

Le imprese pubbliche soffocano o soccorrono il mercato?

In una fase di crisi economica, ha senso ridurre il peso dell'intervento pubblico o l'Italia rischia di avviare in ritardo un processo che, a questo punto, può rivelarsi inefficace? La principale responsabilità del legislatore, oggi, è quella di diminuire la spesa pubblica o di migliorarne la qualità?

È più corretto riportare le imprese pubbliche al mercato o liberare il mercato dalle imprese pubbliche? Qual è il punto di equilibrio tra autonomia organizzativa, interesse pubblico, benessere dei cittadini e tutela del mercato?

La presenza di una pubblica amministrazione nel capitale di una società ne trasforma la natura giuridica o, al contrario, a dover essere neutralizzato è il carattere pubblico del socio? Una società pubblica deve funzionare come un'impresa o come un ente pubblico? Qual è il confine tra autonomia dell'impresa e diritto alla conoscenza da parte dei cittadini?

Il volume mette insieme alcuni degli estensori del nuovo Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica e dei principali studiosi della materia, per una riflessione non convenzionale sull'attualità dello strumento dell'impresa pubblica alla luce degli assetti dell'organizzazione amministrativa e dei nuovi bisogni della collettività. A emergere è una trama frastagliata; la fotografia di un processo in continua trasformazione e che impone un attento e costante lavoro di implementazione e "manutenzione".

Harald Bonura, avvocato, formatore, con rilevanti esperienze di management in enti pubblici e imprese, pubbliche e private, non ha mai smesso di studiare e trattare i temi dell'organizzazione amministrativa. Ha coordinato il gruppo di lavoro che ha curato la redazione dello schema di Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Angelo Rughetti, avvocato, a lungo ai vertici dell'Associazione nazionale dei comuni italiani e con importanti esperienze amministrative, oggi è sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio-Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione e collabora con diverse testate giornalistiche. È uno dei più sensibili osservatori della realtà amministrativa italiana e internazionale.



L'IMPRESA PUBBLICA IN ITALIA E I SERVIZI PER I CITTADINI

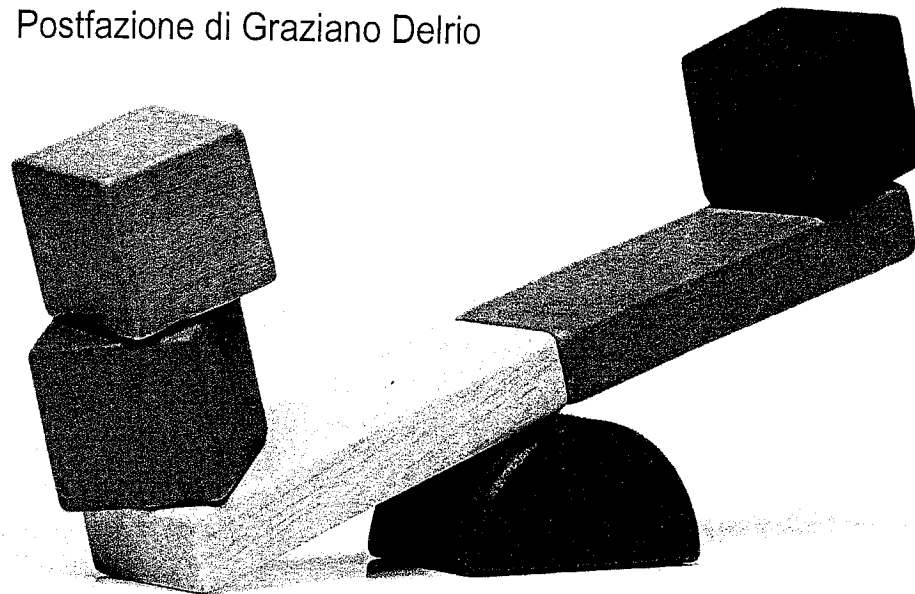
Riflessioni su mercato, società pubbliche
e pubblica amministrazione dopo la legge Madia

Scritti di H. Bonura, R. Cantone, M. Clarich, G. Fonderico,
F. Guerrera, M. Libertini, A. Manzione, B.G. Mattarella,
A. Rughetti

A cura di Harald Bonura e Angelo Rughetti

Introduzione di Marianna Madia

Postfazione di Graziano Delrio



*Il Testo unico
sulle società a partecipazione pubblica
tra diritto pubblico dell'economia
e diritto della crisi*

di Marcello Clarich*

1. Il contesto

Per inquadrare il tema delle società partecipate dalla prospettiva del diritto pubblico dell'economia nell'epoca della crisi economica e finanziaria in atto, conviene partire da un dato. Nel periodo dal 2007 al 2014 essa ha determinato una caduta del prodotto interno lordo italiano del 9,1% e il crollo degli investimenti del 30% con effetti pesanti in termini di riduzione del tenore della vita per ampie fasce della popolazione e di accrescimento del divario tra classi sociali¹. Il nostro Paese ha dunque continuato lungo la strada del declino relativo, imboccata ormai da molti anni.

* Ordinario di Diritto Amministrativo, Luiss "Guido Carli" di Roma.

¹ Cfr. A. Macchiati, *Perché l'Italia cresce poco*, Bologna, 2016, p. 15. Quanto al tenore della vita basti pensare che vent'anni fa un italiano guadagnava mediamente in un anno 1.500 dollari meno di un tedesco, mentre nel 2014 la differenza è di quasi diecimila dollari. Anche rispetto alla Spagna la differenza a favore dell'Italia si è ridotta nell'arco temporale da 5.000 a 1.700 dollari. Secondo lo storico dell'economia Giovanni Toniolo, la crisi recente è stata per l'Italia, a differenza di gran parte dei paesi europei e degli Stati Uniti, addirittura più grave di quella degli anni '30 del secolo scorso: cfr. G. Toniolo, *Le due crisi nel mondo: un breve confronto*, Relazione al Convegno su "La società italiana e le grandi crisi economiche 1929-1936" svoltosi all'Università degli Studi di Roma – La Sapienza il 26-28 novembre 2016 in occasione dei 90 anni dell'Istat, in corso di pubblicazione.

C'è chi sostiene addirittura che anche a livello globale lo scenario più probabile sia quello della "stagnazione secolare"², dovuta a vari fattori macroeconomici e microeconomici.

Per contrastare questo tipo di prospettiva, gradita forse solo ai fautori della decrescita felice³, ci si interroga su quali possono essere gli strumenti da mettere in campo.

A questo riguardo gli economisti sottolineano che ai fini della crescita economica fondamentale è anche l'assetto istituzionale.

Promuovono infatti lo sviluppo economico gli ordinamenti di tipo "inclusivo", dotati di istituzioni politiche e giuridiche aperte e responsabili⁴, che permettono la diffusione della conoscenza e delle innovazioni. Lo frenano invece gli ordinamenti di tipo "estrattivo", fondati su modelli politici sociali chiusi, autoritari, che non applicano la *Rule of law*, che sfruttano le risorse senza redistribuirle⁵.

In Italia è stata sottolineata la necessità di rafforzare le istituzioni, a partire dall'architettura costituzionale, di ammodernare il sistema giuridico, di investire in conoscenza⁶.

Per uscire dalla crisi occorre dunque introdurre riforme strutturali, sollecitate a più riprese dall'Unione europea nell'ambito delle procedure e delle verifiche introdotte dal Fiscal Compact. In par-

² Cfr. L. Summers, *U.S., Economic Prospects: secular stagnation, hysteresis and the Zero Lower Bound*, in *Business Economy*, 2014, n. 49; *The age of secular stagnation*, in *Foreign affairs*, marzo/aprile, 2016. Criticano questa ipotesi A. Giunta, S. Rossi, *Che cosa sa fare l'Italia – La nostra economia dopo la grande crisi*, Bari, 2017, p. 121.

³ Sulla decrescita felice, attorno alla quale si è aggregato un movimento di pensiero, c'è un'ampia letteratura: cfr., per esempio, S. Latouche, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, 2008.

⁴ Cfr., in particolare, D. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1990 per il quale le istituzioni, in senso generalissimo, "are the rules of the game in a society or, more formally, are humanly devised constraints that shape human interaction" (p. 3).

⁵ J.A. Robinson, D. Acemoglu, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, New York, Crown Business, 2012 che attingono a numerosi esempi storici e datano lo sviluppo delle istituzioni inclusive a partire dalla gloriosa rivoluzione inglese di fine Seicento.

⁶ Cfr. I. Visco, *Investire in conoscenza – Crescita economica e competenze per il XXI secolo*, Bologna, 2014; A. Giunta, S. Rossi, *Che cosa sa fare l'Italia – La nostra economia dopo la crisi*, Bari, 2017, p. 149 e seg. che individuano tra "i fattori abilitanti" l'ordinamento giuridico e il sistema educativo.

ticolare occorre aprire i mercati alla concorrenza, contenere il *deficit* di bilancio e rendere più efficienti le pubbliche amministrazioni.

Queste ultime, ove ben funzionanti, hanno infatti un ruolo essenziale per garantire il rispetto delle regole, tutelare gli interessi pubblici in presenza di "fallimenti del mercato", promuovere la realizzazione di infrastrutture e l'erogazione alla collettività di servizi di buon livello⁷.

In questo contesto si colloca anche il riassetto delle società partecipate operata dal Testo unico sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs 19 agosto 2016, n. 175, modificato con d.lgs 16 giugno 2017, n. 100). Il Testo unico costituisce uno degli esiti principali del processo di riforma della pubblica amministrazione avviato dalla legge Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124) con l'obiettivo di semplificare i procedimenti amministrativi, di riordinare gli apparati centrali dello Stato, di riformare i servizi pubblici locali, di ridurre la spesa pubblica, di accrescere complessivamente l'efficienza del sistema pubblico.

2. Il piano Cottarelli

L'antecedente immediato del d.lgs n. 175/2016 è costituito dal "Programma di razionalizzazione delle partecipazioni locali" elaborato nel 2014 dal Commissario straordinario per la revisione della spesa, Carlo Cottarelli, in attuazione dell'art. 23 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66⁸.

Molto chiari sono gli obiettivi: efficientare il sistema, semplificandolo attraverso una riduzione del numero delle partecipate (idealmente da 8.000 a 1.000, secondo la dichiarazione di intenti del Presidente del Consiglio dei ministri); promuovere aggregazioni che comportino economie di scala; migliorare la trasparenza

⁷ Cfr. F. Fukuyama, *The origins of political order*, New York, 2011; F. Fukuyama, *Political order and political decay*, London, 2014, p. 52 ss. dove viene sottolineata l'importanza della presenza in uno Stato di apparati burocratici di qualità elevate e si ricorda l'esperienza dello Stato prussiano.

⁸ Il rapporto del 7 agosto 2014, reperibile agevolmente su internet, è stato predisposto da un gruppo di lavoro composto da economisti e giuristi, e durante l'elaborazione dello stesso si sono tenuti incontri con l'ANCI e con altre associazioni delle società partecipate locali.

in modo da favorire una maggior pressione da parte dell'opinione pubblica; ridurre i costi di amministrazione.

Più in generale l'obiettivo è circoscrivere il perimetro delle società partecipate consentendo ad esse soltanto lo svolgimento di attività strettamente collegate con i compiti istituzionali degli enti locali. È stato scartato l'approccio alternativo, peraltro compatibile con il diritto europeo che ha un atteggiamento di neutralità riguardo la proprietà pubblica o privata delle imprese, di consentire alle società partecipate di svolgere qualsiasi attività anche in concorrenza con società private, alla sola condizione che agiscano in modo efficiente e senza ricevere un supporto da parte del settore pubblico. Secondo il piano Cottarelli, infatti, *“la mera profittabilità di una azienda pubblica non ne giustifica l'esistenza”*.

Il rischio è infatti quello di turbare il corretto funzionamento del mercato e di generare passività per la collettività con modalità non trasparenti, di onerare le amministrazioni di compiti gravosi di monitoraggio assorbendo risorse che potrebbero essere impiegate nell'adempimento dei loro compiti istituzionali. Va evitato in definitiva di consentire alle società partecipate *“di produrre beni e servizi che il settore privato può offrire”*.

Del resto, che un intervento normativo volto a riordinare il settore fosse necessario emerge con chiarezza dai dati contenuti nel Rapporto che contiene una fotografia della situazione esistente (numero di società suddivise per tipologie, numero di dipendenti, tipologie di attività, perdite accumulate).

Ne deriva un quadro di inefficienze dovute essenzialmente a tre fattori: perdite di esercizio palesi che nel 2012 ammontavano a 1.200 milioni, accumulate in gran parte (quasi la metà) dalle prime 20 società per volume d'affari, operanti soprattutto nel settore dei trasporti pubblici locali; perdite non palesi finanziate da contratti di servizio e da trasferimenti in conto corrente e conto capitale che nel 2012 ammontavano a 16.500 milioni, parte dei quali destinati a compensare inefficienze di gestione; costi pagati direttamente dai cittadini sotto forma di tariffe, per esempio nel settore dei rifiuti.

Le stime dei possibili risparmi derivanti da una riforma che preveda la dismissione delle partecipate (da 8.000 a 1.000) si collocano intorno ai 300 milioni annui, ai quali vanno aggiunti i risparmi derivanti dall'eliminazione delle perdite croniche di molte società (circa 600 milioni), dai programmi di risanamento (circa

200-300 milioni) e dalla riduzione dei trasferimenti di risorse applicando un sistema di costi standard. Complessivamente, il Rapporto non considera irrealistica una stima di risparmi di almeno 2-3 miliardi l'anno.

3. Il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica

Il d.lgs n. 175/2016 segue l'impostazione generale del Rapporto, anzitutto circoscrivendo la capacità giuridica delle amministrazioni pubbliche nell'acquisire e detenere partecipazioni in società, tramite l'enunciazione di due stringenti criteri cumulativi: un criterio soggettivo che vieta le partecipazioni “non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali”; un criterio oggettivo sotto forma di un elenco tassativo di attività svolte dalle società partecipate, che include principalmente i servizi di interesse generale e le società di autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente (art. 4).

In applicazione di questi due criteri, ai quali si aggiungono parametri quantitativi minimi ad applicazione automatica (numero di dipendenti, fatturato, perdite di esercizio ecc., elencati nell'art. 20), i piani di ristrutturazione dovrebbero ridurre in modo molto consistente la presenza nel mercato delle società a partecipazione pubblica.

Ciò con due effetti “liberatori”. Da un lato, se è vero che gran parte delle partecipate soffrono di inefficienze, come argomenta il Rapporto, ridurre il loro numero comporta di per sé un risparmio di risorse a carico della collettività. Dall'altro, si aprono spazi di mercato a società in mano interamente privata, spostando in definitiva i confini tra Stato e mercato, che nei decenni passati (specie prima delle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione degli anni '90 del secolo scorso) includevano ambiti nei quali non erano rilevabili situazioni di fallimento del mercato tali da giustificare la presenza della mano pubblica.

Ma l'aspetto strategico più importante del Testo unico riguarda, non tanto le disposizioni che hanno per destinatari diretti le società partecipate (talune contenenti deroghe al codice civile), ma quelle, prevalenti sul piano quantitativo, che pongono una disciplina pubblicistica dello Stato azionista.

Infatti, il problema principale delle società partecipate, anche

di quelle che sopravviveranno alla “cura dimagrante” imposta già in occasione della prima attuazione del programma di revisione straordinaria delle partecipazioni (art. 24), è quello di far sì che lo Stato azionista (cioè tutte le pubbliche amministrazioni titolari di azioni) non sia un proprietario distratto, incapace di rilevare e di incidere su situazioni di inefficienza o di altre patologie aziendali che possono tradursi in perdite durevoli.

La cronica tolleranza nei confronti di inefficienze interne alle pubbliche amministrazioni, contro la quale si è combattuto negli anni passati con riforme amministrative che hanno prodotto miglioramenti non significativi, vale anche per la gestione delle partecipazioni.

Le pubbliche amministrazioni non hanno cioè gli stessi incentivi che hanno gli azionisti privati, che rischiano direttamente capitali propri immessi nella società e che comunque si attendono rendimenti (in termini di ROE) in linea con quelli di mercato, anche in considerazione di opportunità alternative di investimento.

Per le pubbliche amministrazioni, infatti, il rischio delle perdite e il costo delle inefficienze si scarica in ultima analisi sulla collettività. Inoltre, gli organi decisionali, in particolare i consigli comunali competenti in materia di partecipazioni societarie⁹, non hanno le stesse caratteristiche strutturali dei corrispondenti organi di imprese o di *holding private* che gestiscono le proprie partecipazioni. Mentre questi ultimi tendono ad assumere le proprie determinazioni in base a valutazioni prettamente economiche e finanziarie, i primi tendono a essere condizionati anche da altri tipi di valutazioni legate a interessi sociali e a incentivi quali, in particolare, la crescita del consenso elettorale.

In carenza di incentivi interni adeguati e anche spesso di professionalità adeguate, il d.lgs n. 175/2016 introduce una serie di regole pubblicistiche relative alle determinazioni assunte dalle pubbliche amministrazioni in relazione alle partecipazioni azionarie.

Esse sono di più tipi. In primo luogo, il Testo unico impone obblighi procedurali (per esempio la consultazione pubblica sugli schemi di atti deliberativi) e motivazionali analitici sulla convenienza economica e sulla possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impiegate (art. 5).

⁹ Cfr. art. 42, comma 2, lett. e) del d.lgs 18 agosto 2000, n. 267.

In secondo luogo, le delibere devono essere trasmesse alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato organismi dotati di poteri di intervento nel caso in cui rilevino criticità (art. 5, comma 3). In particolare, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato potrebbe attivare il potere, richiamato espressamente dalla disposizione, di proporre ricorso innanzi al giudice amministrativo, previa diffida all'ente rimasta senza seguito, contro le determinazioni che violano le regole della concorrenza¹⁰. È previsto anche un primo embrione di vigilanza e monitoraggio, a cura di una nuova unità istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze, con il compito di fornire orientamenti e indicazioni sulla corretta applicazione delle nuove norme e di promuovere le migliori pratiche (art. 15).

In terzo luogo, il Testo unico sottopone l'azionista pubblico, specie nel caso di società controllate, a obblighi comportamentali in sede di partecipazione alle assemblee sociali, per esempio l'obbligo di inserire negli statuti clausole che limitino il numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione, che vietino l'istituzione di organi non previsti dalle norme generali o la corresponsione di gettoni di presenza e di trattamenti di fine mandato (art. 11, comma 8). L'azionista pubblico è obbligato anche a effettuare accantonamenti in un fondo vincolato di importo pari al risultato negativo delle società partecipate (*pro quota*) non ripianato immediatamente (art. 21, comma 1).

In quarto luogo, responsabilizza i rappresentanti degli enti pubblici partecipanti prevedendo una fattispecie tipizzata di danno erariale riferito ai casi nei quali “nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione” (art. 12, comma 2).

In quinto luogo, quasi come sanzione per non aver provveduto a redigere il piano ricognitivo straordinario delle partecipazioni o ad alienare le partecipazioni in attuazione di esso nei termini previsti, scatta in capo al socio pubblico il divieto di esercitare i diritti sociali nei confronti della società (art. 24, comma 5).

¹⁰ Si tratta dei poteri attribuiti dall'art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

4. Cenni conclusivi

Il Testo unico sulle società a partecipazione segna una nuova fase nella lunga storia dell'impresa pubblica in Italia. È una fase che risente della crisi economica e finanziaria che ha colpito in modo particolarmente grave il nostro Paese a partire dal 2008, ma che ha origini più lontane.

La ripresa della crescita economica richiederà uno sforzo enorme, anche in considerazione delle difficoltà ad ammodernare il nostro sistema istituzionale, a partire dalla Costituzione. Lo dimostra l'esito negativo del recente tentativo di riforma del bicameralismo paritario e della ripartizione delle competenze legislative statali e regionali che non ha superato il test referendario di fine 2016. Lo dimostrano anche le difficoltà incontrate dalla riforma Madia che, sia per resistenze palesi e meno palesi, sia per effetto di una sentenza della Corte costituzionale, è stata attuata solo in parte¹¹.

L'ispirazione, quasi di matrice ordoliberal, del d.lgs n. 175/2016 è che lo Stato deve ridurre la sua presenza diretta e indiretta nel mercato attraverso la riduzione delle partecipazioni societarie al minimo indispensabile. E comunque, nell'esercitare i propri diritti di azionista, deve attenersi, in linea di principio – e fatte salve le deroghe concesse dal diritto europeo per le società incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale in relazione agli obiettivi di interesse pubblico¹² – agli stessi criteri dell'azionista e investitore privato di mercato.

Questa impostazione potrebbe apparire in parte in controtendenza rispetto a un diritto pubblico dell'economia che nella fase più acuta della crisi economica globale ha riscoperto molti strumenti di intervento e ha fatto emergere l'esigenza di una mano più "visibile" dello Stato almeno come controllore e regolatore dei mercati. Essa può apparire addirittura "punitiva" e dettata da sfiducia nello Stato azionista.

¹¹ Cfr. sentenza n. 251 del 2016 che ha censurato la legge n. 124/2015 per aver violato le competenze legislative regionali costituzionalmente garantite, non avendo previsto un più pieno coinvolgimento delle Regioni nel processo riformatore.

¹² Cfr. l'art. 106, comma 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che sottopone le imprese in questione alle regole della concorrenza, ma solo "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

In realtà, anche a prescindere dal perdurare della crisi economica, gli abusi negli anni passati dello strumento della società pubblica utilizzato per finalità elusive di norme pubblicistiche o per ragioni clientelari, più volte stigmatizzati nella saggistica recente¹³, giustificano una riforma con intenti anche di moralizzazione, che finisce però per colpire inevitabilmente anche realtà virtuose.

Bisognerebbe sperare che a questa fase ne possa seguire, in un futuro non troppo remoto, un'altra nella quale lo Stato azionista sappia comportarsi in modo virtuoso grazie a stimoli e incentivi interni, senza necessità di lacci e laccioli pubblicistici in larga parte sconosciuti in altri ordinamenti.

¹³ Cfr. per tutti R. Perotti, *Status quo – perché in Italia è così difficile cambiare le cose (e come cominciare a farlo)*, Milano, 2016, p. 131 ss. per considerazioni sulle società a partecipazione pubblica.