

# **Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche**

**Roma, settembre 2008**

*Questo documento è stato elaborato nell'ambito di un gruppo di lavoro sulla disciplina delle società pubbliche, istituito dal Comitato di Presidenza di Assonime nella riunione del 14 febbraio 2008. I componenti del gruppo sono: Elio Catania, Innocenzo Cipoletta, Piero Gnudi, Alfonso Iozzo, Vittorio Mincato, Roberto Poli e Stefano Micossi (in qualità di segretario).*

## EXECUTIVE SUMMARY

L'attuale quadro giuridico delle società a partecipazione pubblica è composto da una congerie di disposizioni speciali, spesso introdotte in risposta a esigenze contingenti e senza un disegno organico. Esso non appare adeguato né ad assicurare il perseguimento di obiettivi di interesse generale, né a consentire la gestione efficiente delle imprese. I ruoli e le responsabilità non sono chiaramente definiti; ne possono risultare dissipazioni di risorse.

Le leggi finanziarie per il 2007 e il 2008 hanno cercato di arginare alcune evidenti degenerazioni del sistema attraverso l'imposizione di vincoli diretti sull'organizzazione e la gestione delle società a partecipazione pubblica, implicitamente assimilandole alle pubbliche amministrazioni. Tale approccio, che introduce una disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private a svantaggio delle prime, comporta rigidità incompatibili con le esigenze operative di società di mercato.

I problemi derivanti dall'applicazione di tali vincoli hanno già prodotto una serie di interventi normativi volti a limitarne la portata. Per migliorare strutturalmente il funzionamento del sistema occorre andare oltre: serve una riflessione volta a fissare principi chiari, uniformi e stabili nel tempo su cui fondare il quadro giuridico delle società pubbliche. L'obiettivo è duplice: combinare in modo più efficace il perseguimento di obiettivi pubblici con l'efficiente gestione societaria e consentire alle imprese a partecipazione pubblica di operare sul mercato in condizioni di parità con le imprese private, senza quei vincoli che ne possono ostacolare l'efficienza.

Per realizzare questo disegno, sarebbe sufficiente valorizzare principi generali di diritto già presenti nell'ordinamento, soprattutto di derivazione comunitaria, e criteri di *governance* agevolmente mutuabili dalle migliori pratiche nazionali e internazionali. I vincoli speciali alla gestione delle imprese pubbliche potrebbero allora essere rimossi.

Si propongono **6 linee** di intervento.

### **1. Distinguere il regime giuridico delle società di mercato da quello delle amministrazioni**

Occorre distinguere nettamente le regole giuridiche per le società di mercato, quotate e non quotate, che devono essere improntate al diritto comune, dal regime giuridico dei soggetti che, pur avendo forma societaria, sono nella sostanza semi-amministrazioni e quindi possono essere assoggettati alle norme e ai controlli di tipo pubblicistico. Per le società di mercato partecipate da soggetti pubblici, l'esperienza internazionale indica che il quadro giuridico deve basarsi, più che su vincoli diretti alla gestione, su criteri generali di trasparenza e responsabilizzazione. Il ricorso allo strumento societario per

svolgere compiti di natura pubblicistica dovrebbe essere escluso, privilegiando strumenti alternativi (ad esempio, l'agenzia).

## **2. Ricorso alla gara per i servizi pubblici locali**

Nel settore dei servizi pubblici locali, il ricorso alla gara deve essere lo strumento generale per l'affidamento del servizio. Ciò consentirà un rapporto più trasparente tra l'azionista pubblico e l'impresa incaricata della gestione nonché, in presenza di regole chiare e controlli efficaci, una maggiore efficienza a vantaggio degli utenti finali. Anche per i servizi diversi dai servizi pubblici locali, un intervento normativo volto a limitare gli affidamenti *in house* sarebbe opportuno.

## **3. Trasparenza e certezza degli obblighi di servizio pubblico**

In conformità al diritto comunitario, ogni obbligo imposto alle imprese per la soddisfazione di obiettivi di politica pubblica o sociale dovrebbe essere reso trasparente e regolato tramite appositi atti normativi e amministrativi. I costi degli oneri di servizio devono essere chiaramente identificati ed essere coperti in modo trasparente. Occorrono meccanismi che inducano le amministrazioni ad adempiere puntualmente i propri obblighi nei confronti dell'impresa.

## **4. Gestione e valutazione per obiettivi**

In tutte le società di mercato a partecipazione pubblica, anche in settori diversi dai servizi di interesse economico generale, è necessario precisare da un lato i poteri dell'azionista pubblico, dall'altro le responsabilità gestionali e gli ambiti di autonomia degli amministratori.

Nella sua veste di socio l'azionista pubblico deve avvalersi unicamente dei poteri riconosciuti agli azionisti dal codice civile. Il rapporto tra azionista e amministratori deve basarsi sulla fissazione di chiari obiettivi di performance, sul riconoscimento della piena autonomia operativa dell'impresa e sulla valutazione degli amministratori, quali titolari esclusivi del potere di gestione, unicamente in relazione ai risultati ottenuti nel perseguimento degli obiettivi concordati.

## **5. Selezione posizioni apicali e remunerazione**

Le modalità di remunerazione dei membri dei consigli di amministrazione devono essere tali da favorire l'interesse di lungo periodo della società e da attrarre e motivare professionisti qualificati. Per valorizzare i profili di professionalità nella selezione degli amministratori, può essere opportuno il ricorso a strumenti analoghi a quelli utilizzati dalle società private, quali gli *head hunter*.

## **6. Attuare la norma sulla dismissione delle partecipazioni pubbliche non strategiche**

La legge finanziaria per il 2008 ha stabilito che le partecipazioni delle amministrazioni pubbliche al capitale delle società devono essere limitate alle attività strettamente necessarie per lo svolgimento delle finalità istituzionali. Quelle che non rispettano questo requisito vanno cedute entro il mese di giugno del 2009. E' necessario introdurre meccanismi e incentivi che assicurino l'effettiva attuazione di tale norma.

### **Conclusioni**

Reimpostando nel modo che si è descritto il sistema degli incentivi e delle penalizzazioni sulla base di principi di trasparenza e *accountability*, diviene possibile eliminare quei vincoli normativi diretti sulla gestione e le scelte economiche delle società a partecipazione pubblica che sono stati introdotti per contrastare gli abusi, ma che mal si conciliano con le esigenze di flessibilità tipiche di un'impresa.

In questo contesto, anche l'assoggettamento alla responsabilità amministrativa degli amministratori delle società di mercato, in aggiunta a quella civilistica, e il controllo contabile della Corte dei conti potrebbero essere superati.

La realizzazione di questo disegno richiede alcuni interventi normativi: in particolare, per rimuovere i limiti diretti alla gestione dell'impresa, escludere la responsabilità amministrativa per le società di mercato, ridurre al massimo gli affidamenti *in house* anche per i servizi diversi dai servizi pubblici locali. Sarebbe anche utile l'adozione di un "Codice di condotta dell'Azionista Pubblico". A tale scopo può essere di riferimento quanto pubblicato dall'Ocse nel 2005 nelle "Linee guida sulla *governance* delle società pubbliche", ispirate alle migliori pratiche internazionali. I principi ivi enunciati potrebbero essere incorporati in tale codice, che tutte le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali si dovrebbero impegnare ad osservare. Per le società pubbliche di maggiore dimensione non quotate, utili principi di *governance* potrebbero essere tratti anche dal codice di autodisciplina delle società quotate.

## Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche

### 1. Introduzione

L'economia italiana resta caratterizzata da una presenza diffusa, in dimensioni anomale nel confronto internazionale, di società controllate da soggetti pubblici. L'ultimo decennio è stato connotato, in particolare, dall'aumento del numero delle società controllate dalle amministrazioni regionali, provinciali e locali. La partecipazione pubblica nelle imprese è stata tipicamente motivata con ragioni di politica industriale o di tutela di altri interessi pubblici, in particolare per assicurare prestazioni che il settore privato non era interessato a svolgere. Tuttavia, gli obiettivi non sono stati sempre chiaramente identificati. Vi sono state dissipazioni di risorse e inefficienze. Frequenti violazioni dei principi comunitari in materia di concessioni e appalti hanno distorto il funzionamento del mercato.

E' stata frequente la tendenza a considerare le società pubbliche come strumento di intervento diretto nell'economia per la realizzazione di obiettivi di politica industriale e sociale. Tale impostazione è ormai largamente incompatibile con l'ordinamento comunitario e, comunque, non ha condotto nel nostro paese a risultati positivi.

Una manifestazione del problema è la difficoltà per le imprese a proprietà pubblica operanti nel settore dei servizi d'interesse generale di farsi riconoscere un compenso per le attività svolte in perdita al fine di assicurare livelli di servizio imposti dalle amministrazioni indipendentemente dalla disponibilità a pagare degli utenti. Ciò si traduce in squilibri di bilancio, che possono pregiudicare lo svolgimento delle attività profittevoli, e pone l'impresa alla mercé delle amministrazioni cui compete *ex post* il ripiano dei disavanzi.

Negli anni recenti molte regole sono state introdotte per frenare gli sprechi e le degenerazioni del sistema: in particolare, le leggi finanziarie per il 2007 e il 2008 hanno imposto vincoli stringenti all'organizzazione interna e all'operatività delle società a partecipazione pubblica, assimilandole nella sostanza a pubbliche amministrazioni. Al contempo, la giurisprudenza ha esteso agli amministratori e ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica il regime della responsabilità amministrativa, sottoponendoli alla giurisdizione della Corte dei conti.

Tale approccio, pur giustificato da esigenze di controllo della spesa pubblica e da intenti moralizzatori, ha un difetto di fondo: limitando per legge le scelte organizzative e di mercato, esso introduce rigidità e distorsioni che inevitabilmente vanno a discapito dell'efficace gestione dell'impresa, generando nuovi costi non quantificabili per la collettività. Viene introdotta una disparità di trattamento tra imprese private e imprese a partecipazione pubblica a svantaggio di queste ultime. Anche i proventi attesi di una cessione al mercato delle società partecipate sono ridotti dalla risultante distruzione di valore.

In ragione di queste preoccupazioni, l'ambito di applicazione dei recenti vincoli sulle società pubbliche è già stato ridimensionato da successivi interventi normativi. E' però sinora mancata una riflessione sui criteri fondamentali a cui deve ispirarsi il regime delle regole per le società a partecipazione pubblica. Il quadro giuridico resta caratterizzato da una congerie di disposizioni speciali, spesso introdotte in risposta ad esigenze contingenti e senza un disegno organico. Rimane elevato il rischio di incoerenze e continue oscillazioni delle norme.

Dunque, un ripensamento si impone, per fondare il sistema su principi chiari, uniformi e stabili nel tempo. L'occasione è fornita dalla disposizione della legge finanziaria per il 2008 la quale prevede che entro il mese di giugno del 2009 le amministrazioni pubbliche, a tutti i livelli di governo, dovranno riesaminare le proprie partecipazioni societarie, indicando chiari motivi di pubblico interesse che le giustificano, oppure cedendo la partecipazione.

Il riordino della disciplina dovrebbe realizzare due finalità: combinare in modo più efficace il perseguimento degli obiettivi pubblici con l'efficiente gestione societaria, minimizzando il rischio di interferenze improprie; consentire alle imprese a partecipazione pubblica di operare sul mercato in condizioni di parità con le imprese private, senza ingiustificate penalizzazioni.

Per realizzare questo disegno è sufficiente valorizzare principi generali di diritto già presenti nell'ordinamento, soprattutto di derivazione comunitaria, e criteri di *governance* agevolmente mutuabili dalle migliori pratiche nazionali e internazionali.

Nel settore dei servizi locali il ricorso alla gara come strumento generale per la scelta del gestore è indispensabile, accanto al riordino delle regole sulle società pubbliche, per conseguire una netta separazione tra pubbliche amministrazioni e imprese.

Questo studio, dopo una breve ricognizione delle società a partecipazione pubblica in Italia (paragrafo 2), illustra le disposizioni vigenti, comunitarie (paragrafo 3) e nazionali (paragrafo 4), e quindi delinea i principi cui ispirarsi nel riordino del quadro giuridico (paragrafo 5).

## 2. Le società a partecipazione pubblica

In Italia esistono più di cinquemila società a partecipazione pubblica. Si tratta di un insieme eterogeneo, sia per storia sia per caratteristiche economiche.

Le partecipazioni, dirette e indirette, detenute dallo Stato attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze riguardano circa quattrocento società. Gli occupati sono mezzo milione, quindi quasi il 2 per cento del totale nazionale e il valore della produzione supera l'11 per cento del prodotto interno lordo<sup>1</sup>. Le società partecipate dalle amministrazioni locali (comuni, province, regioni e comunità montane) iscritte al registro delle imprese, secondo i dati di Unioncamere, sono ben 4874. Di queste, hanno un bilancio depositato 3769 società, le quali occupano 255 mila addetti, ossia circa l'1 per cento del totale nazionale e producono un valore aggiunto pari all'1,2 per cento del prodotto interno lordo<sup>2</sup>. Vi è poi una serie di società partecipate da altri soggetti pubblici (Camere di commercio, enti pubblici, Università).

Per le società partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze, dopo le privatizzazioni degli anni novanta, le dismissioni hanno subito un vistoso rallentamento. In parallelo vi è stato un processo, di segno opposto, di creazione di nuove società controllate dal Mef, generalmente con funzioni di supporto a quella dell'amministrazione: ad esempio Consap (1992), Consip (1997), Italia Lavoro (1997), Sviluppo Italia (1999), Mefop (1999), Arcus (2004).

Quanto alla partecipazione al capitale, le società controllate direttamente o indirettamente dal Mef possono essere raggruppate in tre categorie: alcune società quotate (quali ad esempio Eni, Enel, Finmeccanica, Snam Rete Gas, Terna, Alitalia); alcune società non quotate partecipate anche da altri soggetti (ad esempio, Cassa Depositi e Prestiti); società interamente possedute dallo Stato (tra cui Poste Italiane, Ferrovie dello Stato e Anas).

Le partecipazioni societarie delle amministrazioni locali sono legate ai tradizionali compiti di prestazione di servizi pubblici negli ambiti territoriali di loro competenza. Tali funzioni, un tempo esercitate attraverso strumenti amministrativi, in particolare le aziende speciali, sono ora svolte in prevalenza attraverso società partecipate. Nell'ultimo decennio si sono moltiplicate le società a controllo regionale, provinciale e comunale che svolgono attività diverse dai servizi pubblici locali, a favore degli enti che le controllano e spesso anche di altri clienti.

Tra le società partecipate dalle amministrazioni locali, quelle che erogano servizi pubblici locali (energia, trasporti, gestione dei rifiuti, ciclo integrato dell'acqua) generano circa due terzi del valore aggiunto prodotto, ma rappresentano in termini

---

<sup>1</sup> Ministero dell'Economia e delle Finanze, dati relativi al 2005; cfr. anche CER, *Ruolo e governance delle imprese controllate dallo Stato: analisi e proposte per il futuro*, n. 4/2007.

<sup>2</sup> Sono escluse dal computo le società operanti nel settore dell'intermediazione finanziaria. Unioncamere (2008), *Le società partecipate dagli enti locali*, dati relativi al 2005.



numerici meno di un terzo del totale. Il resto è costituito da società attive nel comparto delle infrastrutture e dei servizi alle imprese (1404 società), nel settore manifatturiero (254), nelle attività ricreative, culturali e sportive (182) e nell'agricoltura (41).

Anche le società partecipate dagli enti locali hanno aperto il capitale alla partecipazioni di privati, in alcuni casi attraverso la quotazione in borsa<sup>3</sup>. In circa due terzi delle società partecipate iscritte al registro delle imprese (3.166 unità) la quota detenuta direttamente o indirettamente dalle amministrazioni locali supera soglie significative del capitale – il 50 per cento nelle società non quotate e il 10 per cento nelle società quotate. La partecipazione delle pubbliche amministrazioni è totalitaria nel 20 per cento dei casi.

### **3. I vincoli comunitari sulle partecipazioni pubbliche**

Una serie di importanti regole sulle società a partecipazione pubblica deriva dalle norme europee. Il diritto comunitario è neutrale rispetto al regime di proprietà delle imprese (articolo 295 del Trattato Ce). Gli Stati membri, però, sono tenuti a rispettare un duplice vincolo: devono assicurare la parità di trattamento tra imprese pubbliche e imprese private, in conformità al principio di non discriminazione e a un regime di concorrenza non distorto; non devono creare ostacoli ingiustificati al funzionamento del mercato interno.

#### **3.1 Regole di concorrenza**

Ai fini della concorrenza, il diritto comunitario impone regole di trasparenza volte a garantire che gli Stati membri non emanino né mantengano, nei confronti delle imprese partecipate, misure contrarie alle norme del Trattato (articolo 86, paragrafo 1, del Trattato Ce)<sup>4</sup>.

Gli eventuali obblighi di servizio pubblico devono essere chiaramente individuati dalle autorità pubbliche competenti – comunitarie, nazionali, regionali o locali – con atto esplicito ed essere resi noti. Anche i costi per il soddisfacimento di tali obblighi devono

---

<sup>3</sup> Tra queste, Acea, Acegas–Aps, Acsm, Aem Milano e Asm Brescia (ora A2A), Aeroporto di Firenze, Aem Torino e Amga (ora Iride), Hera, Save e Meta.

<sup>4</sup> Per garantire la parità di trattamento tra imprese pubbliche e private in attuazione dell'articolo 86 del Trattato, la Commissione europea ha adottato la direttiva 80/723/CEE del 25 giugno 1980 sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, che è stata più volte modificata e recentemente codificata nella direttiva 2006/111/CE del 16 novembre 2006. Gli obblighi di trasparenza riguardano le assegnazioni di risorse pubbliche in favore delle imprese e l'utilizzazione effettiva di tali risorse. Ulteriori specifici obblighi di trasparenza sono posti dal diritto comunitario sulle imprese che, a prescindere dall'assetto proprietario, fruiscono di diritti speciali o esclusivi o sono incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Il fine è sempre quello di assicurare il rispetto delle regole di concorrenza. In base alla direttiva 2006/111/CE, se tali imprese ricevono compensazioni in qualsiasi forma per prestazioni di servizio pubblico e esercitano anche altre attività, è richiesta la separazione contabile. In Italia le disposizioni sulla trasparenza delle relazioni tra poteri pubblici e imprese pubbliche sono state attuate con il decreto legislativo 11 novembre 2003, n. 333.

essere esplicitati da parte dell'impresa prestatrice ed essere coperti in modo trasparente e non distortivo.

Se la partecipazione pubblica al capitale di un'impresa non riflette il criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato, si è in presenza di un aiuto di Stato. Gli aiuti di Stato non sono vietati di per sé, ma devono essere notificati preventivamente alla Commissione europea ai sensi dell'articolo 88 del Trattato e sono soggetti a un vaglio sostanziale di compatibilità con il diritto comunitario.

### **3.2 Mercato interno**

Il diritto comunitario impone il rispetto di principi di trasparenza e non discriminazione nell'aggiudicazione dei contratti pubblici per l'acquisto di forniture, la prestazione di servizi e l'esecuzione di lavori. Tali principi devono essere osservati non solo dalle pubbliche amministrazioni, ma anche dagli organismi di diritto pubblico e, nei settori speciali (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti e servizi postali), dalle imprese pubbliche e da ogni soggetto operante in base a diritti speciali o esclusivi<sup>5</sup>.

L'unica deroga consentita dal diritto comunitario al rispetto delle regole di aggiudicazione in materia di appalti pubblici di lavori e di servizi riguarda gli affidamenti *in house*. Questi consistono nell'assegnare senza gara la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio a un'entità che, pur avendo personalità giuridica propria, può essere considerata parte dell'amministrazione aggiudicatrice. In queste circostanze la disciplina comunitaria sugli appalti pubblici non trova applicazione perché si ritiene che la prestazione sia svolta, in sostanza, direttamente dalla pubblica amministrazione.

La giurisprudenza comunitaria ha chiarito che l'affidamento *in house* è consentito solo in circostanze strettamente limitate: quando l'amministrazione esercita sull'affidatario un "controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi" e quando l'affidatario realizza la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che lo controlla<sup>6</sup>. Perché sia soddisfatto il requisito del controllo analogo, occorre che la società affidataria non abbia alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che il soggetto pubblico eserciti un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività della società. I giudici comunitari hanno stabilito che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società esclude il controllo analogo<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, recepite con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche (Codice dei contratti pubblici).

<sup>6</sup> Corte di giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C 107/98, *Teckal*.

<sup>7</sup> Corte di giustizia, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 49. Sulle regole comunitarie per l'affidamento a società a capitale misto pubblico/privato, cfr. le recenti linee guida della Commissione europea sui partenariati pubblico/privati, COM(2007) 6661. In materia di servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, cfr. il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007. Sulla nozione di controllo analogo, cfr. anche Corte di

Infine, il diritto comunitario considera restrizioni alla libera circolazione dei capitali, ai sensi dell'articolo 56 del Trattato Ce, quelle norme nazionali che, nel caso di società a partecipazione pubblica in cui vi sono azionisti privati, possono impedire od ostacolare l'acquisizione di azioni, dissuadendo così soggetti di altri Stati membri dall'investire nello Stato membro interessato<sup>8</sup>. In questa prospettiva possono risultare restrittive, ad esempio, le limitazioni dei diritti di voto degli azionisti o l'attribuzione di poteri speciali al soggetto pubblico, incluse le *golden shares*. Le restrizioni non discriminatorie alla libera circolazione dei capitali possono essere ritenute compatibili con il diritto comunitario solo se sono giustificate dai motivi previsti dall'articolo 58 del Trattato Ce (esigenze di vigilanza prudenziale, ordine pubblico o pubblica sicurezza) o da ragioni imperative di interesse pubblico, idonee a conseguire lo scopo, proporzionate e basate su criteri oggettivi resi noti in anticipo<sup>9</sup>.

Ad esempio, in passato la Corte di Giustizia ha ritenuto non giustificate le restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali poste dalla disciplina italiana sulle *golden shares*<sup>10</sup>. Recentemente essa ha ritenuto in contrasto con le norme comunitarie sul movimento dei capitali anche l'articolo 2449 del codice civile, laddove consentiva all'amministrazione pubblica di disporre di poteri di nomina sproporzionati rispetto alla sua partecipazione nel capitale della società (sentenza 6 dicembre 2007, procedimenti riuniti C-463/04 e C-464/04, *Aem*). La legge 25 febbraio 2008, n. 34 (legge comunitaria 2007) ha quindi modificato l'articolo 2249 del codice civile per renderlo conforme alle indicazioni comunitarie.

### **3.3 Adeguare l'ordinamento ai vincoli comunitari**

Molti degli interventi normativi necessari per adeguare l'ordinamento nazionale alle prescrizioni del diritto comunitario sulle società a partecipazione pubblica sono già stati realizzati<sup>11</sup>. Le carenze riguardano soprattutto l'applicazione delle norme e dei principi da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il rispetto della disciplina degli aiuti di Stato, a livello centrale e locale, è ancora insoddisfacente. La violazione delle regole sugli appalti continua ad essere una delle principali cause delle procedure di infrazione nei confronti dell'Italia: al 2 settembre 2008, su un totale di 181 procedure di infrazione nei confronti dell'Italia ben 22

---

giustizia, sentenza 25 ottobre 2005, causa C 458/03, *Parking Brixen* e, da ultimo, Corte di giustizia, sentenza 17 luglio 2008, causa C 371/05, *Comune di Mantova*,

<sup>8</sup> Corte di giustizia, sentenza 4 giugno 2002, causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, punti 40-41.

<sup>9</sup> Cfr. ad esempio Corte di giustizia, sentenza 4 giugno 2002, causa C-367/98, *Commissione/Belgio*, punto 45; sentenza 2 giugno 2005, C-174/04, *Commissione c. Italia*, punto 35; Corte di giustizia, sentenza 20 febbraio 2001, causa C-205/99, *Analir*, punto 38.

<sup>10</sup> Corte di giustizia, sentenza 23 maggio 2000, causa C- 58/99, *Commissione c. Italia*.

<sup>11</sup> Cfr. da ultimo, le modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici per porre termine a una procedura di infrazione in cui era contestata all'Italia la mancata o incompleta trasposizione delle disposizioni delle direttive sugli appalti e l'incompatibilità di alcune previsioni del Codice con le disposizioni comunitarie (procedura di infrazione 2007/2309).

riguardano casi di violazione del diritto comunitario in materia di appalti<sup>12</sup>. Molto opportunamente, pertanto, nella sua sentenza n. 1/2008 il Consiglio di Stato, in adunanza plenaria, ha sottolineato l'esigenza di rispettare i principi comunitari in materia di affidamento *in house*<sup>13</sup>.

#### 4. La disciplina nazionale

L'ordinamento nazionale aggiunge ai vincoli derivanti dal diritto comunitario una complessa serie di regole sulle società a partecipazione pubblica<sup>14</sup>.

##### 4.1 I campi di attività delle società a partecipazione pubblica

Alcune disposizioni disciplinano la possibilità per le amministrazioni pubbliche di avvalersi dello strumento societario<sup>15</sup>; ad esse sono state recentemente affiancate norme volte a circoscrivere il campo di azione delle società a partecipazione pubblica.

Anzitutto, è previsto che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività istituzionale di tali enti, nonché per l'esternalizzazione di funzioni amministrative di loro competenza, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati, né partecipare ad altre società<sup>16</sup>.

Inoltre, la legge finanziaria per il 2008 ha disposto che tutte le amministrazioni pubbliche – statali, regionali e locali – non possono costituire società aventi per oggetto

---

<sup>12</sup> Fonte: Dipartimento per le politiche comunitarie.

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, sentenza 3 marzo 2008. I giudici italiani hanno affermato che la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria, ma non sufficiente, perché sia soddisfatto il requisito del controllo analogo e quindi, sia legittimo l'affidamento. E' anche necessario che: a) lo statuto della società non consenta che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; b) il consiglio di amministrazione della società non abbia rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico controllante possa esercitare poteri maggiori di quelli normalmente riconosciuti alla maggioranza sociale dal diritto civile; c) l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico, quale risulterebbe tra l'altro dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società a breve termine ad altri capitali e dall'espansione territoriale dell'attività; d) le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Oltre alla totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, sono ritenuti essenziali ulteriori requisiti atti a concretizzare un controllo effettivo e non solo formale: il controllo del bilancio; il controllo sulla qualità dell'amministrazione; la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

<sup>14</sup> Non ci occupiamo in questa sede delle disposizioni di "diritto singolare" con cui sono state istituite o regolate particolari società.

<sup>15</sup> L'articolo 29 della legge finanziaria per il 2002 (legge 28 dicembre 2001, n. 448) consente alle pubbliche amministrazioni di costituire soggetti di diritto privato, comprese società, ai quali affidare lo svolgimento di servizi originariamente prodotti al loro interno, a condizione di ottenere economie di gestione. La possibilità di utilizzare società a partecipazione pubblica nel settore dei servizi pubblici locali è, invece, disciplinata dal Testo unico degli enti locali.

<sup>16</sup> Articolo 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con la legge 4 agosto 2006, n. 248. Le attività non consentite devono essere cedute entro un termine di trenta mesi dall'entrata in vigore del decreto legge n. 223/2006 (articolo 4, comma 7, del decreto legge n. 97/2008). Sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione le società che svolgono servizi pubblici locali.

attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumervi partecipazioni, anche di minoranza. L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento di quelle possedute deve essere autorizzato dall'amministrazione pubblica interessata, indicando i motivi per cui si tratta di un'attività strettamente necessaria per le finalità istituzionali. Come già detto, le società e le partecipazioni che non rispettano i requisiti dalla legge finanziaria devono essere cedute entro il mese di giugno del 2009<sup>17</sup>.

#### **4.2 Poteri dell'azionista pubblico e nomina degli amministratori**

La legge sulle privatizzazioni del 1994 ha previsto alcuni poteri speciali dell'azionista sulle società pubbliche poste in vendita<sup>18</sup>. La disciplina è stata ripetutamente modificata per superare le obiezioni sollevate dalle istituzioni europee; sul tema è tuttora pendente un ricorso della Commissione alla Corte di giustizia.

L'articolo 2449 del codice civile, riformulato per assicurare la conformità al diritto comunitario, prevede che nelle società pubbliche che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio lo statuto possa attribuire allo Stato o all'ente pubblico la facoltà di nominare un numero di amministratori, sindaci, o componenti del consiglio di sorveglianza in proporzione alla quota detenuta del capitale sociale. Tali soggetti possono essere revocati solo dagli enti che li hanno nominati e hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Per le società che fanno ricorso al mercato azionario è prevista la possibilità di riservare allo Stato o agli enti pubblici partecipanti una particolare categoria di azioni fornita di diritti patrimoniali e amministrativi, ma non del diritto di voto in assemblea ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 2346 del codice civile.

Con la legge finanziaria per il 2007 è stato introdotto un regime speciale di ineleggibilità per gli amministratori delle società a partecipazione pubblica, in aggiunta a quelli previsti dal codice civile (articolo 2382): non può essere nominato amministratore chi,

---

<sup>17</sup> E' espressamente fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di costituire o partecipare in società per la fornitura di servizi di interesse generale nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza (legge finanziaria 2008, articolo 3, commi da 27 a 32). Cfr. circolare Assonime n. 21/2008.

<sup>18</sup> Articolo 2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito dalla legge 30 luglio 1994, e successive modifiche. La norma prevede che, tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri servizi pubblici sono individuate, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con delibera dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro dell'economia la titolarità di poteri speciali. La disciplina si applica anche alle società controllate da enti pubblici, inclusi quelli territoriali o economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici locali. Cfr. anche decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2004, che specifica quando i poteri speciali possono essere esercitati. La legge del 1994 prevede inoltre la possibilità di introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario, a cui è collegato l'obbligo del voto di lista per la nomina degli amministratori e dei membri del collegio sindacale.

avendo ricoperto nei cinque anni precedenti analoghi incarichi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi (articolo 1, comma 734)<sup>19</sup>.

Va infine ricordato l'articolo 43, comma 2, del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali, che attribuisce ai consiglieri comunali e provinciali il diritto ad avere tutte le notizie e informazioni utili per l'espletamento del loro mandato dagli uffici del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti. La giurisprudenza ha affermato che tale diritto spetta anche nei confronti di quelle società per azioni in cui il comune (o la provincia) detiene una partecipazione di maggioranza<sup>20</sup>.

#### **4.3 Composizione degli organi**

A seguito della legge finanziaria per il 2008 (articolo 3, comma 12), nelle società non quotate controllate direttamente o indirettamente da amministrazioni pubbliche statali:

- a) i componenti degli organi societari devono essere in numero di tre o cinque: tre, se il consiglio era composto al momento dell'entrata in vigore della finanziaria da più di cinque membri, ovvero cinque, se era composto da più di sette membri;
- b) nei consigli di amministrazione o di gestione costituiti da tre componenti, al presidente devono essere attribuite anche le funzioni di amministratore delegato, senza compensi aggiuntivi;
- c) la carica di vice presidente non deve essere prevista ovvero può essere mantenuta senza titolo a compensi aggiuntivi;
- d) la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta deve essere limitata ai casi necessari.

La legge finanziaria per il 2008 vieta anche di nominare, nei consigli di amministrazione e di gestione delle società controllate indirettamente dallo Stato, amministratori della società controllante. Questa regola non vale nel caso in cui agli amministratori della controllante nominati nella controllata siano affidate deleghe gestionali a carattere permanente e continuativo, ovvero laddove la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili particolari competenze tecniche, pur con un limite alla remunerazione complessiva (articolo 1, comma 14).

Anche per le società partecipate totalmente da enti locali e a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti vi è un limite normativo che riguarda il numero dei componenti

---

<sup>19</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza 20 maggio 2008, n. 159 (illustrata nella circolare Assonime n. 48 del 2008) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 734 nella parte in cui esso si riferisce alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano.

<sup>20</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2002, n. 4472.

del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici (articolo 1, comma 729 della finanziaria 2007)<sup>21</sup>.

#### **4.4 Compensi degli amministratori**

La legge finanziaria per il 2008 ha vietato l'attribuzione di gettoni di presenza a favore dei componenti degli organi societari delle società non quotate controllate direttamente o indirettamente da amministrazioni pubbliche statali (articolo 1, comma 12, lett. d).

Varie previsioni limitano, inoltre, l'ammontare dei compensi dei componenti degli organi sociali.

Per i compensi degli amministratori delle società non quotate partecipate in modo totale o prevalente da amministrazioni pubbliche statali, nonché delle società da esse controllate, è stato fissato un tetto massimo al trattamento economico onnicomprensivo costituito dalla retribuzione spettante al primo presidente della Corte di cassazione. Questa previsione può essere derogata solo per motivate esigenze di carattere eccezionale e per un periodo di tempo non superiore a tre anni (articolo 3, comma 44 della legge finanziaria per il 2008). Con il decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito con modifiche dalla legge 2 agosto 2008, n. 129, è stata esclusa l'applicabilità del tetto agli amministratori investiti di particolari cariche.

Vincoli stringenti sono stati inoltre fissati per gli amministratori delle società non quotate partecipate da enti locali (articolo 1, commi 725, 726 e 728 della legge finanziaria per il 2007 e articolo 61, commi 12 e 13 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche dalla legge 6 agosto 2008, n. 133)<sup>22</sup>. La disciplina fa salva la possibilità per la società di prevedere indennità di risultato, ma "solo nel caso di produzione di utili" e in misura non superiore al doppio del trattamento economico onnicomprensivo<sup>23</sup>.

A queste disposizioni si affiancano obblighi di trasparenza sulle remunerazioni (da ultimo, l'articolo 3, comma 44, della legge finanziaria per il 2008).

---

<sup>21</sup> Con la sentenza 20 maggio 2008, n. 159, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che prevedeva l'obbligo per le regioni di adeguarsi alle suddette previsioni in ordine al numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate dalle regioni (articolo 1, comma 730 della finanziaria 2007).

<sup>22</sup> Per le società a totale partecipazione di comuni o province il compenso lordo annuale attribuito al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione non può superare una percentuale delle indennità spettanti, rispettivamente al sindaco e al presidente della provincia. Per le società partecipate da una pluralità di enti locali, la misura massima del compenso va calcolata con riferimento alle indennità spettanti al rappresentante del socio pubblico con la maggior quota di partecipazione. Rispetto alla misura così indicata, nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è inferiore al 50 per cento del capitale, i compensi possono essere elevati nella misura di due punti percentuali per ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali.

<sup>23</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza 20 maggio 2008, n. 159, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell' articolo 1, commi 725, 726 e 728 della legge finanziaria 2007 nella parte in cui essi trovano applicazione agli enti locali delle province autonome di Trento e Bolzano e delle regioni a statuto speciale, nonché l'illegittimità della disposizione che prevede un obbligo per le regioni di adeguarsi alla disciplina dei compensi sopra illustrata relativamente alle società da esse partecipate.

#### **4.5 Controllo contabile della Corte dei conti e responsabilità amministrativa**

La Corte dei conti esercita l'attività di controllo sulla gestione finanziaria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, in attuazione dell'articolo 100 della Costituzione.

In base all'articolo 12 della legge 21 marzo 1958 n. 259, il controllo contabile sulla gestione finanziaria degli enti pubblici cui l'amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisce con apporto al patrimonio in capitale, servizi o beni è esercitato attraverso la presenza di un magistrato della Corte dei conti "che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e revisione". Questo regime consente alla Corte dei conti di riferire annualmente al Parlamento il risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria e di formulare eventuali rilievi al Ministro dell'Economia e al Ministro competente<sup>24</sup>.

La Corte costituzionale ha affermato che questo potere di controllo della Corte dei conti nei confronti degli enti pubblici sussiste anche nelle società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici "fino a quando permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse"<sup>25</sup>.

Più recentemente la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha assoggettato in certe circostanze gli amministratori e i dipendenti delle società a partecipazione pubblica al regime della responsabilità amministrativa tipico delle pubbliche amministrazioni, con la conseguente giurisdizione della Corte dei conti<sup>26</sup>. Tale responsabilità si aggiunge alle responsabilità previste per gli amministratori dal codice civile. Un recente intervento normativo ha escluso la responsabilità amministrativa degli amministratori e dei

<sup>24</sup> Legge n. 259/1958, articoli 7 e 8.

<sup>25</sup> Decisione 28 dicembre 1993, n. 466.

<sup>26</sup> Questo orientamento ha iniziato ad affermarsi nel 2003, quando la Corte di Cassazione ha affermato la competenza della Corte dei conti anche per i fatti commessi dai dipendenti degli enti pubblici economici nello svolgimento di attività imprenditoriali (Corte di Cassazione, sezioni unite, ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667). Nel 2004 la Corte di Cassazione ha dichiarato che la responsabilità amministrativa e la conseguente giurisdizione della Corte dei conti sussistono anche nei confronti degli amministratori di una società per azioni a partecipazione quasi totalitaria di un ente locale, quando tra la società e l'ente locale si stabilisce un rapporto di servizio, "ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo" (Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899). Anche la Corte dei conti si è orientata nel senso di ritenere sussistente la propria giurisdizione per i giudizi di responsabilità amministrativa nei confronti di amministratori e dipendenti di società controllate, anche indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni (Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114 e 5 settembre 2007, n. 448). Il procuratore generale della Corte dei conti, con nota interpretativa del 2 agosto 2007 in materia di denunce di danno erariale, partendo dal presupposto che deve ritenersi pacifica "la sussistenza del potere di cognizione del giudice contabile sulla responsabilità di amministratori o dipendenti per danni causati ad enti pubblici economici ed a società a partecipazione pubblica", ha specificato quali sono i soggetti tenuti agli obblighi di denuncia dei fatti dannosi per il pubblico erario nelle società.



dipendenti di società quotate in cui lo Stato o altre amministrazioni o enti pubblici hanno una partecipazione inferiore al cinquanta per cento (articolo 16 bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito con legge 28 febbraio 2008, n. 31).

#### **4.6 Acquisti, prestazioni professionali e arbitrati**

Alcune norme introdotte dalla legge finanziaria per il 2008 pongono limiti ai comportamenti sul mercato delle società a partecipazione pubblica, in una prospettiva di contenimento della spesa.

Anzitutto, le società non quotate controllate direttamente o indirettamente da amministrazioni pubbliche statali devono adottare, nell'acquisto di beni e servizi, parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni dalla Consip, motivando le ragioni dell'eventuale scostamento da tali parametri (articolo 3, comma 15). Il vincolo si applica solo per l'acquisto di beni e servizi comparabili con quelli per i quali la Consip ha attivato convenzioni quadro. L'adesione alle convenzioni quadro, peraltro, non è obbligatoria: le società possono concludere contratti anche con fornitori diversi da quelli convenzionati, purché rispettino l'obbligo di motivazione nei casi in cui le condizioni di acquisto concordate siano meno vantaggiose rispetto ai parametri Consip. Si tratta quindi di un vincolo di trasparenza.

La legge finanziaria per il 2008 ha inoltre stabilito che le società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica e le loro controllate non possono corrispondere corrispettivi per consulenze o altri rapporti di lavoro autonomo in misura superiore al trattamento economico del primo presidente della Corte di Cassazione. L'applicazione della regola è stata subordinata all'adozione di un decreto del Presidente della Repubblica che disciplinerà nel dettaglio la materia<sup>27</sup>. Il limite ai corrispettivi non si applica alle attività di natura professionale e ai contratti d'opera aventi ad oggetto una prestazione artistica o professionale che consenta di "competere sul mercato in condizioni di effettiva concorrenza" (articolo 3, comma 44). Recentemente la deroga è stata ampliata, così da includere tutti gli emolumenti correlati a prestazioni professionali o contratti d'opera di natura non continuativa.

La legge finanziaria per il 2008 ha anche vietato alle società interamente possedute ovvero partecipate in via maggioritaria da pubbliche amministrazioni o enti pubblici economici di ricorrere ad arbitrati per la risoluzione di controversie inerenti a contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi (articolo 3, commi 19 e 20)<sup>28</sup>.

L'articolo 18 del decreto legge n. 112/2008 ha anche imposto alle società a partecipazione pubblica, totale o di controllo, di adottare criteri e modalità per il

<sup>27</sup> Articolo 4 *quater* del decreto legge n. 97/2008, convertito con modifiche dalla legge n. 129/2008.

<sup>28</sup> L'applicazione di questa regola è stata differita dall'articolo 4 *bis*, comma 12, del decreto legge n. 97/2008.

reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi sulla base dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Sono escluse dal provvedimento le società quotate. E' stato anche previsto un regime più stringente per le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, le quali devono rispettare tutti i principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165/2001, che regola il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni.

## 5. Linee direttrici per un riordino della disciplina

### **5.1 Distinguere il regime giuridico delle "semi-amministrazioni" da quello delle società di mercato**

L'insieme delle società a partecipazione pubblica è molto eterogeneo: esso copre attività economiche di impresa in senso proprio, incluse alcune attività svolte in base a diritti speciali o esclusivi o soggette a obblighi di servizio pubblico; attività strumentali a quelle dell'amministrazione; attività di tipo semi-autoritativo, quale quella dell'Anas nel controllo delle concessioni autostradali o dell'Enav per l'assistenza al volo.

Il riordino del sistema richiede anzitutto di distinguere nettamente tra quei soggetti che, pur aventi forma societaria, sono di fatto parte della pubblica amministrazione e quelli che invece svolgono attività d'impresa sul mercato.

Mentre per i primi soggetti è ragionevole applicare i vincoli e i controlli di natura pubblicistica utilizzati per le pubbliche amministrazioni, per i secondi l'applicazione di regole e vincoli ulteriori rispetto a quelli imposti dal diritto comune deve essere strettamente giustificata in base ai principi comunitari di necessità e proporzionalità per la tutela di un pubblico interesse chiaramente identificato.

Occorre quindi stabilire il confine tra semi-amministrazioni, ossia quei soggetti societari partecipati da enti pubblici per i quali appaia giustificato applicare la disciplina pubblicistica, e società di mercato.

Naturali candidati allo *status* pubblicistico di semi-amministrazione sono le società che soddisfano i requisiti comunitari per l'affidamento *in house*: si tratta infatti di soggetti ai quali è consentito l'affidamento diretto in quanto si ritiene che la prestazione sia riferibile direttamente alla pubblica amministrazione.

Una seconda categoria di soggetti da includere tra le semi-amministrazioni è costituita dalle società a partecipazione pubblica che svolgono funzioni di natura pubblicistica. Questa categoria si sovrappone in parte a quella degli organismi di diritto pubblico, quelli cioè istituiti per "soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale

aventi carattere non industriale o commerciale”<sup>29</sup>, finanziati in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico<sup>30</sup>. Come si è visto, la disciplina vigente già prevede per questi soggetti un’assimilazione alle pubbliche amministrazioni ai fini dell’applicazione delle regole sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Infine, si potrebbero ricondurre nel novero delle semi-amministrazioni le società a partecipazione pubblica che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

Già ora, per le società partecipate dalle amministrazioni regionali e locali “per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività istituzionale di tali enti e per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative” di loro competenza, la disciplina nazionale preclude l’operatività come impresa sul mercato, vietando le prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati, e la partecipazione ad altre società (articolo 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248). La stessa Corte costituzionale, confermando la legittimità di questa disposizione, ha ritenuto giustificata una distinzione tra la disciplina dell’ “attività amministrativa svolta in forma privatistica” tramite società, come quella di cui all’articolo 13 del decreto legge n. 223, e la vera e propria attività d’impresa svolta da enti pubblici tramite lo strumento societario, soggetta alle regole del mercato<sup>31</sup>.

Laddove una società svolga simultaneamente funzioni di natura pubblicistica e attività commerciale, sarebbe opportuno che le due tipologie di attività venissero affidate a soggetti giuridici distinti. Ciò consentirebbe di applicare in maniera più mirata la disciplina delle semi-amministrazioni e quella delle società di mercato in base alla natura del soggetto regolato.

In questo contesto, si dovrebbe valutare l’opportunità di escludere ogni possibilità di utilizzo della forma societaria per lo svolgimento di attività pubblicistiche, privilegiando altri strumenti (ad esempio, quello dell’agenzia). Più in generale, occorre chiedersi se il ricorso a società di diritto singolare non costituisca una soluzione ibrida da abbandonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario.

---

<sup>29</sup>In base alla giurisprudenza comunitaria e nazionale tale requisito può essere soddisfatto anche quando al perseguimento di interessi fondamentali per la collettività si affiancano finalità commerciali in seno a un medesimo soggetto.

<sup>30</sup> Ricadono in questa categoria anche enti e società la cui gestione è sottoposta al controllo di soggetti pubblici, oppure dei quali l’organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri designati in maggioranza dai predetti soggetti.

<sup>31</sup> Corte costituzionale, sentenza 1° agosto 2008, n. 326.

## **5.2 Ruolo del mercato e procedure a evidenza pubblica**

La visione per cui la proprietà pubblica dell'impresa è uno strumento di protezione dei consumatori va superata. In linea con il diritto comunitario questo compito spetta ad altri specifici strumenti: il diritto antitrust, per assicurare che la concorrenza nel mercato non venga distorta; le liberalizzazioni, laddove la concorrenza ancora non c'è; la "concorrenza per il mercato", laddove la concorrenza nel mercato non sia praticabile e l'assegnazione con gara della gestione costituisca la soluzione adeguata; la regolazione, laddove necessario. In generale, va ricordato che le imprese sono tenute a rispettare le norme per la tutela dei consumatori a prescindere dalla natura pubblica o privata della proprietà.

A questa impostazione si collegano le iniziative volte ad introdurre maggiori elementi di mercato nell'erogazione dei servizi pubblici locali. La limitazione degli affidamenti diretti e il ricorso alle gare consente un rapporto più trasparente tra l'azionista pubblico e l'impresa incaricata della gestione nonché, in presenza di chiare regole e controlli, una maggiore efficienza nell'erogazione del servizio a vantaggio degli utenti finali.

Per i servizi pubblici locali sono state di recente introdotte norme volte a limitare l'affidamento diretto ai casi in cui, oltre a rispettare i requisiti comunitari, l'amministrazione dimostri che la gara non sarebbe uno strumento utile ed efficace in ragione delle caratteristiche del mercato di riferimento<sup>32</sup>. L'applicazione di queste regole rafforzate sugli affidamenti *in house* potrebbe essere utilmente estesa anche ai servizi diversi dai servizi pubblici locali<sup>33</sup>.

## **5.3 Obblighi di servizio pubblico**

Un sistema capace di assicurare in modo strutturale il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico delle amministrazioni e l'efficienza gestionale richiede di distinguere nettamente il ruolo dell'amministrazione pubblica in quanto *policy maker* da quello di azionista. In questo senso, in linea anche con i requisiti di trasparenza fissati dal diritto comunitario, ogni obbligo imposto alle imprese per la soddisfazione di obiettivi di politica pubblica o sociale deve essere esplicitato e regolato tramite appositi atti normativi e amministrativi, al di fuori del rapporto di partecipazione al capitale. Ad esempio, se si impongono all'impresa oneri di servizio, i costi devono essere chiaramente identificati ed essere coperti in modo trasparente. Negli atti normativi o amministrativi che prevedono gli obblighi di servizio pubblico potrebbero essere utilmente introdotti meccanismi che inducano l'amministrazione debitrice ad adempiere puntualmente alle proprie prestazioni.

---

<sup>32</sup> Articolo 23 *bis* del decreto legge n. 112/2008, come modificato dalla legge di conversione n. 133/2008.

<sup>33</sup> Le dimensioni economiche dei mercati coinvolti sono rilevanti. Nel settore dei servizi informatici, ad esempio, il fatturato delle principali società partecipate dalle amministrazioni locali supera 815 milioni di euro (fonte Assinform).

#### **5.4 Ruolo e responsabilità dell'azionista pubblico e degli amministratori**

In tutte le società di mercato a partecipazione pubblica, anche in settori diversi dai servizi pubblici, è essenziale precisare da un lato i poteri dell'azionista pubblico, dall'altro le responsabilità gestionali e gli ambiti di autonomia degli amministratori.

Le analisi sulla *corporate governance* delle imprese pubbliche nei paesi Ocse evidenziano che, in presenza di una pluralità di obiettivi potenzialmente contraddittori, la proprietà pubblica delle imprese può portare ai due estremi della passività dell'azionista pubblico o dell'eccessiva interferenza nella gestione. Tali rischi possono essere evitati inducendo l'azionista pubblico a enunciare chiaramente gli obiettivi perseguiti attraverso le società partecipate e a precisare le priorità.

Nel nostro ordinamento le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio del proprio ruolo di azionisti, non possono prescindere dal dettato dell'articolo 2247 del codice civile, per il quale con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica "allo scopo di dividerne gli utili", quindi con l'obiettivo di massimizzare il valore delle partecipazioni. Ciò vale anche nel caso di società unipersonali e, quindi, di partecipazione pubblica totalitaria.

Un tale principio di valorizzazione delle partecipazioni pubbliche trova riscontro nell'ordinamento di altri paesi dell'Ocse, i quali espressamente individuano come obiettivo generale della pubblica amministrazione, nella veste di azionista di società, la creazione di valore<sup>34</sup> e prevedono che altri eventuali obiettivi dell'azionista pubblico, ad esempio di natura strategica, debbano essere espressamente dichiarati.

Nella sua veste di socio l'azionista pubblico può avvalersi unicamente dei poteri che sono riconosciuti all'azionista dal codice civile. Le modalità di svolgimento dell'attività d'impresa possono essere specificate nello statuto di una società partecipata solo nei limiti previsti dall'ordinamento per i soci privati.

Alcune indicazioni sui modi di organizzazione del rapporto tra azionista pubblico e amministratori delle società partecipate sono forniti dalla stessa Ocse nelle "*Linee guida sulla corporate governance delle società a partecipazione pubblica*", approvate dal Consiglio dei ministri degli Stati membri nel 2005<sup>35</sup>.

Al fine di evitare ogni indebita ingerenza dell'azionista pubblico nella gestione ordinaria, l'Ocse suggerisce che l'azionista concordi con gli amministratori chiari obiettivi di

---

<sup>34</sup> In Svezia, ad esempio, "l'obiettivo generale del Governo è la creazione di valore per gli azionisti" (*State Ownership Policy* 2006). In Francia, esso consiste nel "contribuire a una migliore valorizzazione delle azioni dello Stato nelle società pubbliche" (Loi Organique sur les Lois de Finance, 2006). Nel Regno Unito, la formulazione è più articolata: si tratta di "assicurare che le partecipazioni azionarie della pubblica amministrazione producano stabilmente risultati positivi e un rendimento del capitale nel tempo nell'ambito dei parametri di policy, regolazione e soddisfazione dei clienti posti dal Governo, che agisce come un azionista efficace e intelligente".

<sup>35</sup> Le Linee guida non sono giuridicamente vincolanti; gli Stati membri, tuttavia, sono impegnati politicamente a promuoverne l'applicazione.

*performance* per ogni società partecipata, anche avvalendosi di indicatori di gestione operativa e finanziaria. Nel caso della proprietà pubblica totalitaria, può essere opportuna anche l'enunciazione da parte dell'azionista pubblico del mandato e degli obiettivi di lungo termine dell'impresa<sup>36</sup>.

Gli amministratori, quali titolari esclusivi del potere di gestione, dovrebbero essere valutati unicamente in relazione ai risultati nel perseguimento degli obiettivi prefissati. L'azionista dovrà garantire piena autonomia operativa dell'impresa, nonché l'indipendenza del consiglio di amministrazione nell'esercizio dei suoi compiti di sorveglianza sulla gestione.

Accanto agli usuali rendiconti periodici dei risultati, per le imprese che operano in settori non aperti alla concorrenza l'Ocse suggerisce di sviluppare metodi addizionali di valutazione della *performance*, basati su strumenti di *benchmarking* rispetto a imprese pubbliche o private comparabili, nazionali o estere.

Anche nelle società a partecipazione pubblica, come nelle altre società, i componenti dei consigli di amministrazione devono essere resi pienamente responsabili nei confronti degli azionisti, agire nel migliore interesse della società e assicurare la parità di trattamento degli azionisti. L'Ocse auspica la fissazione di modalità di remunerazione dei membri del consiglio di amministrazione tali da favorire l'interesse di lungo periodo della società e da attrarre e motivare professionisti qualificati. Al tempo stesso, suggerisce di predisporre, sotto la responsabilità del Presidente del consiglio di amministrazione, un rapporto annuale sul funzionamento del consiglio, tale da valutarne l'efficacia e consentire all'azionista di rivederne eventualmente le dimensioni, la composizione e la remunerazione dei componenti.

Per valorizzare gli elementi di professionalità nella scelta degli amministratori, può essere opportuno il ricorso a strumenti di selezione analoghi a quelli utilizzati dalle società private, quali i pubblici annunci e gli *head hunter*.

Occorre anche assicurare la trasparenza e la responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche circa il modo in cui esercitano il proprio ruolo di azionista. Il regime vigente in Italia già prevede il controllo della magistratura contabile sui bilanci delle pubbliche amministrazioni, anche in relazione alle partecipazioni societarie da esse detenute, nonché la responsabilità amministrativa per danno erariale in capo all'azionista pubblico. La Corte di Cassazione ha recentemente ritenuto che potesse sussistere la responsabilità amministrativa di un assessore regionale, quale rappresentante dell'azionista pubblico di maggioranza in una società produttrice di latte, il quale aveva imposto alla società indirizzi incompatibili con il perseguimento di

---

<sup>36</sup> Su questo punto, cfr. Oecd (2008), *Implementation Guide to Ensure Accountability and Transparency in State Ownership*, in particolare pag. 20.

un risultato positivo di esercizio e non aveva consentito iniziative volte ad impedire le perdite, in violazione di norme di legge e regolamenti comunitari<sup>37</sup>.

E' inoltre opportuno che l'azionista pubblico renda conto all'organo rappresentativo di riferimento – Parlamento, assemblee regionali o locali – delle scelte effettuate come socio e del loro rapporto con gli obiettivi dichiarati della partecipazione, nonché dell'andamento e dei risultati delle società partecipate, singolarmente e nel loro complesso.

Un possibile strumento per impostare in modo più chiaro i rapporti tra l'azionista pubblico e i responsabili della gestione della società partecipata, rafforzando la trasparenza e l'*accountability* nello svolgimento delle diverse funzioni, è la sottoscrizione da parte degli azionisti pubblici, ai vari livelli di governo, di un "codice di condotta" ispirato ai principi qui delineati. La scadenza del giugno 2009 potrebbe essere posta come termine ultimo per l'adesione al codice di condotta.

Per ottimizzare il sistema di amministrazione e controllo delle maggiori società a partecipazione pubblica non quotate possono essere presi in considerazione anche i principi previsti dal codice di autodisciplina delle società quotate, in particolare riguardo alla nomina degli amministratori. Tali principi sono volti ad assicurare la tutela dell'interesse diffuso dei risparmiatori e ben potrebbero dunque applicarsi, con gli opportuni aggiustamenti, nel caso della proprietà pubblica.

### **5.5 Rimuovere i vincoli sproporzionati all'esercizio dell'attività di impresa**

Nel sistema che si è delineato, il compito di prevenire e, nel caso, sanzionare comportamenti inefficienti dell'azionista pubblico e degli amministratori è affidato ai meccanismi della trasparenza e dell'*accountability*. Seguendo questa impostazione diviene possibile rimuovere quei vincoli che hanno introdotto una disparità di trattamento tra società di mercato in base alla natura pubblica o privata dell'azionariato, irrigidendo le scelte gestionali delle società pubbliche e compromettendone l'efficacia.

Andrebbe anzitutto ripensato il regime di doppia responsabilità, civilistica ed amministrativa, cui sono soggetti gli amministratori di certe società a partecipazione pubblica. La responsabilità amministrativa per chi opera sul mercato, infatti, può disincentivare l'assunzione di rischi che sono ragionevoli in un'ottica di mercato, ma potrebbero essere considerati eccessivi in quella di tutela delle risorse pubbliche tipica della magistratura contabile. Analoghe considerazioni suggeriscono il ripensamento del regime di controllo contabile della Corte dei conti sulle società pubbliche. Conscio di questi problemi, il legislatore ha già escluso la responsabilità amministrativa per le società quotate nelle quali la partecipazione pubblica sia inferiore al 50 per cento del capitale (articolo 16 bis del decreto legge n. 248/2007).

---

<sup>37</sup> Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 5083 del 27 febbraio 2008.

La revisione del sistema qui delineata rende ridondanti i limiti fissati per legge alle remunerazioni degli amministratori, così come regimi normativi che introducono cause di ineleggibilità per gli amministratori diverse da quelle comuni previste dal codice civile.

Appare anche ingiustificato e andrebbe eliminato il diritto di accesso diretto dei consiglieri comunali e provinciali nelle società controllate dagli enti di appartenenza secondo forme e modi diversi da quelli riconosciuti agli altri soci, pratica che si è talora tradotta in interventi pretestuosi e significativi ostacoli alla gestione.

Per il reclutamento del personale nelle società controllate da soggetti pubblici, il richiamo ai principi di pubblicità, imparzialità e trasparenza di cui all'articolo 18 del decreto legge n. 112/2008 è pienamente condivisibile. Viceversa, un eventuale obbligo di assumere seguendo le procedure di selezione previste per le pubbliche amministrazioni appare sproporzionato per le società di mercato. Infatti, i concorsi pubblici comportano un notevole aggravio amministrativo e non necessariamente rispondono alle esigenze di celerità ed efficienza richieste a una società che, tra l'altro, può avere già individuato precisamente il soggetto del cui apporto specifico necessita.

Nel quadro del riordino complessivo del sistema, potrebbero essere mantenute quelle disposizioni che consentono alle società di discostarsi da *standard* prefissati di gestione rispettando chiari obblighi di motivazione – come ad esempio nel caso di scostamento dalle condizioni economiche previste dalle convenzioni Consip. Si tratta infatti sostanzialmente di disposizioni di trasparenza che, pur comportando costi organizzativi, rafforzano i meccanismi di *accountability* senza precludere la possibilità di scelte aziendali diverse.

#### **5.6 Ridurre la presenza delle amministrazioni pubbliche nel capitale delle società**

Come si è visto, in base alla legge finanziaria per il 2008 le partecipazioni pubbliche che riguardano attività non strettamente necessarie rispetto ai compiti delle amministrazioni vanno cedute entro il mese di giugno del 2009. La normativa attualmente non prevede conseguenze in caso di inottemperanza a questa disposizione. E' quindi necessario introdurre meccanismi e incentivi che assicurino l'effettiva attuazione della norma.

#### **5.7 Interventi normativi necessari per realizzare il progetto di riordino**

La realizzazione di questo disegno richiede l'elaborazione di un codice di condotta dell'azionista pubblico, che può essere promosso attraverso un semplice atto di indirizzo politico o una previsione normativa, e la sua sottoscrizione da parte delle amministrazioni pubbliche statali, regionali e locali.



Interventi normativi sono indispensabili per rimuovere i vincoli sulle società di mercato che pongono limiti diretti alla gestione dell'impresa, per sancire l'inapplicabilità alle società di mercato della responsabilità amministrativa e del controllo contabile della Corte dei conti e per limitare gli affidamenti *in house* anche per i servizi diversi dai servizi pubblici locali.