**Il Testo Unico sulle Società Pubbliche**

**Convegno 27.2.2016 - Relatore Avv.to Domenico Iaria**

**Sintesi**

Il mondo delle società a partecipazione pubblica in Italia è assai vasto e variegato.

Sotto l’aspetto quantitativo non sappiamo esattamente quante sono: le rilevazioni del Ministero del Tesoro e dell’ISTAT oscillano tra n. 7.300 e n. 11.000; si avrebbe un totale di partecipazioni degli enti pubblici che oscilla tra i 24.000 e i 36.000 pacchetti di partecipazione; si calcola, altresì, che ci lavorino 977.000 dipendenti e che le perdite lorde delle società partecipate ammontino a 1.300 milioni di euro.

Da un punto di vista qualitativo si tratta di un fenomeno disomogeneo. Da una prima classificazione risulterebbe che il 23% svolge servizi pubblici a rilevanza economica, il 42 % servizi privi di rilevanza economica, il 13 % servizi strumentali e il 22% sarebbero invece società di libero mercato (imprese pubbliche in senso stretto).

La classificazione può essere fatta con criteri diversi: le società pubbliche si possono distinguere in base al criterio del cd. “controllo analogo” (società in house, che svolgono pubblici servizi senza gara perché non c’è esternalizzazione, con partecipazione pubblica totalitaria); in base alla partecipazione pubblica al capitale (totalmente pubblico, a capitale maggioritario, a capitale minoritario); in base al fatto che siano o meno quotate. Ci sono poi società pubbliche che svolgono una funzione pubblica, che della società-impresa non hanno nulla, quali sono quelle costituite per attuare determinate politiche industriali (es. Fondo strategico). Ancora, si distinguono le società che svolgono servizi pubblici (in un rapporto concessorio trilaterale P.A./società/utenti); quelle che erogano servizi solo a favore dei soci pubblici (società strumentali); quelle pubbliche solo per il capitale (società di libero mercato); e infne le società miste (con socio privato che deve essere scelto con gara a doppio oggetto).

Non abbiamo una normativa organica che regoli questo complesso e variegato fenomeno; quella esistente è molto frammentata e per lo più diretta al contenimento della spesa pubblica, ovvero all’eliminazione e riduzione di queste società. In ogni caso la partecipazione pubblica è stata sempre considerata – in generale - come “neutra”, ovvero come elemento che non connota la società e la relativa disciplina.

In questo quadro composito il Governo sta tentando di razionalizzare il sistema con un Testo Unico delle Società a partecipazione pubblica, redatto in attuazione di una delle dieci deleghe della legge Madia n. 124/2015. Ad oggi il T.U. è stato approvato dal Consiglio dei Ministri ed all’esame delle Commissioni parlamentari; dovrà poi essere acquisito il parere del Consiglio di Stato, indi dovrà tornare per l’approvazione. Nella “bozza” il Governo ha operato delle scelte di fondo, *in primis* prevedendo che il T.U. si applica a tutte le società a partecipazione pubblica, salve le distinzioni e deroghe contenute in singole norme per specifiche tipologie di società, come indicato all’art. 18 della legge delega.

Questi i principi essenziali espressi dal Governo nel T.U. delle società a partecipazione pubblica.

- CAMPO DI APPLICAZIONE: la regola base fissata nel T.U. è che le società pubbliche sono soggette alle norme del codice civile, salvo per quanto previsto in deroga dal T.U. Per le società pubbliche quotate che operano sul mercato la regola è inversa: si applica sempre il codice civile, mentre del T.U. si applicano solo quelle specifiche norme espressamente estese a questa tipologia di società. Per le società pubbliche che operano sul libero mercato non quotate vale invece la regola base.

- FINALITA’: (1) efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, (2) tutela e promozione della concorrenza e del mercato, (3) razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica. Questo terzo obbiettivo si traduce nella volontà politica di ridurle e/o eliminarle, in quanto fonte del debito pubblico. Il Governo si è preoccupato soprattutto di questo aspetto: l’obbiettivo dichiarato è di “ammazzarne” il più possibile e in quest’ottica vanno interpretate le varie norme.

- ESONERO (art. 6): le società pubbliche di libero mercato per potersi sottrarre al T.U. devono ottenere l’esonero. In sostanza per poter restare sul libero mercato devono presentare istanza motivata, su cui si pronuncia il Ministero; il complesso procedimento si conclude con deliberazione che potrà essere di accoglimento totale o parziale (esonero dall’applicazione solo di alcune disposizioni) o di rigetto. Il che significa che quel 22% rappresentato dalle società pubbliche di libero mercato, appena entrerà in vigore il T.U. dovrà presentare questa istanza avviando altrettanti procedimenti (rispetto ai dati premessi si potrebbero avere due o tre mila domande di esonero). Ci si chiede come debbano comportarsi queste società nella pendenza dei procedimenti, tenuto conto che potrebbero anche non ottenere l’esonero o addirittura essere soppresse (ad es. la Centrale del latte che deve operare sul libero mercato, se deve fare acquisti o assunzioni può seguire le norme del diritto civile, ma se poi non viene esonerata cosa succede al personale?). Nella pendenza di questi procedimenti, in difficoltà si troveranno soprattutto i terzi che operano con quelle società pubbliche “ibride”, difficilmente classificabili, che rischiano di vedersi negato l’esonero ovvero di essere soppresse.

- FORMA GIURIDICA: sono ammesse solo S.P.A. o S.R.L., limite questo che appare in contrasto con il diritto comunitario in cui vi è libertà di forma.

- OGGETTO (art. 4): non c’è libertà di oggetto, potendo le società pubbliche svolgere solo le attività elencate in questa norma (produrre servizi di interesse generale, opere pubbliche, attività di beni e servizi in chiave strumentale, servizi di committenza, ecc). La possibilità per la società pubblica di svolgere attività di impresa (produzione di beni e servizi sul mercato) è ristretta alla necessità di ottimizzare e valorizzare il proprio asset. Il tutto in deroga al generale divieto imposto al primo comma in base al quale non possono essere costituite o mantenute società a partecipazione pubblica per la produzione di beni e servizi se non si tratta di attività strettamente necessarie all’interesse pubblico (altrimenti vanno dismesse). Dalla norma si ricava l’assoluto disvalore con cui il Governo considera il fenomeno. L’idea è che l’Amministrazione debba svolgere la funzione pubblica, non debba fare l’imprenditore. E’ stata in sostanza codificata la regola secondo cui lo Stato interviene nell’economia solo in forma sussidiaria. Ne consegue che le società pubbliche di libero mercato, nel momento in cui chiederanno l’esonero al Governo potrebbero essere eliminate perché non sono coerenti con l’art. 4; potrebbero sopravvivere solo se dimostrano che ne deriverebbe una perdita sotto il profilo della possibilità di utilizzo di beni immobili già esistenti (es. comuni proprietari di aree in cui hanno realizzato discariche per lo smaltimento non solo di rifiuti urbani, ma anche di rifiuti speciali, che dimostrano che sono i proventi di quest’ultima attività che assicurano la sostenibilità finanziaria della società).

- COSTITUZIONE (artt. 5 e 6): queste disposizioni regolano il complesso procedimento per la costituzione delle società a partecipazione pubblica. L’idea di fondo è che per mantenere o costituire una società pubblica gli enti, oltre a motivare sull’interesse pubblico, devono dimostrare di poter realizzare gli obbiettivi; in sostanza devono presentare un piano finanziario che comprovi la sostenibilità economica dell’operazione. Il “guardiano” cui è affidato il controllo è la Corte dei Conti; superato il vaglio della Corte dei Conti la delibera costitutiva viene sottoposta all’AGICOM, che ha anche potere di impugnativa della delibera.

- SCELTA’ DEL SOCIO PRIVATO: resta la regola della gara a doppio oggetto (si sceglie contemporaneamente il socio privato e il progetto che questo propone per l’erogazione del servizio); deve essere un partner effettivo e a tal fine si prevede che debba partecipare per una quota minima del 30% (sino ad un massimo del 49 %, tenuto conto che la partecipazione pubblica deve essere almeno del 51%).

- ORGANI (art. 11): la regola è quella dell’Amministratore Unico, sul presupposto che costi meno. I rischi sono quelli che derivano dal mettere un uomo solo al comando (fiduciario del Sindaco di turno) per scelte che il confronto con i consiglieri renderebbe più controllate e sicure.

- RESPONSABILITA’ dei titolari degli organi: l’annoso conflitto tra Corte dei Conti e Corte di Cassazione è stato definito da quest’ultima (cfr. sentenze n. 26806/09 e n. 26803/13) nei termini che possono essere così semplificati: considerato che la società ha un patrimonio separato rispetto ai soci, del danno alla società, anche se pubblica, decide il giudice ordinario secondo le regole del codice civile. Il problema è che il socio pubblico (Sindaco) può non far valere la responsabilità dell’amministratore che ha nominato, creando così una sorta di impunità. Alla Corte dei Conti la Corte di Cassazione ha quindi lasciato uno spazio, limitando il campo riservato al suo controllo ai seguenti casi: (a) quando è il socio pubblico che fa valere un danno arrecato all’Ente pubblico (non alla società), con riferimento soprattutto al danno all’immagine; (b) quando si fa valere la responsabilità del socio pubblico che non ha fatto causa agli amministratori (comportamento omissivo); (c) in ogni caso alla Corte dei Conti è riservato il controllo sugli amministratori delle società in house “pure” e sugli amministratori delle società concessionarie di un pubblico servizio.

Il T.U. ha recepito e codificato l’indirizzo della Corte di Cassazione, risolvendo il conflitto di giurisdizioni a favore del giudice ordinario, avanti al quale si promuovono le azioni civili di responsabilità degli amministratori; alla Corte dei Conti residua solo il danno erariale (inteso come danno patrimoniale e non patrimoniale direttamente subito dagli enti partecipanti).

- FALLIMENTO: si sono sviluppati orientamenti diversi sulla possibilità delle società pubbliche di essere sottoposte alle procedure concorsuali (concordato e fallimento) della L.F.; fino al 2013 la tesi dominante era nel senso che la società pubblica in crisi finanziaria poteva fallire salvo che per le società in house. La soluzione del T.U. è che le società pubbliche sono soggette alle disposizioni relative al fallimento e al concordato preventivo.

- GESTIONE DEL PERSONALE (art. 19): sino ad oggi si è ritenuto che le società pubbliche sono soggette al diritto del lavoro privato, salvo che per le assunzioni, per le quali è necessario il concorso. Il T.U. consolida questa regola del diritto privato, salva la deroga prevista per il reclutamento, che segue i principi di trasparenza, imparzialità e concorsualità. Resta però il problema di stabilire se alle società a partecipazione pubblica si applichi o meno la disciplina privatistica per quanto attiene alla mobilità (secondo l’avv.to Iaria non dovrebbe applicarsi), ovvero al regime della somministrazione; dubbio è poi se dopo i 36 mesi scatti o meno il principio della conversione del rapporto da determinato a indeterminato.