

Società di mercato e quasi- amministrazioni

Marcello Clarich

Relazione al Convegno Assonime – LUISS

**“Le società pubbliche tra Stato e mercato:
alcune proposte di razionalizzazione della disciplina”**

Roma, 13 maggio 2009

1. Premessa*

Negli ultimi anni le società pubbliche sono state oggetto di un rinnovato interesse da parte del legislatore¹. Il Parlamento ha infatti approvato una serie di disposizioni che, perseguendo, come si vedrà, scopi eterogenei, hanno accentuato i profili di specialità della disciplina delle società pubbliche rispetto a quella generale applicabile alle società commerciali e contenuta nel suo nucleo essenziale nel codice civile.

Su questi temi Assonime ha elaborato di recente un rapporto che ripercorre le novità legislative, assume un orientamento critico nei confronti di norme ritenute penalizzanti soprattutto per le società pubbliche che operano in regime di concorrenza con quelle private e propone alcune soluzioni volte a migliorare la *governance* di quest'ultime².

Allo scopo di razionalizzare la galassia delle società pubbliche, che si è accresciuta in modo abnorme per numero e ambiti di intervento, il rapporto Assonime propone anche una distinzione tra società di mercato e cosiddette "semi-amministrazioni", ritenute *"una soluzione ibrida da abbonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario"*.

Nel trattare delle "semi-amministrazioni", il rapporto delinea infatti tre categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività di impresa con scopo lucrativo: il modello delle società *in house* diffuso soprattutto a livello di enti locali e che consente l'affidamento diretto di servizi pubblici, in deroga alle procedure ad evidenza pubblica; le società cui vengono attribuite funzioni pubbliche (per esempio l'Anas o l'Enav); le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative e in particolare le società costituite da amministrazioni regionali e locali, oggetto di una disciplina restrittiva ad opera del cosiddetto decreto Bersani (decreto legge 4 luglio 2003, n. 223 convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248).

*Alla stesura della relazione ha contribuito il dott. Enrico Camilli.

¹ Da ultimo la legge collegata alla Finanziaria per il 2009, approvata in via definitiva dal Parlamento lo scorso maggio, contiene una disposizione (art. 72) in tema di società pubbliche che va a modificare e a integrare, ma sempre nella logica della specialità, le disposizioni in materia introdotte dall'art. 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008).

² Cfr. ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in <http://www.assonime.it>

In realtà, la linea di confine tra società pubbliche assoggettate al diritto comune e “semi-amministrazioni” non si presta a essere stabilita in modo netto. La specialità delle società pubbliche è probabilmente una questione di grado che varia, alla luce del diritto positivo, senza soluzione di continuità, da un minimo a un massimo: da un minimo di specialità o addirittura dall’assenza, nel caso in cui la società sia interamente disciplinata dal diritto comune e soltanto la titolarità delle azioni è riferibile allo Stato o ad altro ente pubblico; a un massimo, nel caso in cui le deroghe al diritto comune siano così estese da rendere predominante lo statuto pubblicistico. Nel mezzo sono rilevabili varie graduazioni, a seconda del tipo di società o della particolare società di diritto singolare (cioè regolata da una legge *ad hoc*)³.

In questa prospettiva, occorre allora chiedersi se e in quale misura l’interesse pubblico sotteso alla loro costituzione possa giustificare deroghe, in taluni casi assai marcate, alla disciplina societaria di diritto comune. A questo riguardo, il recente rapporto dell’OCSE sulla *governance* delle *State Owned Enterprises* (SOE)⁴ suggerisce un criterio che può rappresentare un’utile guida, anche per classificare e valutare gli statuti singolari e le deroghe al diritto comune previste nel nostro ordinamento per le società pubbliche. Il criterio di riferimento dovrebbe essere rappresentato dall’applicabilità alle società pubbliche, in linea di principio, delle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe assolutamente necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici. A ogni deroga, cioè, è richiesta una giustificazione in termini di stretta proporzionalità. Il nostro legislatore, sia nella fase attuale che in passato, non sembra aver seguito questo criterio che invece potrebbe costituire una guida per un eventuale riordino della normativa vigente.

³ Va tenuto presente che le stesse società *in house* costituite dagli enti locali, che non hanno alcuna potestà normativa in grado di introdurre deroghe a fonti legislative primarie, sono in realtà società di diritto comune. In relazione ad esse, infatti, utilizzando tutti gli spazi di autonomia statutaria consentiti, configurando patti parasociali particolari, stipulando convenzioni con gli enti territoriali di riferimento, si riesce a ottenere, come esito finale (e con un giudizio *ex post* sulla base dei criteri posti dalla giurisprudenza comunitaria e amministrativa), che si tratta di strutture assimilabili, al di là della forma giuridica, a uffici interni degli enti di riferimento. Resta fermo peraltro che, in base alle disposizioni legislative più recenti, una volta che una società di diritto comune possa essere qualificata come *in house*, scatta un regime vincolistico derogatorio (applicazione delle procedure concorsuali per le assunzioni e delle procedure a evidenza pubblica per i contratti).

⁴ Cfr. OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, 2005, dove si sottolinea, nelle annotazioni al Cap. 1 “*Ensuring an Effective legal and Regulatory Framework for State-Owned Enterprises*”, che “*When streamlining the legal form of State-Owned Enterprises, governments should base themselves as much as possible on corporate law and avoid creating a specific legal form when this is not absolutely necessary for the objectives of the enterprise*”.

2. Cenni alle origini storiche e alle tipologie della specialità

La specialità delle società pubbliche non è un fenomeno nuovo nel nostro ordinamento. Esso si è manifestato infatti già della fine del XIX secolo e nei primi decenni del secolo scorso.⁵

Basti ricordare la legge 10 agosto 1893 n. 449, che istituì la Banca d'Italia come società anonima di diritto speciale. Frutto dell'aggregazione di banche costituite da capitali totalmente privati⁶, la Banca d'Italia inizialmente svolse la funzione di istituto di emissione. La sua natura imprenditoriale difficilmente poteva essere messa in dubbio: la Banca svolgeva la sua attività di emissione sulla base di una concessione dello Stato⁷, ma esercitava anche la normale attività bancaria, sebbene limitata (ma questo valeva per tutte le banche di emissione) al *numerus clausus* di operazioni elencate all'art. 12 della legge n. 449/1893. La legge tuttavia prescriveva una disciplina singolare con una definizione *ex lege* del capitale sociale (art. 1 comma 2) e la sottoposizione dello statuto all'obbligo di approvazione con decreto reale. L'equilibrio tra natura privatistica dell'ente e connotazione pubblicistica delle attività svolte venne definitivamente spostato a favore della seconda nel ventennio fascista, fino alla pubblicizzazione proprietaria operata dalla legge bancaria del 1936 (ovvero il regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141).

Negli anni Venti del secolo scorso vennero istituite numerose società di diritto speciale (ATI, azienda tabacchi italiana, EIAR, Ente Italiano per le Audizioni Radiofoniche) e tra esse anche l'AGIP, sulla quale sorse una diatriba tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in ordine alla natura giuridica pubblica o privata. La legge bancaria del 1936, nel definire le varie tipologie di aziende di credito, individuò accanto a quella composta da enti pubblici in senso proprio (cashe di risparmio e istituti di credito di diritto pubblico), la categoria delle banche d'interesse nazionale, aventi natura privatistica, ma assoggettate a regole speciali.

⁵ Per una ricostruzione anche storica dell'esperienza dell'impresa pubblica con un quadro completo dei modelli legislativi di società singolari cfr. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007. In generale sull'impresa pubblica, cfr., di recente, F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997. Fondamentale resta il volume di C. IBBA, *Le società "legal"*, Torino, 1992; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. delle società*, 2006, pag. 1000 e seg.

⁶ La Banca Nazionale del Regno, la Banca Nazionale Toscana e la Banca Toscana di Credito per le Industrie e il Commercio d'Italia.

⁷ Peraltro fino al regio decreto legge 6 maggio 1926 n. 812 non in esclusiva, in quanto anche il Banco di Sicilia ed il Banco di Napoli erano titolari di concessione.

In anni più recenti si può ricordare, tra i tanti esempi di società singolari (RIBS, GEPI, RAI), l'Agecontrol Spa in relazione alla quale il legislatore chiarisce che si tratta di una società per azioni con "*personalità giuridica di diritto pubblico*" (art. 18, comma 9, legge 22 dicembre 1984, n. 887).

Meno frequente è invece rinvenire profili di specialità nel caso di imprese divenute pubbliche in seguito a operazioni di salvataggio operate soprattutto in seguito alla crisi degli anni Trenta del secolo scorso.

Anzi, con il riordino del sistema delle partecipazioni statali in seguito all'istituzione degli enti pubblici economici con funzione di *holding* (IRI, ENI, EFIM) e del Ministero delle partecipazioni statali, la distinzione tra diritto comune e diritto pubblico venne tracciata in modo più netto. Infatti, il momento pubblicistico involgeva essenzialmente il rapporto tra i ministeri di settore (e i comitati interministeriali, quali il CIPE e il CIPI) e gli enti di gestione delle partecipazioni statali che trovava il suo momento di formalizzazione negli atti di indirizzo (e direttive). Quest'ultimi trovavano esecuzione da parte dalle *holding* pubbliche esclusivamente attraverso l'esercizio del diritto di voto nelle società direttamente o indirettamente partecipate. Non a caso venne utilizzata per gli enti di gestione delle partecipazioni statali l'espressione atecnica di "enti-cerniera", che creavano cioè un collegamento tra gli *input* politici, nelle forme del diritto pubblico, e l'attività di impresa esercitata da società di diritto comune.

Quanto ai tipi di specialità ricavabili dal complesso della legislazione recente e meno recente, sembra emergere una dicotomia.

Da un lato è possibile raggruppare le disposizioni che disciplinano il comportamento dello Stato nella sua veste di azionista, ad esempio subordinando l'esercizio dei relativi poteri in sede di assemblea a preve deliberazioni amministrative, spesso frutto di intese fra diverse amministrazioni, oppure prevedendo divieti o limiti alla cedibilità delle azioni. La formazione della volontà e gli altri vincoli imposti dalla legge allo Stato azionista possono avvenire con modalità e sequenze procedurali pubblicistiche marcatamente diverse da quelle dell'azionista privato, ma esse non sembrano di per sé inconciliabili con il diritto comune, cioè con l'esercizio dell'attività di impresa da parte della società, perché in un certo senso si pongono "a monte" di quest'ultima.

Così, per prendere in esame alcune delle disposizioni legislative recenti, l'obbligo di introdurre modifiche statutarie che riducono il numero dei componenti del consiglio di amministrazione, crea un obbligo di *facere* in capo all'azionista pubblico⁸, ma non

⁸ Per esempio, l'art. 3, comma 12, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) pone per le amministrazioni pubbliche statali, che detengono, direttamente o indirettamente, il controllo di società,

opera di per sé una deroga al diritto comune applicabile alla società. Anche in questo caso, in definitiva, il diritto pubblico si ferma alla soglia dell'assemblea societaria.

D'altronde, a ben considerare, anche il fenomeno delle *holding* private può condurre, su basi squisitamente privatistiche, a una disciplina e a una procedimentalizzazione interne delle modalità di gestione delle partecipazioni azionarie della capogruppo.

Questo tipo di deroghe al diritto comune possono appesantire o vincolare l'attività di chi esercita i diritti dell'azionista e si prestano a essere valutate soprattutto in termini di opportunità o di inopportunità, ma, a stretto rigore, possono essere considerate compatibili con il modello societario generale.

Dall'altro lato è possibile raggruppare i profili di specialità che incidono direttamente sullo statuto della società e che coinvolgono la sua capacità di operare. Si pensi, per esempio, alla definizione *ex lege* del capitale sociale, che predefinisce dal punto di vista quantitativo la dimensione della società. Oppure ai vincoli legislativi sulla composizione azionaria. Oppure ancora alla predeterminazione normativa della *corporate governance*, oppure alla predeterminazione *ex lege* dell'oggetto sociale, che pone vincoli all'operatività della società ed al suo adattamento. Si pensi ancora al potere di direttiva attribuito al ministro vigilante o al potere di approvare modifiche statutarie o anche i principali atti di gestione⁹. Molti statuti legali delle società pubbliche offrono numerosi esempi di deroghe al diritto comune incidenti sulla struttura della persona giuridica, piuttosto che sull'azione dello stato azionista¹⁰.

In queste ipotesi la deviazione dal modello societario è più grave, perché gli elementi decisivi che regolano la futura attività dell'ente, le sue modalità di adempiere alla missione attribuita, non passano più attraverso il filtro assembleare e le decisioni del consiglio di amministrazione, ma discendono direttamente da norme di rango legislativo.

In questa prospettiva, anche l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità erariale operato in via giurisprudenziale dalla Corte dei Conti a carico degli amministratori e alti

l'obbligo di introdurre negli statuti una serie di modifiche relative al numero massimo dei componenti degli organi societari, prevedendo anche la soppressione della carica di vice presidente e altre limitazioni all'erogazione di compensi.

⁹ Per alcuni esempi e per una critica alla previsione di un potere di direttiva, cfr. G. NAPOLITANO, *op. cit.*, pag. 1009 e seg.

¹⁰ Per una casistica più completa delle deroghe cfr. P. PIZZA, *op. cit.*, pag. 24 e seg.

dirigenti delle società pubbliche e avallato indirettamente in un intervento legislativo recente¹¹, va considerato come un elemento di specialità del secondo tipo.

Nell'introduzione di deroghe al diritto comune nelle leggi più recenti si nota, rispetto al passato, allorché le deroghe erano riferite per lo più a società a statuto singolare, una nuova tendenza: i tratti di specialità tendono a generalizzarsi per macrocategorie di società pubbliche (per esempio, società non quotate, società costituite da Regioni o enti locali, società a controllo totalitario o maggioritario, società che gestiscono servizi pubblici o che svolgono attività pubbliche strumentali all'esercizio di funzioni pubbliche). Questi tratti si aggiungono a quelli eventualmente già presenti nello statuto singolare della singola società.

Prima di procedere all'esame della legislazione più recente in materia di società pubbliche, conviene precisare che vincoli speciali possono essere imposti, oltre che per legge, anche con atti sub-legislativi (atti di concessione, contratti di servizio, ecc.), cui spesso la norma primaria affida il compito di definire le norme di funzionamento della società. Questi tipi di atti possono prevedere poteri di vigilanza e di controllo incisivi o imporre una serie di obblighi stringenti ai fini del corretto adempimento del rapporto pubblicistico.

3. Le tendenze legislative recenti

Se si dà uno sguardo all'insieme delle disposizioni legislative in materia di società pubbliche approvate negli ultimi anni, sembrano emergere tre direttrici e finalità principali.

Una prima direttrice riguarda una serie di deroghe al diritto comune e di limiti all'operatività della società che sembrano perseguire una finalità, per così dire, di "moralizzazione" del fenomeno che cioè risentono di una ventata populistica contro le varie forme di spreco nelle pubbliche amministrazioni e nelle cariche di tipo politico¹².

Si cerca, dunque, di arginare l'utilizzo dello strumento societario, soprattutto, ma non solo, in ambito locale, dove la proliferazione delle società pubbliche assume una

¹¹ Ci si riferisce all'art. 16-bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 che ha escluso questa forma di responsabilità solo per le società con azioni quotate con partecipazione pubblica inferiore al 50%.

¹² Basti ricordare il volume anche aneddótico, divenuto un vero bestseller, di G.A STELLA-S. RIZZO, *La casta. Così i politici italiano sono diventati intoccabili*, Milano, 2007. Ma già in precedenza cfr. il volume ben documentato e con un impianto ricostruttivo più solido, di S. SALVI-M.VILLONE, *Il costo della democrazia*, Milano, 2005, nel quale si denuncia, tra l'altro, l'abuso dell'utilizzo delle società miste a capitale pubblico e privato da parte degli enti locali (pag. 104 e seg.).

dimensione imponente (4874 società secondo i dati di Unioncamere riferiti al 2005). Si spiegano in questa logica, per esempio, i limiti alla composizione degli organi sociali delle società locali¹³ ed al livello dei compensi¹⁴, ma anche l'imposizione del divieto di ricorrere ad arbitrati¹⁵.

Ci si potrebbe chiedere perché queste forme di "moralizzazione" richiedano addirittura il ricorso allo strumento legislativo, mentre analoghi risultati potrebbero essere conseguiti con un comportamento più responsabile e attento dell'azionista pubblico. Disposizioni legislative così vincolistiche denotano anzi una sfiducia soprattutto nei confronti delle amministrazioni locali e si pongono in controtendenza con il riconoscimento a questi enti di maggiori ambiti di autonomia anche in attuazione dei principi costituzionali (art. 114, comma 2, Cost.). D'altro canto se l'autonomia viene usata in modo percepito come poco virtuoso, in assenza di reazioni efficaci che si manifestino a livello locale¹⁶, diventa quasi inevitabile ripristinare un regime di divieti e prescrizioni rigide imposto a livello centrale.

Una seconda linea direttrice che connota la legislazione recente riguarda profili di specialità "generale" introdotti con finalità "antielusive" dei vincoli che caratterizzano in generale l'organizzazione e l'attività degli enti pubblici. Questi interventi rappresentano una risposta del legislatore al ricorso alle società pubbliche anche per lo svolgimento di attività strumentali alla funzione pubblica che potrebbero essere gestite all'interno delle amministrazioni, principalmente allo scopo di sottrarsi allo statuto giuridico pubblicistico (soprattutto in tema di assunzioni del personale e di applicazione di procedura ad evidenza pubblica). Del resto, già all'inizio del secolo scorso, per inquadrare il fenomeno dell'esplosione degli enti pubblici e di altre amministrazioni parallele agli apparati ministeriali tradizionali e sottratte a molti vincoli e rigidità imposti a quest'ultimi, si era parlato di "fuga dallo Stato"¹⁷.

Tra gli esempi più significativi di questo tipo disposizioni si può ricordare l'art. 18 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito con la legge 6 agosto 2008, n. 133. L'articolo in questione, al comma 1, estende alle società che gestiscono servizi pubblici locali con proprietà pubblica totalitaria l'applicabilità dei principi concorsuali in materia

¹³ Art. 1, comma 729, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007).

¹⁴ Art. 3, comma 44, l. 244/07 (Finanziaria 2008) peraltro ancora sospeso con il decreto legge 3 giugno 2008, n. 97 ed in attesa del regolamento attuativo.

¹⁵ Art. 3, comma 20, l. 244/07 (Finanziaria 2008).

¹⁶ Usualmente predomina nella nostra società civile, per ragioni storiche e culturali che rendono per molti aspetti arretrato il nostro Paese, un atteggiamento di disinteresse o di rassegnazione che agevola comportamenti poco virtuosi da parte della classe politica.

¹⁷ Per un'analisi storica dell'espansione delle amministrazioni parallele in periodo giolittiano cfr. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, pag. 191 e seg.

di reclutamento del personale contenuti all'art. 35 del d.lgs 30 marzo 2001 n. 165 (Testo Unico sul pubblico impiego). Inoltre, per le altre società sotto il controllo pubblico (non solo quelle locali), il comma 2 prevede l'applicabilità dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità.

La terza direttrice di deroghe legislative allo statuto societario si riferisce a una serie di disposizioni atte a limitare le distorsioni concorrenziali che potrebbero derivare dalla presenza delle società pubbliche nel mercato.

Vanno segnalate in particolare le disposizioni che tendono a restringere i campi di operatività delle società.

L'art. 13 del c.d. Decreto Bersani del 2006 già citato (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge n. 248/2006) prevede che esse debbano operare esclusivamente a favore degli enti partecipanti, costituenti o affidanti. Esse non possono partecipare a procedure di gara bandite da altre amministrazioni e acquisire partecipazioni in altre società o enti. La norma ha un ambito di applicazione più vasto del solo fenomeno dell'*in house*, in quanto si applica sia alle società a capitale pubblico totalitario che alle società miste (che quindi, in base alla giurisprudenza comunitaria, potrebbero ottenere affidamenti solo mediante procedure concorsuali).

L'ampiezza del divieto è mitigata dall'esclusione soggettiva delle società di gestione dei servizi pubblici locali, per le quali anche il più recente d.l. 112/08 ha mantenuto una disciplina meno penalizzante, limitando l'attività *extra moenia* solo per le società pubbliche, non quotate, che godono di un affidamento diretto.

L'effettività dei divieti introdotti dal decreto Bersani è accresciuta dalla sanzione prevista in caso di violazione. La violazione non comporta infatti soltanto l'illegittimità dell'eventuale affidamento *extra moenia*¹⁸, ma anche la nullità dei contratti.

Il decreto Bersani ha superato il vaglio della Corte Costituzionale che con le sentenze n. 326 del 2008 e n. 148 del 2009 ha respinto i ricorsi proposti da varie Regioni volti a censurare una violazione della competenza legislativa regionale. La Corte ha sottolineato la finalità di promozione della concorrenza del decreto e ha accertato la proporzionalità dei vincoli in esso contenuti rispetto a questo fine.

Il fine di tutela della concorrenza e del mercato è enunciato anche dall'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) che introduce un divieto

¹⁸ Conseguenza che invece dovrebbe caratterizzare la violazione del divieto contenuto all'art. 23bis, comma 9 del d.l. 112/08 convertito con l. 133/08, in materia di servizi pubblici locali.

generalizzato per le pubbliche amministrazioni di costituire società “*aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*”. Le delibere in materia di assunzione o di mantenimento delle partecipazioni devono essere motivate con riguardo specifico al principio di rigida proporzionalità così introdotto (comma 28). Entro 18 mesi dall'entrata in vigore della legge le amministrazioni sono tenute a cedere le partecipazioni vietate¹⁹.

Queste disposizioni denotano un atteggiamento del legislatore italiano di sfavore nei confronti dell'impresa pubblica che va ben oltre quanto richiesto dal diritto comunitario, che invece assume un atteggiamento di completa neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese. Ciò che conta per il diritto comunitario è soltanto che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati (art. 86 del Trattato CE).

I principi comunitari della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (art. 43 e 56 del Trattato CE), anch'essi strumentali all'apertura dei mercati alla concorrenza, hanno portato, in un moto di direzione contraria, a eliminare alcuni elementi di specialità di alcune grandi imprese pubbliche (Eni, Telecom, Enel, Finmeccanica). Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (Sez. III, 26 marzo 2009 in causa C-326/07) che ha accertato l'illegittimità comunitaria dell'art. 2, comma 1, del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474, che ha previsto, per le società controllate dallo Stato e operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri servizi pubblici, una serie di diritti speciali (la cosiddetta *golden share* all'italiana) da recepire negli statuti. Questi diritti consentono al ministro dell'Economia e delle Finanze di opporsi, in particolare, all'assunzione di partecipazioni oltre la soglia del 5%, sulla base di criteri stabiliti con il D.p.c.m. 10 giugno 2004, che secondo la Corte, attribuiscono alle autorità italiana “*un potere discrezionale sproporzionato*”.

4. Spunti conclusivi

In conclusione, l'attenzione del legislatore nazionale nei confronti delle società pubbliche ha portato ad accentuare la loro specialità portando a differenziazioni di

¹⁹ Il termine è stato ora prorogato, *more italico*, di altri 18 mesi dall'art. 71 del collegato alla legge finanziaria per il 2009 già citato.

regime tra macrocategorie di imprese pubbliche (quotate o non quotate, statali o locali, a controllo pubblico totalitario o misto, ecc.).

Queste nuove specialità si aggiungono alle vecchie specialità derivanti soprattutto dalle leggi singolari che disciplinano una particolare società, anche in concomitanza con la privatizzazione formale di enti pubblici.

In questo quadro la stessa linea di confine tra pubblico e privato diventa ancor più incerta. E ciò anche perché la giurisprudenza costituzionale, amministrativa e civile ha recuperato, a prescindere da ogni qualificazione legislativa, la figura della società per azioni avente personalità giuridica di diritto pubblico²⁰.

In realtà, come si è accennato, la specialità è una questione di grado e oltre un certo limite le semi-amministrazioni, per riprendere l'espressione utilizzata dal rapporto Assonime, diventano in realtà amministrazioni in senso proprio che applicano anche il codice civile. In fondo, le differenze tra la vecchia figura dell'ente pubblico economico, che, al di là degli aspetti organizzativi, agiva in regime di diritto privato, e certi tipi di società pubbliche sembrano davvero minime²¹.

A questo punto, considerata la varietà, l'estensione e anche le diverse giustificazioni poste alla base delle deroghe al diritto comune e ai vincoli cui sono sottoposte le imprese pubbliche, sarebbe auspicabile che il legislatore nazionale avvii un processo di riordino. In particolare potrebbe essere opportuna l'approvazione di una legge di delega finalizzata a operare una revisione generale, sulla base di un criterio di rigida proporzionalità al quale fa riferimento il rapporto dell'OCSE prima citato, della congerie di disposizioni legislative vigenti. In particolare, sarebbe utile un riesame organico dei profili di specialità rispetto al diritto comune, da un lato, confermando soltanto quelli realmente funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico; dall'altro, rimettendo al normale potere dell'azionista pubblico la definizione di assetti organizzativi e di indirizzi operativi della singola società coerenti con le ragioni che, a monte, giustificano la stessa presenza del capitale pubblico nella società.

²⁰ Per un quadro sull'evoluzione giurisprudenziale più recente, cfr. P. PIZZA, *op. cit.*, 379 e seg.

²¹ Si veda, ad esempio, la disciplina dell'ANAS. Precedentemente alla trasformazione in Spa, l'art. 1 comma 2 del d.lgs 26 febbraio 1994, n. 143 già stabiliva che l'attività dell'ente "è disciplinata, salvo che non sia disposto diversamente dalla legge, dal codice civile e dalle altre leggi relative alle persone giuridiche private". Il decreto legge 8 luglio 2002, n. 138 convertito in legge 8 agosto 2002, n. 178, nel privatizzare l'ente, introduce numerose deroghe al diritto societario e altri tipi di vincoli ed obblighi da precisare nell'atto di concessione.

Negli ultimi tempi il Parlamento ha approvato disposizioni recanti rubriche come “Taglia-enti”, “Taglia-oneri” e persino “Taglia-carta” (legge n. 133/2008). Forse anche una disposizione generale “Taglia-specialità” sarebbe altrettanto salutare.