

***Parità di trattamento (principio di eguaglianza) e società pubbliche. Appunti per una ricerca.***

SOMMARIO: 1. *Il continuo susseguirsi di interventi legislativi sulle società pubbliche.* – 2. *Le disparità di trattamento.* – 3. *Le teoriche giustificazioni alla base delle disparità di trattamento.* – 4. *Le censure comunitarie e le concrete (ma poco convincenti) giustificazioni.* – 5. *Prospettive per una ricerca: la possibile normalizzazione.*

*1. Il continuo susseguirsi di interventi legislativi sulle società pubbliche.*

I recenti interventi legislativi in tema di società pubbliche scaturiscono da esigenze contingenti, strumentali (i) ad arginare le ripetute censure comunitarie dovute a limitazioni (se non distorsioni) della concorrenza, (ii) ad evitare elusioni di vincoli tipici dell'organizzazione e dell'attività delle pubbliche amministrazioni, e (iii) a limitare la spesa pubblica a seguito delle pronunce della Corte dei Conti.

Questo legiferare disordinato e, in parte, contraddittorio ha introdotto e continua ad introdurre nell'ordinamento delle deroghe al diritto societario e alle regole del mercato.

In proposito si possono individuare delle norme che: (i) riconoscono al socio pubblico (o, anche, al "pubblico" in generale) dei poteri "speciali"<sup>1</sup> e degli obblighi (anch'essi

---

<sup>1</sup> A tali poteri, in modo non esaustivo, sono riconducibili: (a) la possibile attribuzione al socio pubblico del potere di nomina diretta, ex art. 2449 c.c., -recentemente modificato a seguito di alcune censure comunitarie- dei componenti degli organi sociali in un numero proporzionale alla partecipazione al capitale sociale; (b) i poteri speciali previsti dalla c.d. *golden share* [art. 2, d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modifiche, nella l. 30 luglio 1994, n. 474, più volte modificati e disciplinati nell'esercizio (da ultimo con il DPCM 20 maggio 2010, che ne individua i presupposti per l'esercizio) a seguito di censure comunitarie] a favore del socio (o non socio) pubblico nelle società privatizzate; (c) il meno noto -ma di rilevante incidenza nell'organizzazione societaria- diritto di accesso riservato, dall'art. 43 TUEL, ai consiglieri comunali e provinciali (che non sono soci) di ottenere (secondo prevalente interpretazione giurisprudenziale anche) dalle società partecipate dagli enti di appartenenza «tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato».

“speciali”), che, unitamente ad altre disposizioni, determinano alcune limitazioni all’autonomia privata o delle possibili diminuzioni del valore della partecipazione sociale “subite” anche dal socio privato<sup>2</sup>; (ii) attribuiscono una posizione di vantaggio anticoncorrenziale alle società *in house* nella gestione dei servizi pubblici locali o di altre attività che, pur se oggettivamente commerciali, sono considerate come “strumentali”<sup>3</sup> o “strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali”<sup>4</sup> o che, comunque, producono «servizi di interesse generale» (art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244) e quindi, in quanto tali, non soggette alle regole del mercato in materia di affidamenti; (iv) impongono la dismissione (in tutto o in parte) delle partecipazioni possedute dal socio pubblico<sup>4</sup>; (v) prevedono l’esonero dalla responsabilità da direzione e coordinamento se questa è esercitata dallo Stato<sup>5</sup>.

## 2. *Le disparità di trattamento.*

---

<sup>2</sup> In proposito si possono segnalare: (i) le disposizioni volte ad introdurre delle limitazioni al numero e ai compensi dei componenti degli organi sociali anche per le società miste (art. 1, comma 728, L. 27 dicembre 2006, n. 296 e art. 3, comma 12, l. 24 dicembre 2007, n. 244) e - per il riflesso che potrebbe avere sul valore della partecipazione del privato e, più in generale - della società, (ii) l’obbligo in capo al socio pubblico di dismettere le partecipazioni sociali non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente pubblico (art. 3, comma 29, l. 24 dicembre 2007, n. 244).

<sup>3</sup> Le società c.d. strumentali sono individuate dal c.d. decreto Bersani (art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248) in quelle società «... *a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti ...* ».

<sup>4</sup> L’obbligo di dismissione delle partecipazioni da parte del socio pubblico è “imposto” per quelle partecipazioni che non rientrano tra quelle individuabili come ammissibili sulla base di alcuni e, in parte, contraddittori, interventi legislativi (art. 3, commi 27 ss, l. 24 dicembre 2007, n. 244 ; art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche nella l. 6 agosto 2008, n. 113; art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, convertito con modifiche nella l. 30 luglio 2010, n. 122).

<sup>5</sup> L’art. 19, comma 6, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito nella l. 3 agosto 2009, n. 102, ha stabilito che per enti, ai sensi dell’art. 2497, comma 1, c.c., e quindi ai fini dell’applicazione della disciplina relativa alla responsabilità da direzione e coordinamento, devono intendersi i soggetti collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria.

Al fine di valutare se le disposizioni sopra segnalate possano dar luogo ad una disparità di trattamento occorre individuare la fattispecie nella quale si possa verificare una situazione di disparità di trattamento o di mancato rispetto del principio di eguaglianza.

*In primis* è necessario individuare i soggetti, tra loro collegati, che, quale conseguenza di una loro relazione (o, forse, è meglio: di una loro “comparazione”), diano luogo ad una situazione nella quale si verifichi una qualche disparità, non giustificata da un «criterio di giustizia», che, consentendo di distinguere una disparità giusta da una ingiusta, dovrebbe giustificare, anche sistematicamente, la stessa disparità.

Accanto all’aspetto soggettivo occorrerà individuare anche l’aspetto oggettivo, consistente nella disparità “in che cosa”. Si tratterà quindi di verificare come tra i soggetti individuati, su un particolare o specifico aspetto, riconducibile alla loro “relazione”, sussista una disparità e, in caso positivo, se la stessa sia giustificata da un «criterio di giustizia».

Nel fare ciò, come si avrà modo di evidenziare, si dovrà tener conto della distinzione tra «parità dei diritti» e «parità di trattamento», cioè della distinzione tra la connotazione statica della prima (che riguarda la determinazione iniziale dei diritti attribuiti ai soggetti) e la connotazione dinamica della seconda (che riguarda le modalità attraverso le quali tali soggetti - quali “partecipanti” di un gruppo organizzato o quali soggetti alle regole di mercato- debbano essere trattati in conformità alle posizioni statiche possedute).

In tutto ciò, un aspetto interessante da segnalare è quello rappresentato dal fatto che -a differenza di quanto avviene nelle ricerche in tema di disparità tra soci, nelle quali si tiene conto dei rapporti tra soci o tra organi sociali e soci regolati dal diritto societario- le disparità oggetto del presente *appunto* discendono da delle scelte legislative.

Partendo dall’aspetto soggettivo, dalle disposizioni segnalate paiono emergere delle (oggettive) disparità di trattamento (i) tra socio pubblico e socio privato, (ii) tra società pubblica (destinataria dell’affidamento diretto) e società privata, (iii) tra soci di società pubbliche partecipate da amministrazioni pubbliche locali e soci di società pubbliche partecipate dallo Stato<sup>6</sup>; (iv) tra soci di società pubbliche partecipate da comuni e soci di

---

<sup>6</sup> L’obbligo di dismissione di cui alla nota 2, sub *ii*, riguarda solo le “amministrazioni pubbliche dello Stato” (art. 1, comma 2, d.lgs 30 marzo 2001, n. 165) e non lo Stato.

società pubbliche partecipate da altri enti locali<sup>7</sup>; (v) tra società pubbliche partecipate da comuni in relazione a parametri puramente quantitativi (numero degli abitanti e bilancio in utile negli ultimi tre esercizi)<sup>8</sup>; (vi) tra società pubbliche (potenziali) affidatarie dei servizi pubblici locali e società pubbliche di “autoproduzione” di servizi diversi da quelli “locali”; (vii) tra lo Stato e gli altri soggetti (società o enti) che esercitano attività di direzione e coordinamento.

Tali disparità di trattamento si manifestano sia dal punto di vista statico sia dal punto di vista dinamico.

È evidente che in questa sede non potranno essere trattate tutte le disparità e il loro manifestarsi ma ci si potrà solamente limitare a segnalarne alcune, evidenziando in particolar modo l’aspetto statico e quello dinamico.

I due aspetti sono strettamente collegati, in quanto la diversità di “posizioni” iniziali determina, in linea di massima, anche un trattamento differente nell’aspetto dinamico diretto a preservare la diversità stabilita al momento della attribuzione dei diritti sociali o a quello nel quale si è derogato alle regole del mercato.

L’aspetto statico si manifesta attraverso l’attribuzione o il riconoscimento al socio (o non socio) pubblico dei poteri “speciali” che lo differenziano rispetto al socio privato. Ciò potrà avvenire sia attraverso una regola statutaria (nomina diretta *ex art. 2449 c.c.*) sia attraverso una fonte extra statutaria (*golden share* e diritto d’accesso ). In entrambi i casi si

---

<sup>7</sup> L’obbligo di dismissione e il divieto di assumere partecipazioni in società, di cui alla successiva nota, riguarda solo i comuni e non anche le province.

<sup>8</sup> L’art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modifiche nella l. 30 luglio 2010, n. 122, prevede, infatti, delle limitazioni solo nei confronti di *certi* comuni in relazione al numero di abitanti. Si stabilisce, infatti, che (i) ai comuni con meno di trentamila abitanti è vietata la costituzione di nuove società e si impone la dismissione (entro il 31 dicembre 2011) delle partecipazioni possedute o la liquidazione della società, salvo che si tratti di società costituite, “con partecipazione paritaria” o “proporzionale al numero degli abitanti”, da più comuni la cui popolazione complessiva superi i trentamila abitanti oppure che si tratti di società già costituite che abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi (disposizione introdotta dall’art. 1, comma 117, l. 13 dicembre 2010, n. 220); (ii) ai comuni con popolazione compresa fra i trentamila e i cinquantamila abitanti è, invece, consentito di “detenere la partecipazione di una sola società”, dismettendo tutte le altre (entro il 31 dicembre 2011).

darà luogo ad una deroga al diritto comune attribuendo dei diritti sociali o extrasociali (nuovi o differenti) in relazione alle caratteristiche soggettive (cioè all'essere "pubblico").

È stato sopra evidenziato che, rispetto al diritto societario comune, nel quale le diversità tra soci discendono da una scelta dell'autonomia privata [categorie speciali di azioni (art. 2348, comma 2, c.c.) e particolari diritti (art. 2468, 3 comma 3, c.c.)], le "diversità" a favore del socio (o anche non socio) pubblico hanno la loro fonte nella legge e, in linea di massima, non richiedono una loro apposita previsione statutaria. In taluni casi (art. 2449 c.c.), però, deve essere lo statuto a riconoscere al socio pubblico il diritto speciale.

Un'altra disparità statica è (ancora, almeno in parte, come si vedrà in seguito) quella rappresentata dagli affidamenti *in house* di servizi pubblici a favore di società pubbliche o, più genericamente, dagli affidamenti anche di attività non rientranti tra i servizi pubblici (c.d. autoproduzione) effettuati, a prescindere da una procedura competitiva, a favore di società pubbliche o a partecipazione pubblica<sup>9</sup>.

In questo caso la disparità si manifesta tra società pubblica (o partecipata) e impresa privata, dal momento che alla prima si affida la gestione di un servizio o lo svolgimento di un'attività a condizioni differenti rispetto a quelle di mercato. In tal caso, infatti, tale servizio o tale attività (*ex multis*: trasporto locale, gestione della raccolta rifiuti, gestione aree parcheggio, servizi "strumentali", ecc.) potrà essere esercitato in regime di esclusiva (*rectius*: non liberalizzata), quindi in modo (anche) non competitivo.

Anche in questo caso alla disparità statica seguirà, per preservare e tutelare la stessa, la disparità dinamica, derivante dall'esclusione della gestione di tali attività dalle regole del mercato, in quanto le società affidatarie, oltre a non avere concorrenti, quasi sempre sono finanziate e gestite non secondo i criteri e i canoni tipicamente imprenditoriali ma secondo "logiche" pubbliche(-politiche) che, prescindendo dalle regole di mercato, contribuiscono ad incrementare la disparità che, come evidenziato, dall'aspetto statico iniziale si sposterà a quello dinamico della (non-)competizione nel mercato e della conseguente discriminazione-esclusione dell'impresa privata. Tutto ciò con inevitabili ricadute sui destinatari finali

---

<sup>9</sup> All'interno di tali società pubbliche si può segnalare un'ulteriore disparità dal momento che i criteri per l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali sono più "rigidi" rispetto all'affidamento dell'autoproduzione di servizi che potrebbero essere dati in appalto a terzi ma che, sulla base di una valutazione di ragionevolezza, possono essere affidati *in house*.

dell'attività che non avranno libertà nella “selezione” dei fornitori dei servizi, dovendo necessariamente “scegliere” (*rectius*: non poter scegliere se non) il servizio offerto dalla società pubblica.

Sempre nell'ambito della disparità dinamica è collocabile la disparità di trattamento riconosciuta a favore dello Stato per esonerarlo dalla responsabilità da direzione e coordinamento, la cui disciplina è stata dettata (parrebbe) strumentalmente ad un tentativo, con sospetto di illegittimità costituzionale, di non coinvolgere, in termini di responsabilità, lo Stato in alcune note vicende che hanno riguardato un'importante società pubblica (Alitalia). Anche in questo caso è evidente il tentativo di rafforzare e preservare delle scelte “fuori mercato” effettuate a livello statico (la gestione della “crisi” della società pubblica in questione) -da cui discenderebbe una prima disparità di trattamento rispetto alle altre società in crisi presenti nel mercato- che spostate a livello dinamico (vita sociale e svolgimento dell'attività) necessariamente avrebbero determinato l'applicazione del diritto comune, e quindi la responsabilità *ex art. 2497 c.c.*

Da tutto ciò è evidente come le “disparità” non possano essere considerate in modo isolato -come invece isolati sono gli interventi del legislatore, volti ad arginare situazioni di “emergenza” momentanea- ma debbano necessariamente essere valutate nell'ambito di un ragionamento e di un intervento legislativo (auspicabilmente) più sistematico.

### 3. *Le teoriche giustificazioni alla base delle disparità di trattamento.*

Astrattamente, le giustificazioni, e quindi il «criterio di giustizia», delle segnalate situazioni di oggettiva disuguaglianza a favore del pubblico dovrebbero essere trovate, pur nell'ambito delle peculiarità di ciascuna di esse, proprio nell'*interesse alla società* o *all'attività della società*, cioè in un superiore *interesse pubblico* che, nel caso concreto, dovrebbe essere il presupposto per la deroga al diritto comune o alle regole di mercato<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Anche il diritto comunitario (art. 106 t.f.u.e.) riconosce la possibilità di attribuire a certe imprese (indipendentemente dalla loro proprietà, pubblica o privata) diritti speciali o esclusivi, purchè questo trattamento preferenziale riservato a tali imprese (o sulle stesse, da parte di soci o non soci) sia strettamente necessario al fine del conseguimento di una “specifica missione” relativa alla produzione di servizi di interesse economico generale a loro affidata.

Questo *interesse* che giustifica (o dovrebbe giustificare) la presenza pubblica nell'economia, e quindi, per stare in tema, l'assunzione di partecipazioni sociali o la costituzione di società strumentali al perseguimento dello stesso (*interesse*), in realtà dovrebbe avere come presupposto la constatazione che vi sono iniziative necessarie o utili ai bisogni della collettività il cui costo è bene non sia gravato dal profitto dei privati. Non è escluso, inoltre, che tali attività, proprio per la loro rilevanza sociale, non attirino i privati proprio per la mancanza di una prospettiva di guadagno.

Per queste ragioni, il pubblico, ispirandosi ad un'economia sociale di mercato (rifiuto di un liberismo estremo e rifiuto di un dirigismo economico) –posta dall'art. 3 del Trattato Ue tra gli obiettivi dell'Unione che, come è noto, deve costruire «*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*»- dovrebbe assumersi tutta una serie di compiti, che i mercati non sono in grado di assolvere da soli. Al tempo stesso, però, tale intervento non dovrebbe essere in grado di determinare un potere di direzione pervasiva dei processi economici mediante la partecipazione alla “vita economica” senza il rispetto delle regole della stessa.

Meno giustificabili paiono i diritti speciali attribuiti al pubblico nei confronti delle società privatizzate che esercitano un'attività che, pur se necessaria per i bisogni della collettività, non può certamente essere considerata *solo* di rilevanza sociale e non anche economica-impresoriale. In questo caso i poteri speciali o, più in generale, le deroghe alla disciplina comune sono giustificate, dopo diverse censure comunitarie, in quanto strumentali alla salvaguardia di interessi generali dello Stato in determinati settori (energia, gas naturale, telecomunicazioni, ecc.).

Senza entrare, in questa sede, nel merito delle giustificazioni e sulla loro effettiva sussistenza pare corretto evidenziare che l'utilizzo delle società o, più in generale, di strumenti giuridici strettamente privatistici, da parte del pubblico dovrebbe essere indirizzato al perseguimento delle suddette finalità, e, di conseguenza, anche le disuguaglianze evidenziate dovrebbero essere considerate corrette o anche solo ragionevoli se inserite in tale contesto.

#### 4. *Le censure comunitarie e le concrete (ma poco convincenti) giustificazioni.*

Se in astratto le ragioni e le giustificazioni della presenza del pubblico nell'economia dovrebbero essere quelle sopra evidenziate, va detto che, salvo qualche eccezione, nei recenti

interventi legislativi e nell'applicazione degli stessi, la giustificazione di queste deroghe non sempre è riconducibile al perseguimento dell'interesse pubblico.

Sono infatti sempre più evidenti scelte legislative anticoncorrenziali volte a tutelare situazioni di consolidata presenza nel mercato da parte di alcune società pubbliche che, in alcuni casi, determinano anche un rendimento economico non indifferente per il socio pubblico, dovuto, con molta probabilità, anche al regime di esclusiva mediante il quale l'attività è gestita.

È noto che queste disuguaglianze a favore del socio pubblico o delle società pubbliche rappresentino, a parere della Commissione e della Corte di giustizia, degli ostacoli alle libertà (di stabilimento e di circolazione dei capitali) riconosciute dal Trattato Ue, determinando anche, per talune ipotesi (poteri speciali in capo al socio pubblico), un limite alla contendibilità della società. Le censure comunitarie, come si è evidenziato, hanno riguardato: (i) i poteri speciali riservati al pubblico (nomina diretta degli amministratori, *golden share*) tanto nel loro contenuto quanto nei presupposti per l'esercizio dei relativi poteri; (ii) la sussistenza del "controllo analogo" negli affidamenti *in house*; (iii) la selezione competitiva del socio privato per l'affidamento diretto alle società miste.

Il ragionamento delle Istituzioni comunitarie parte dal presupposto che le società pubbliche e, di conseguenza, le partecipazioni pubbliche, sono soggette al principio di parità di trattamento (artt. 86 e 295 Trattato Ue) e quindi alla neutralità degli assetti proprietari dell'attività economica. Ciò che conta, secondo il legislatore comunitario, è sempre e comunque l'attività (economica) svolta, a prescindere dalla struttura o dall'organizzazione o dalla natura del soggetto che la compie. Questa neutralità deve essere valutata sia per quanto riguarda i rapporti tra imprenditori operanti nel mercato, sia in merito alla contendibilità delle società destinatarie di discipline speciali.

Di conseguenza non si dovrebbero creare degli ostacoli alle libertà comunitarie attraverso l'attribuzione di poteri speciali allo Stato o ad altri enti pubblici (soci ma anche non soci) o attraverso l'affidamento della gestione di attività economiche-imprenditoriali a soggetti formalmente terzi rispetto alle amministrazioni affidanti ma da queste partecipati o controllati.

È bene evidenziare che i problemi di compatibilità con l'ordinamento comunitario non sono una peculiarità della sola legislazione italiana ma riguardano anche le legislazioni di altri

Stati membri che hanno introdotto, solitamente per finalità protettive, alcune previsioni volte ad attribuire allo Stato o a determinati enti pubblici una posizione di garanzia per quanto riguarda il controllo di alcune società (o di alcune attività) ritenute, a torto o a ragione, di rilevanza strategica ed in quanto tali da preservare dal mercato (e dallo «straniero»).

Le censure comunitarie hanno determinato e stanno determinando degli interventi legislativi, in verità alquanto disorganici, volti (i) a ridurre (*rectius*: tentare di ridurre) alcune delle evidenziate “disuguaglianze” e (ii) a giustificarne la sussistenza e l’esercizio dei poteri *ex golden share* (ma non *ex art. 2449 c.c.*, per il quale si è stabilito solamente il criterio della nomina proporzionale alla partecipazione al capitale del socio pubblico) solo in presenza di un *rilevante e imprescindibile motivo di interesse generale* riferibile alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa (DPCM 20 maggio 2010) e (iii) a circoscrivere gli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali a quelle attività non imprenditorialmente interessanti (art. 23-bis, comma 3, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133).

Accanto agli interventi legislativi di recepimento degli orientamenti comunitari vi sono quelli destinati a limitare la spesa pubblica.

In questo caso, a differenza di quanto avviene per le censure comunitarie, non si cerca di ridurre la disuguaglianza tra pubblico e privato ma (addirittura!) si cerca di vincolare (*rectius*: arginare) il “pubblico” attraverso delle disposizioni che (rappresentando delle vere e proprie “prese d’atto” della difficoltà di arginare l’abuso dell’utilizzo delle società pubbliche) introducono: (i) limiti ai compensi degli amministratori, (ii) limiti al numero dei componenti degli organi sociali, (iii) limiti al finanziamento delle società con bilancio in perdita, (iv) limiti all’assunzione di partecipazioni e conseguente obbligo di dismissione, (v) vincoli nell’assunzione del personale (che oltre a contenere la spesa pubblica evita l’aggiramento delle procedure pubblicistiche di assunzione), ecc.

L’elenco degli interventi legislativi strumentali a “limitare”, per varie ragioni, il pubblico potrebbe essere lungo e richiedere un continuo aggiornamento dovuto ad ulteriori prese d’atto di “sprechi” di denaro pubblico e di procedure elusive di discipline pubbliciste. Ciò che invece va evidenziato è che un intervento in tal senso, volto a contenere la spesa pubblica, è certamente lodevole ma solo apparentemente raggiunge il risultato auspicato dal momento che, in alcuni casi, potrebbe contribuire a mettere sempre più “fuori mercato” le società pubbliche e, quasi per assurdo, ad incrementare piuttosto che a ridurre, la spesa

pubblica. Un esempio in tal senso potrebbe essere quello della limitazione dei compensi dei componenti degli organi gestori. Questa disposizione certamente non contribuirà a coinvolgere nella gestione della società dei *manager* con professionalità adeguata, in quanto la limitazione di remunerazione, prevista per la società pubblica, non è concorrenziale rispetto a quella di “mercato”. Da ciò discende che, in linea di massima, le società pubbliche soggette al suddetto limite saranno gestite da amministratori disposti ad “accontentarsi” del compenso imposto, con le conseguenze che tutto ciò determina [non professionalità del gestore, incarichi di consulenza esterni (anch’essi limitati per legge e, quindi, assegnabili solo a professionisti che si “accontentino” di un compenso limitato), inefficienza della gestione, costo del servizio, perdite e loro ripianamento “politico”, ecc.].

La società pubblica, di conseguenza, è “fuori mercato”. Ciò nonostante, per ragioni sicuramente non imprenditoriali, rimane nel mercato (cioè continua a gestire il servizio o l’attività affidatale) contribuendo ad incrementare la diseguaglianza rispetto all’impresa privata che, oltre a non poter beneficiare di salvataggi pubblici, continua ad essere esclusa dalla gestione di quel servizio o di quella attività che, eventualmente, potrebbero essere svolti in modo più efficiente.

##### *5. Prospettive per una ricerca: la possibile normalizzazione.*

Gli evidenziati aspetti negativi della legislazione in materia di società pubbliche non dovrebbero *sic et simpliciter* portare a ritenere sempre e solo negativo l’utilizzo della forma societaria da parte della pubblica amministrazione nell’ambito delle sue funzioni.

Le negatività sono emerse quale conseguenza dell’utilizzo “eccessivo” (se non abusivo). Questa situazione, come si è cercato di evidenziare, è ben presente al legislatore, il quale cerca di arginarla attraverso la previsione di sempre maggiori “limitazioni”, con risultati però non sempre convergenti con quelli auspicati.

È evidente quindi che sia necessario trovare un giusto equilibrio tra pubblico e privato al fine non tanto di limitare o escludere le disuguaglianze evidenziate, ma di ricondurle ad un regime “fisiologico”, limitando le deroghe al diritto comune e al mercato alle situazioni in cui

realmente l'utilizzo della società o la partecipazione pubblica sia effettivamente strumentale al perseguimento dell'*interesse pubblico*<sup>11</sup>.

Tale auspicio non rappresenta una sola speranza utopistica di stampo liberale (o liberista), ma l'inevitabile conseguenza di un percorso segnato dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione Ue, per quanto riguarda le libertà comunitarie, e dalla Corte dei Conti, per quanto riguarda il contenimento della spesa pubblica.

Alcuni recenti provvedimenti normativi [tra i quali, *ex multis*, quello relativo alla dismissione delle partecipazioni sociali detenute dalle amministrazioni pubbliche *non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali* (art. 3, comma 29, l. 24 dicembre 2007, n. 244)] “tentano” di allinearsi al suddetto indirizzo. È bene esprimersi in termini di “tentativo” in quanto in queste disposizioni ancora sono presenti delle “vie di fuga” che consentono, a causa della genericità della testo normativo, all'amministrazione pubblica socio di “aggirare” la limitazione introdotta<sup>12</sup>. In tal modo si rinvia la “limitazione” più restrittiva ad un successivo intervento legislativo indotto dalla giurisprudenza comunitaria o da quella contabile.

Tutto ciò evidenzia la mancanza di una visione sistematica delle società pubbliche e più in generale del ruolo del pubblico nell'economia.

Una visione di sistema consentirebbe, infatti, di tutelare l'interesse pubblico nei confronti di *certe* società o di *certe* attività non sempre e non solo attraverso delle deroghe al diritto comune ma anche mediante l'utilizzo in modo appropriato delle peculiarità proprie del

---

<sup>11</sup> Così, per esempio, pare orientata la nuova disciplina relativa alla gestione dei servizi pubblici (art. 23-bis, comma 3, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133) che prevede l'affidamento *in house* come eccezione e cioè nelle sole ipotesi nelle quali le «peculiarità caratteristiche economiche, sociali, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

<sup>12</sup> Così, per esempio, la previsione dell'eccezione al divieto di assumere partecipazioni sociali e al conseguente obbligo di dismissione, oltre che nei casi di stretta necessità al perseguimento delle finalità istituzionali, anche qualora le società producano «*servizi di interesse generale... o di committenza... a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici*» (art. 3, commi 27 ss., l. 24 dicembre 2007, n. 244). Un'altra “via di fuga” è rappresentata dalle deroghe all'obbligo di dismissione delle partecipazioni possedute dai comuni con meno di 30 mila abitanti relativamente alle società che hanno chiuso in utile gli ultimi tre esercizi.

diritto societario, senza cioè creare delle situazioni “ibride” o “anomale” che, per tutelare presunti interessi pubblici, determinano le disuguaglianze evidenziate e snaturano lo strumento (società) utilizzato, rendendolo più “complicato” del sistema (pubblica amministrazione) dal quale ci si vorrebbe allontanare. L’utilizzo appropriato e consapevole del diritto societario consentirebbe di tutelare gli interessi coinvolti in modo non “temporaneo”, in quanto ciò avverrebbe attraverso delle disposizioni (di diritto comune) che non dovranno essere modificate nel tempo a seguito di censure comunitarie, dal momento che queste ultime (censure) non dovrebbero riguardare le disuguaglianze discendenti da una scelta dell’autonomia privata.

Accanto all’utilizzo del diritto comune si potrebbero, sempre in una prospettiva di normalizzazione, sviluppare forme di partenariato pubblico privato, quali le società miste [incentivate anche dalle Istituzioni comunitarie nel “Libro Verde” (COM, 2004, 327) e da una successiva Comunicazione (2008/C 91/02) quale forma di collaborazione pubblica-privata] attraverso le quali unire la gestione imprenditoriale del privato e le esigenze di “controllo” del pubblico.

Queste eventuali scelte (normalizzazione degli strumenti utilizzati e partenariato pubblico-privato) meritano di essere approfondite e studiate in quanto potrebbero portare anche ad una normalizzazione della disuguaglianza, cioè potrebbero ricondurre la stessa nell’ambito di un giusto (s)bilanciamento tra interessi pubblici e regole di mercato.

Gli appunti, oggetto del *paper*, vorrebbero essere un inizio di un percorso di studi più meditato e più approfondito.