in sé le contraddizioni che ne attenuano le soluzioni più rigorose. La normazione successiva trasmette segnali ancora più mutevoli, rivitalizzando, con interventi puntuali, lo strumento delle partecipazioni societarie per finalità – ad esempio, la prevenzione di possibili conflitti sociali, la conservazione di produzioni "nazionali" – che non sono assimilabili ai vincoli definiti dal TUSPP. Il rischio che corrono gli obblighi di razionalizzazione, così come è accaduto per le misure analoghe che le hanno precedute, è dunque quello di essere considerati essi stessi elementi di discontinuità su uno sfondo di regole animate da fini diversi. Questo, a sua volta, può

avere generato l'aspettativa che il quadro normativo possa compiere un passo indietro, più che irrigidirsi ancora di più; aspettativa che in effetti avrebbe trovato una prima conferma nella sospensione normativa dei processi di razionalizzazione.

Se, quindi, una prima risposta all'apparente scarsa efficacia delle spinte di contenimento delle partecipazioni pubbliche sta nell'assenza di continuità normativa, che ne limita la credibilità, una seconda ragione può porsi in relazione ai profili attuativi delle norme. Il "nastro" delle partecipazioni pubbliche non si è avvolto in modo ordinato intorno alla bobina delle amministrazioni partecipanti, sicché lo si possa poi risvolgere con semplicità. L'acquisizione di partecipazioni, nella maggior parte dei casi, è solo una delle manifestazioni di una più estesa trama di rapporti tra l'amministrazione, il soggetto partecipato e i terzi che vi sono entrati in contatto, trama che nasce spesso ancor prima della partecipazione, attraverso altri moduli organizzativi, e diviene nel tempo più complessa. I processi societari sono idealmente in grado di dipanare situazioni del genere ma essi, per funzionare correttamente, richiedono stabilità di indirizzo, costanza negli incentivi e adeguate capacità di gestione. I medesimi processi, trasportati nella sfera pubblica, avrebbero dunque richiesto un particolare livello di capacità amministrativa, quantomeno del tipo analitico e attuativo. Il primo per acquisire le informazioni rilevanti a governare il processo di razionalizzazione in modo, a sua volta, razionale ed efficace. Il secondo per eseguirlo in tutti i suoi passaggi, amministrativi e societari, essendo in grado di reagire alle varianti che frequentemente sorgono in processi del genere. Il tema della capacità amministrativa si pone peraltro anche dal lato delle amministrazioni che svolgono funzioni di controllo. Esse dovrebbero essere dotate della capacità di supportare, in modo collaborativo, le amministrazioni partecipante che richiedano assistenza nei percorsi di razionalizzazione. Inoltre, in forme più dialettiche, le amministrazioni di controllo dovrebbero essere in grado di esercitare un'attenzione costante e generalizzata sui singoli processi, o quantomeno su un numero sufficientemente elevato e significativo di casi. Ciò, richiederebbe a monte risorse delle quali probabilmente gli uffici coinvolti, che pur hanno svolto un lavoro notevole, sono sprovvisti. Vi sarebbe altresì la necessità, quantomeno per l'amministrazione ministeriale, che l'indirizzo politico amministrativo sia stabilmente orientato all'attuazione della norma.

Se ne può trarre una conclusione più sfumata rispetto alla semplice constatazione della molto parziale attuazione del decreto n. 175/2016. La limitazione degli effetti incorpora senz'altro una componente disfunzionale, di resistenza indebita di singoli apparati, per la quale potrebbero prima o poi attivarsi i poteri di controllo e le conseguenti sanzioni. Nondimeno, l'assenza di effetti di vasta entità, quantomeno nel breve periodo, rientra tra gli esiti prevedibili di un quadro normativo che nel suo complesso non è rivolto a un drastico arretramento delle partecipazioni pubbliche. In particolare, il disegno di restringere le partecipazioni per scopo e per attività, pur ancora attuale, ha visto segni di ripensamento, per ora ancora limitati a settori o casi puntuali, ma che sono in grado di produrre un effetto più diffuso di attenuazione dell'impatto della riforma.

Va detto che il processo attivato dal TUSPP, sulla scorta delle precedenti norme di razionalizzazione, ha un valore significativo al di là dei suoi esiti concreti. Esso ha consentito di raccogliere una mole notevole di informazioni sulla dimensione e sui caratteri del fenomeno delle partecipazioni, nonché di mettere meglio a fuoco le condizioni puntuali che possono ostacolare i processi di razionalizzazione. Vi sarebbe perciò spazio, nel caso di un nuovo intervento del legislatore, per affinare la disciplina e garantirne maggiormente l'efficacia.

5.2. Allo stato, si deve però prendere atto di un quadro che è meno lineare dello schema ricavabile da una prima lettura del TUSPP. Mettendo a confronto la regola generale con le deroghe, ciò che appare oggetto di un ripensamento è l'idea di limitare il perimetro delle partecipazioni pubbliche ad attività, strumentali o finali che siano,

comunque ben collegate a un fine proprio e tipico dell'amministrazione. Nelle varie tipologie di partecipazioni pubbliche ammesse in termini generali del TUSP, il legame con la partecipata si giustifica sempre per l'essere l'attività svolta da quest'ultima direttamente produttiva di un'utilità *per* l'amministrazione controllante o in quanto imputabile all'amministrazione controllante. Anche nella produzione di servizi di interesse economico generale, il punto di partenza è la rilevanza oggettiva del servizio per la collettività, dopodiché l'esercizio mediante una società partecipata è essenzialmente un modulo organizzativo come un altro.

Lo stesso TUSPP, nondimeno, lascia trasparire un criterio più ampio di selezione delle partecipazioni pubbliche meritevoli. Da un lato, la possibile natura di interesse generale di una determinata attività è stata implicitamente estesa oltre i sia pur elastici margini che in genere si riconoscono nella nozione. Come si è detto (par. 4.3.), sono state consentite attività, come quelle delle *ex* "centrali del latte", di natura strettamente commerciale e prive degli specifici requisiti di doverosità che caratterizzano la nozione dei servizi di interesse generale. Questo allontanamento dai parametri indicati dal diritto UE non è di per sé problematico, considerando che in tal modo la normazione interna circoscrive vincoli che essa stessa si è data e che non discenderebbero, come tali, dal diritto UE. Essa, però, introduce nella nozione un elemento di autonomia dal diritto UE che potrebbe rilevare anche in sede interpretativa, al di fuori dai casi puntualmente regolati.

Al di là di ciò, le deroghe già originariamente presenti e quelle aggiunte successivamente, anche al di fuori del TUSP, includono casi in cui la partecipazione non si giustifica in alcun modo per l'attività, bensì è essa stessa, per il fatto di esserci, strumento di cura di interessi pubblici. In altri termini, l'amministrazione entra nel capitale di una determinata impresa proprio per curare un interesse pubblico, o asseritamente tale. È così, ad esempio, che si prevede l'acquisizione di partecipazioni in società in condizioni finanziarie dissestate, le stesse cioè che, secondo il TUSP, dovrebbero di regola essere cedute, e di svincolare interamente la presenza pubblica nel capitale da una periodica verifica "razionalizzata". Le indicazioni che vengono dalla normazione legata alla pandemia tendono a generalizzare tale situazione. Si pensi al sopra citato patrimonio destinato - denominato "Rilancio" - costituito presso la Cassa depositi e prestiti, alimentato con un'emissione di debito pubblico e finalizzato a interventi in grandi imprese con priorità che includono espressamente la conservazione dei livelli occupazionali e la ristrutturazione di società con temporanei squilibri patrimoniali o finanziari. La norma prevede espressamente che le scelte dovrebbero riflettere "obiettivi di politica industriale", a loro volta da definire in un capitolo apposito del documento di economia e finanza, dedicato alla "programmazione economica" (d.l. n. 34/2020, art. 27). Tenuto conto dell'ampiezza degli obiettivi, della durata già oggi prevista per il Patrimonio e della sua agevole estendibilità⁵⁴, nonché dell'introduzione di un apposito nuovo capitolo del Def sulla programmazione economica, si può prefigurare per strumenti del genere una funzione stabile di azione pubblica nell'economia.

5.3. La reale estensione dell'azione pubblica va puntualizzata anche nel rapporto tra l'ordinamento nazionale e quello UE. La disciplina nazionale delle società pubbliche, in verità, incorpora espressamente gli standard di valutazione della disciplina UE, ad esempio in tema di organismi *in house* o di aiuti di Stato. Su questo secondo profilo esiste anche il quadro generale sulla trasparenza finanziaria dei rapporti tra i poteri pubblici e le imprese (d.lgs. n. 333/2003, modificato per il recepimento della direttiva 2006/111/CE). Quando poi la partecipazione si intreccia con l'esercizio di un servizio

⁵⁴ È sufficiente una delibera del cda di CDP, su richiesta del Ministero dell'economia e delle finanze, previo parere delle commissioni parlamentari competenti. V. il comma 14 dell'art. 27.

di interesse economico generale, e siano previste compensazioni di servizio pubblico, trova applicazione il quadro UE definito a valle della giurisprudenza *Altmark*. Nell'insieme, quindi, vi sono le coordinate essenziali per garantire la conformità ai vincoli che derivano dal diritto UE.

Si è già detto che la legislazione ha implicitamente caratterizzato, in termini di interesse generale, attività commerciali prive di specifici requisiti di doverosità. La costruzione di una nozione di interesse generale parallela a quella UE, e con essa di per sé non confliggente, costituisce così un primo metodo attraverso il quale l'ordinamento nazionale tenta di far convivere le proprie scelte interne con un quadro di riferimento, per così dire, esterno, che esso stesso ha assunto. Un secondo caso, vicino a quello appena descritto, si ha quando la normazione svincola l'esercizio del servizio di interesse generale da riferimenti alla collettività di pertinenza dell'amministrazione partecipante⁽⁵⁵⁾. In tal modo, viene reciso il legame ricavabile dal TUSPP tra la missione di interesse generale, come condizione di "attività" per la partecipazione, e l'atto di affidamento della stessa da parte dell'amministrazione partecipante. Tale schema avrebbe portato, almeno tendenzialmente, ad associare le partecipazioni pubbliche ad affidamenti *in house*, anche qui, dunque, combinando in modo originale vincoli che non sono previsti dal diritto UE. Si può dire perciò che l'ordinamento nazionale, nel muoversi tra le regole del diritto europeo, riconquista spazi di azione rimuovendo vincoli che si era autonomamente imposto.

La situazione diviene più problematica quando l'azione dei poteri pubblici nazionali è sottoposta a vincoli direttamente prescritti dal diritto UE, in particolare dalla disciplina degli aiuti di stato che è applicabile ai rapporti tra poteri pubblici e imprese a prescindere dall'attività che queste ultime svolgano. Qui, una volta usciti dalla logica strettamente corrispettiva dei servizi strumentali o da quella strettamente compensativa dei servizi di interesse generale prestati su incarico dell'amministrazione controllante, l'assunzione di partecipazioni pubbliche per obiettivi meno definiti e valevoli per loro stessi pone le amministrazioni anzitutto dinanzi all'alternativa tra rientrare o meno nella disciplina degli aiuti. Da tale questione di "giurisdizione" discende, come è noto, la soggezione al potere di controllo della Commissione UE, a carattere discrezionale, e all'obbligo di comunicazione preventiva con clausola di *stand still* (artt. 107-108 del TFUE).

Una volta attratti in tale giurisdizione, le azioni di salvataggio di imprese in difficoltà finanziaria divengono estremamente difficoltose, essendo le regole UE in materia molto restrittive ed essendovi spesso anche lo stimolo ad applicarle da parte dei concorrenti che si considerano lesi. Si trova così l'esplicitazione che l'assunzione delle partecipazioni, così come le ricapitalizzazioni e ogni altra "relazione finanziaria", avvengono "a condizioni di mercato", secondo il parametro dell'investitore privato e quindi con interventi non classificabili come aiuti di Stato⁽⁵⁶⁾. Gli obiettivi non dovrebbero però avere necessariamente fini "di mercato", non essendo tale aspetto rilevante ai fini della qualificazione come aiuto⁽⁵⁷⁾. Le amministrazioni pubbliche possono perciò operare per perseguire obiettivi di politica industriale, purché con calcolo economico. Questo restringe il margine delle azioni possibili, o dei modi possibili di azione, non essendo ad esempio più praticabile quella forma di "controllo" derivante dalle periodiche reintegrazioni dei fondi di dotazione degli enti di gestione, ma consente di restare fuori dalla "giurisdizione" *ex artt.* 107-108 TFUE.

⁵⁵ Si veda il già citato art. 4, comma 9-*bis*, del TUSPP.

⁵⁶ In sintesi, v. Commissione UE, *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato*, 2016/C 262/01, par. 4.2.

⁵⁷ Secondo la giurisprudenza degli effetti che la Corte di Giustizia ha elaborato in materia di aiuti di Stato, escludendo la rilevanza degli scopi perseguiti dalla misura nazionale. V., tra le tante, la sentenza C. giust. UE, *Franzia c. Commissione*, 26 settembre 1996, in causa C-241/94, punti 19 e 20.

Un problema simile si trova a valle della partecipazione pubblica, nell'attività della stessa società partecipata e con riflessi sull'esercizio dei poteri di socio. Se difatti l'assunzione della partecipazione da parte di un'amministrazione deve di per sé rispettare la disciplina degli aiuti di Stato, in quanto senz'altro compiuta con "risorse statali", le attività della società partecipate non sono automaticamente sottoposte alla medesima disciplina. Secondo la giurisprudenza della Corte, occorre che le misure da esse adottate siano state indirizzate dalle amministrazioni controllanti, divenendo con ciò alle stesse "imputabili"⁽⁵⁸⁾. Questo può singolarmente condurre ad allentare, almeno in apparenza, le capacità di controllo delle amministrazioni sulle società partecipate, o almeno ad esercitare tali capacità in modalità informali, esaltando il più possibile l'autonomia degli amministratori delle società. In questo modo, la società partecipata potrebbe in astratto anche adottare singole misure non perfettamente in linea con il criterio dell'investitore privato, potendo essere questo un indizio di eterodirezione, ma non un elemento decisivo in tal senso. Ovviamente l'esercizio stabile di un simile modo di agire non sarebbe praticabile, perché, nel medio lungo periodo, si riverbererebbe sulla solidità della società e dunque richiamerebbe in gioco il sostegno finanziario del socio pubblico, con i limiti di cui si è detto. Per singoli interventi, nondimeno, il diaframma delle società pubblica sottoposta a indirizzi "discreti" della amministrazione partecipante consente margini di azione difficilmente intercettabili dal diritto UE. Anche per questa via, il modello della società pubblica *in house*, e affidataria diretta di servizi e missioni, potrebbe divenire meno attrattivo rispetto a un più malleabile ricorso a partecipazioni in società di mercato formalmente autonome dai poteri pubblici.

6. Le partecipazioni pubbliche nel gioco delle istituzioni e del mercato

6.1. In effetti, un aspetto della disciplina che ancora oggi appare aperto a varie soluzioni è proprio quello dell'indirizzo e del controllo sulle società pubbliche da parte delle amministrazioni socie.

I modelli osservabili si possono distinguere secondo che riguardino, da un lato, la formazione dell'indirizzo, con il conseguente esercizio del controllo, o, dall'altro lato, la sua trasmissione nella direzione della società partecipata.

Quanto alla formazione degli indirizzi, le indicazioni che si possono trarre dal TUSP sono limitate all'essenziale. Il decreto (art. 9) prescrive il criterio per individuare l'ufficio che esercita i diritti del socio: per le partecipazioni statali, il MEF, di concerto con gli altri Ministeri competenti per materia; per quelle regionali, secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni; per quelle degli enti locali, il sindaco, il presidente o un loro delegato. Nei casi restanti, i diritti del socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente. Le norme (art. 15) incardinano poi nel MEF – in una struttura organizzativa dedicata e separata da quelle che esercitano le funzioni di socio – poteri di "indirizzo, controllo e monitoraggio" sull'attuazione del TUSP. Disposizioni speciali, relative a singole società, possono attribuire poteri di direttiva a singoli Ministeri, che di regola sono gli azionisti diretti delle società destinatarie. Vi è poi il caso della RAI, sottoposta ai poteri di "indirizzo generale" e vigilanza di una Commissione parlamentare⁽⁵⁹⁾, che dovrebbero essere esercitati in vista degli obiettivi di servizio pubblico ricavabili dalla normazione. L'evoluzione più complessa è però quella vissuta dalla Cassa Depositi e Prestiti, non solo per quanto riguarda il suo controllo da parte dello Stato, bensì per il ruolo che essa ha progressivamente acquisito quale *holding* delle partecipazioni statali e soggetto investitore pubblico – "banca di promozione" – per lo

58 Si veda ad esempio, C. giust. UE, 21 marzo 1991, *Alfa Romeo*, in causa C- 305/89, punto 16.

59 Legge 14 aprile 1975, n. 103.

sviluppo di settori produttivi. La disciplina “separa” la gestione delle partecipazioni statali presso la Cassa, attribuendo al MEF il potere di definire i “criteri” di gestione delle partecipazioni e integrando il consiglio di amministrazione delle Cassa con personale della Ragioneria e del MEF, nonché con esperti di designazione politico amministrativa (art. 5, commi 10 ss., d.l. 24 novembre 2003, n. 326)⁶⁰. La linea di “separazione” è però incerta; talune partecipazioni della Cassa restano nella gestione ordinaria, in ogni caso la linea di azione dell’ente, anche in ragione della presenza di privati nel suo capitale, dovrebbe essere quella di garantire la redditività degli investimenti⁶¹. Solo in tempi più recenti, con l’istituzione del “patrimonio destinato” da parte del d.l. n. 34/2020, si è abbozzato un raccordo tra gli investimenti in partecipazione e gli obiettivi di “politica industriale”, non necessariamente remunerativi, da indicare nel documento di economia e finanza.

Se dunque si toglie l’eccezione della RAI, dalle norme non possono trarsi precise indicazioni di contenuto sugli obiettivi che dovrebbe perseguire il potere pubblico nell’esercizio della partecipazione. Taluni meccanismi – come il concerto nell’esercizio dei diritti di socio tra il MEF e i Ministeri “competenti per materia” – possono far presagire la compresenza di una vocazione essenzialmente patrimoniale – a carattere “neutro”, di valorizzazione o conservazione del valore della partecipazione – con una di cura di interessi pubblici settoriali, rispetto ai quali la partecipazione rilevi non tanto in sé quanto come strumento per guidare la società. Sarebbe però un attribuire alle norme più di quanto contengano, perché nulla viene detto sull’equilibrio tra le due sfere, né si può escludere che l’interesse per materia esprima a sua volta obiettivi mediati e strumentali di conservazione in sé del controllo sulle società del settore di competenza, a prescindere da ogni obiettivo finale.

La trasmissione dell’indirizzo sulla società può seguire varie strade, più o meno legate al diritto “comune” delle società o, per contro, di regime amministrativo. Sul primo fronte, alle note norme contenute nel codice civile sulla nomina “diretta” degli amministratori – limitate nell’oggetto alle sole società chiuse e in ogni caso bisognose di una clausola statutaria di mediazione⁶² – si aggiungono i poteri ordinariamente esercitabili dal socio secondo la legge e lo statuto. Nel caso degli affidamenti *in house*, tali poteri, pur restando nella sfera del diritto civile, possono essere spinti oltre l’ordinario, con il solo limite di non snaturare lo strumento societario impiegato⁶³. L’indirizzo si può esprimere anche in via contrattuale, ogni qualvolta – vi sia o meno un affidamento *in house* – esista un rapporto negoziale tra l’amministrazione e la società con contenuti modellabili. Negozi del genere possono istituire anche organi paritetici, tavoli tecnici e simili per accompagnare l’esecuzione delle attività affidate.

L’indirizzo in regime di diritto amministrativo si esprime di regola con il potere di direttiva, non necessariamente attribuito all’amministrazione che sia anche socia. Occorre però distinguere in base alle condizioni di esercizio di tale potere. Le direttive previste in generale dal TUSPP non sono rivolte alla gestione delle partecipazioni, bensì all’attuazione degli istituti contenuti nel decreto. In effetti, anche nel loro primo esercizio concreto esse si sono rivolte ad aspetti giuridici comuni alle società pubbliche, senza alcuna pretesa di orientare la gestione verso obiettivi particolari⁶⁴. Uno spazio

60 Resta applicabile anche la vigilanza della Commissione parlamentare prevista dall’art. 3 del R.D. 2 gennaio 1913, n. 453.

61 G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, Jovene, 2016, 109 ss.

62 Diversa è la disciplina della RAI, la composizione del cui consiglio di amministrazione è definita *ex lege* con l’attribuzione dei poteri di “elezione” e “designazione” alle Camere, al Governo ed all’assemblea dei dipendenti. V. l’art. 49 del d.lgs. n. 177/2015.

63 Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, in *Foro it.*, 2018, 11, I, 3750.

64 V. la direttiva del 9 settembre 2019 sulla separazione contabile, e quella del 16 marzo 2017, sull’individuazione dei componenti degli organi sociali.

per introdurre nelle direttive profili gestionali residua nelle norme particolari per singole società pubbliche, ancorché non vi sia evidenza di un uso ricorrente del potere in tal senso. Fa eccezione ancora una volta il caso della RAI, perché la sovrapposizione della missione di servizio pubblico con l'attività aziendale è talmente marcata che gli "indirizzi generali" dati dalla Commissione parlamentare possono influire anche sugli obiettivi gestionali.

6.2. Il quadro delle norme non sembra pertanto definire uno schema "forte" di emersione dell'interesse pubblico alla partecipazione e per la sua trasmissione sulla gestione delle società pubblica. Tolte le discipline particolari, non esistono organi dedicati e dai quali ci si attenda una particolare connotazione in termini di interessi rappresentati o di competenze tecniche, né vi è un processo decisionale complesso che sia in grado di accompagnare la formazione dell'indirizzo assorbendo gli interessi da acquisire. Ciò non vuole dire che schemi del genere non possano essere costruiti dalle singole amministrazioni socie con gli strumenti a disposizione, pubblicistici, societari o negoziali che siano. Nulla impedisce, in altri termini, che un'amministrazione strutturi una *governance* "forte" delle proprie partecipazioni, nella quale includere meccanismi di acquisizione degli interessi pubblici rilevanti e istituti di indirizzo e vigilanza sulla gestione. Solo che di soluzioni del genere non si fa carico direttamente la normazione positiva.

Si è al riguardo sostenuta l'incompiutezza del disegno normativo, anche nel confronto con altri ordinamenti come quelli francese e britannico che hanno istituzionalizzato le funzioni di socio, dalla quale incompiutezza finirebbe per derivare la prevalenza di profili meramente patrimoniali e il rischio di autoreferenzialità delle società pubbliche⁽⁶⁵⁾. Va però distinta la "geometria" esteriore delle norme sul governo delle partecipazioni con la loro concreta capacità di svolgere un ruolo di composizione tra gli interessi pubblici che dovrebbero esservi dal lato del socio e quelli propri della società alla sua conduzione con criterio economico.

Quanto alla prima, per non incorrere in un pregiudizio "tardo-idealista"⁽⁶⁶⁾, si è visto che il nostro ordinamento ha visto per un lungo periodo un'architettura di governo delle partecipazioni estremamente articolata, munita di un centro di imputazione formale (il Ministero delle partecipazioni statali), organi di coordinamento (comitati di Ministri), enti specializzati di gestione, con processi decisionali idealmente capaci di proiettare le valutazioni di interesse pubblico sulla gestione delle società partecipate. Meccanismi del genere, se hanno funzionato, lo hanno fatto in condizioni molto particolari⁽⁶⁷⁾, talmente particolari da potere essere dipese più da un'occasionale coincidenza che da qualità positive del modello nelle circostanze del caso. La disfunzionalità progressiva del sistema di governo delle partecipazioni si è peraltro manifestata in una duplice inettitudine: il modello non ha dato un senso alla partecipazione come strumento (anche) di cura degli interessi pubblici, né è riuscito a conservare valore patrimoniale delle partecipazioni e redditività delle imprese. Costituiscono un buon esempio di ciò gli strascichi di talune vicende sul piano finanziario e degli interessi pubblici "non economici" coinvolti (si pensi alla recente riacquisizione degli impianti ILVA, ex Italsider).

D'altra parte, anche negli spazi attualmente consentiti dalla normativa, l'esperienza indica che la capacità di indirizzo del socio pubblico sulla società partecipata non è una funzione lineare dell'intensità dei poteri di cui il primo dispone sulla seconda. Si può considerare il modello del controllo *in house* nel quale, come si è anticipato, seppur

65 G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., 125-126.

66 Così G. AMATO, *Il ruolo dell'esecutivo nel governo delle partecipazioni statali*, cit., 135.

67 Ad esempio, nella compresenza di un "forte senso di missione" degli imprenditori pubblici e di "condizioni politiche straordinarie" di non interferenza da parte dei poteri pubblici. Questa è la tesi di F. BARCA e S. TRENTO, *La parabola delle partecipazioni statali: una missione tradita*, cit., 185-186.

6.2. Il quadro delle norme non sembra pertanto definire uno schema “forte” di emersione dell’interesse pubblico alla partecipazione e per la sua trasmissione sulla gestione delle società pubblica. Tolte le discipline particolari, non esistono organi dedicati e dai quali ci si attenda una particolare connotazione in termini di interessi rappresentati o di competenze tecniche, né vi è un processo decisionale complesso che sia in grado di accompagnare la formazione dell’indirizzo assorbendo gli interessi da acquisire. Ciò non vuole dire che schemi del genere non possano essere costruiti dalle singole amministrazioni socie con gli strumenti a disposizione, pubblicistici, societari o negoziali che siano. Nulla impedisce, in altri termini, che un’amministrazione strutturi una governance “forte” delle proprie partecipazioni, nella quale includere meccanismi di acquisizione degli interessi pubblici rilevanti e istituti di indirizzo e vigilanza sulla gestione. Solo che di soluzioni del genere non si fa carico direttamente la normazione positiva.

Si è al riguardo sostenuta l’incompletezza del disegno normativo, anche nel confronto con altri ordinamenti come quelli francese e britannico che hanno istituzionalizzato le funzioni di socio, dalla quale incompletezza finirebbe per derivare la prevalenza di profili meramente patrimoniali e il rischio di autoreferenzialità delle società pubbliche⁽¹⁾. Va però distinta la “geometria” esteriore delle norme sul governo delle partecipazioni con la loro concreta capacità di svolgere un ruolo di composizione tra gli interessi pubblici che dovrebbero esservi dal lato del socio e quelli propri della società alla sua conduzione con criterio economico.

Quanto alla prima, per non incorrere in un pregiudizio “tardo-idealista”⁽²⁾, si è visto che il nostro ordinamento ha visto per un lungo periodo un’architettura di governo delle partecipazioni estremamente articolata, munita di un centro di imputazione formale (il Ministero delle partecipazioni statali), organi di coordinamento (comitati di Ministri), enti specializzati di gestione, con processi decisionali idealmente capaci di proiettare le valutazioni di interesse pubblico sulla gestione delle società partecipate. Meccanismi del genere, se hanno funzionato, lo hanno fatto in condizioni molto particolari⁽³⁾, talmente particolari da potere essere dipese più da un’occasionale coincidenza che da qualità positive del modello nelle circostanze del caso. La disfunzionalità progressiva del sistema di governo delle partecipazioni si è peraltro manifestata in una duplice inettitudine: il modello non ha dato un senso alla partecipazione come strumento (anche) di cura degli interessi pubblici, né è riuscito a conservare valore patrimoniale delle partecipazioni e redditività delle imprese. Costituiscono un buon esempio di ciò gli strascichi di talune vicende sul piano finanziario e degli interessi pubblici “non economici” coinvolti (si pensi alla recente riacquisizione degli impianti ILVA, ex Italsider).

D’altra parte, anche negli spazi attualmente consentiti dalla normativa, l’esperienza indica che la capacità di indirizzo del socio pubblico sulla società partecipata non è una funzione lineare dell’intensità dei poteri di cui il primo dispone sulla seconda. Si può considerare il modello del controllo in house nel quale, come si è anticipato, seppur con strumenti di diritto societario il socio si assume in grado di esercitare un controllo idealmente comparabile a quello che svolge sui suoi uffici interni. In effetti, gli accorgimenti statutari che costituiscono la soglia minima negli affidamenti in house prevedono controlli preventivo/programmatori, contestuali e successivi che dovrebbero consentire al più alto grado sia di far emergere gli interessi pubblici sottesi alla partecipazione sia di indirizzare concretamente la società verso tali interessi e correggere

1 G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., 125-126.

2 Così G. AMATO, *Il ruolo dell’esecutivo nel governo delle partecipazioni statali*, cit., 135.

3 Ad esempio, nella compresenza di un “forte senso di missione” degli imprenditori pubblici e di “condizioni politiche straordinarie” di non interferenza da parte dei poteri pubblici. Questa è la tesi di F. BARCA e S. TRENTO, *La parabola delle partecipazioni statali: una missione tradita*, cit., 185-186.

per tempo le deviazioni. Vi sono però casi vistosi nei quali, pur in presenza di uno schema di affidamento in house formalmente esente da pecche, il controllo sulla società è sostanzialmente privo di effetti, gli obiettivi di interesse pubblico riflettono a ritroso la condizione storica della società, anziché mirare a conformarne il futuro, la gestione è reattiva alla soddisfazione di obiettivi minuti (tendenzialmente immeritevoli) dei titolari degli uffici controllanti (es., le politiche di assunzione impiegate per fini clientelari) mentre è del tutto incapace di raggiungere obiettivi imprenditorialmente accettabili. Periodi prolungati di un simile controllo conducono a entità che ormai hanno solo la parvenza dell'impresa produttiva, ma che neppure possono dirsi "enti di mera erogazione", essendo inabili anche a questa sola funzione⁽⁴⁾.

Un fenomeno apparentemente contrastante con l'intensità e la direzione dei controlli formalmente esercitabili si riscontra anche all'interno dei gruppi societari pubblici, nei quali ci si potrebbe attendere che, quantomeno sul piano dei rapporti tra la capogruppo e le controllate, i normali strumenti di diritto societario e la "professionalità" dei titolari degli uffici consenta un'azione efficace di indirizzo. In realtà, la catena delle designazioni negli organi amministrativi e le sfere di azione delle partecipate appartenenti al gruppo non sono manifestazione di un indirizzo che promana dall'amministrazione partecipante e che si distribuisce linearmente tra le entità del gruppo. Piuttosto, ciascuna delle società del gruppo diviene un autonomo oggetto di attuazione di un indirizzo "scomposto" secondo gli equilibri politico-amministrativi del momento, il che riduce anche la possibilità di definire strategie coerenti per il "gruppo pubblico" che dunque rischia di operare come una sommatoria di soggetti indipendenti.

Tutto ciò suggerisce che l'indirizzo e il controllo sulle partecipazioni pubbliche, unitamente all'idea di far emergere interessi pubblici ulteriori rispetto alla valorizzazione della partecipazione, non si risolvono in un disegno esteriormente razionale della funzione e dell'apparato organizzativo che la governa. Tale strada è stata già intrapresa in passato con risultati opposti a quelli voluti, peraltro in condizioni di minore internazionalizzazione e apertura dei mercati e dunque idealmente più agevoli. Hanno pesato il difetto più generale di capacità amministrativa, le molteplici combinazioni di interessi pubblici e privati che possono sorgere nel circuito politico amministrativo, l'assenza di meccanismi di contenimento che operassero a prescindere dalla volontà degli agenti del momento. Si può ovviamente immaginare di emendare taluni degli errori commessi in precedenza, ma molto spesso, pur nella raggiunta comprensione degli aspetti disfunzionali, è difficile distinguere quanto vi fosse di contingente e cogliere i reali fattori causali.

Nel quadro attuale, conservare le condizioni di pressione esterna per garantire quantomeno un buon grado di redditività delle partecipazioni potrebbe essere di per sé uno strumento di cura dell'interesse pubblico, di quello molto generale ma non trascurabile a non disperdere risorse impiegabili in altri modi. In questo senso, discipline come quella europea sugli aiuti di Stato, talvolta viste come costitutive di impedimenti al perseguimento di obiettivi immediati, consentono invece di conservare un minimo di linearità nell'azione di medio e lungo periodo delle società pubbliche. Qualunque riforma non dovrebbe dunque rinunciare a tali fattori di pressione virtuosa e vi dovrebbe essere particolare cautela nell'assunzione di nuove partecipazioni, specie in mercati complessi che mettono a prova ancor più dura le qualità del socio.

⁴ Si veda la vicenda dell'Atac di Roma, per come ricostruita dall'Anac nella delibera n. 270 del 26 marzo 2019.

7. Conclusioni

Le linee del possibile sviluppo della disciplina sono dunque difficili da prevedere e potrebbero dipendere da fattori contingenti.

Da un lato, si è visto che nella normazione convive un'aspirazione ideale con una pratica di segno diverso. Il TUSPP sembrerebbe prefigurare la sopravvivenza delle sole società pubbliche di scopo – per autoproduzione o servizi strumentali – insieme alle società miste come veicoli di cooperazione istituzionale. A questo schema apparentemente rigido – sia per le società esclusivamente pubbliche sia per quelle miste, queste ultime scarsamente appetibili non foss'altro che per il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo – si accompagna il sistema delle deroghe e delle norme speciali, fino troppo lasco e tenuto per lo più fuori da un disegno unitario. L'indecisione che ne emerge ha probabilmente contribuito alla limitata efficacia delle misure di razionalizzazione.

Dall'altro lato, il fronte del governo delle partecipazioni continua a essere sguarnito nonostante gli impegni che si prefigurano all'orizzonte siano più gravosi. La più recente normazione emergenziale – nell'estendere il ricorso a società pubbliche come supporto per le politiche di reazione alla pandemia; opzione, come si è detto, in sé comprensibile – ha scelto di rafforzare le funzioni di c.d. turnaround in enti, come la Cassa depositi e prestiti, la cui vocazione per investimenti redditizi era stata già messa in discussione da taluni interventi nel capitale di imprese con prospettive di rendimento non particolarmente affidabili. È vero che la disciplina ha previsto a tal fine un "patrimonio destinato", separato da quello della Cassa, il che dovrebbe escludere ripercussioni sulla solidità finanziaria dell'istituto. Nondimeno, ciò è avvenuto "a parità di risorse" umane e strumentali, solo estendendo i meccanismi di indirizzo, controllo e compartecipazione delle scelte di gestione propri della gestione separata della CDP. Altre norme di emergenza hanno riscritto i meccanismi di "riporto" applicabili a società pubbliche partecipate dalla Cassa, come SACE, sottraendoli alla normale catena della partecipazione azionaria e imputandoli a un complesso meccanismo di concerti e consultazioni che, secondo il tipo e l'oggetto delle decisioni da assumere, coinvolge direttamente i Ministeri "competenti", MEF e Sviluppo economico, e la Cassa stessa⁵.

In definitiva, così come era già avvenuto per il punto iniziale della "parabola" delle partecipazioni statali, i tasselli del mosaico si combinano anzitutto per reagire a contingenze e risolvere problemi puntuali. Di principio, i legami che ne discendono non sono tuttavia meno forti e meno duraturi rispetto a quelli che possono nascere con un disegno di riforma consapevole della materia.

Il quesito richiamato in apertura e risolto agilmente dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale era forse di semplice soluzione, ma non lo è affatto il problema che esso sottende, sulla collocazione delle partecipazioni pubbliche nell'ordinamento. Sin qui, il modello è stato costruito combinando divieti e fughe da tali divieti, con una logica sempre meno lineare. A un certo punto, la correttezza di questo impianto potrebbe essere messa in discussione proprio per la diversità di trattamento tra le società pubbliche, anziché tra queste e le società private.

⁵ Su tali profili della disciplina di CDP e della SACE, cfr. A. PISANESCHI, *La Cassa Depositi e Prestiti: holding di partecipazioni, banca nazionale di promozione o operatore del turnaround industriale?*, in www.ilcaso.it, 2020, 17.