

## Tra pubblico e privato: un confine da rinvenire

di Giustino Lo Conte

Deve essere accolto con favore il profondo processo di modernizzazione che ha investito la pubblica amministrazione nel corso degli ultimi anni e che ha avuto come fine, tra l'altro, quello di non far perdere la fiducia dei cittadini nelle stesse istituzioni dello Stato. In particolare, di notevole interesse è l'abbandono di logiche gerarchiche e il ricorso, sempre più frequente, da parte del legislatore, a istituti e strumenti mutuati dal diritto privato anche per il perseguimento di fini di interesse generale. Il significato di questa scelta è sintetizzabile nel fatto che i modelli privatistici sono ritenuti in grado di assicurare e di far conseguire maggiori livelli di efficienza e di qualità all'azione amministrativa, come dimostrato dall'utilizzo del modello societario di diritto comune, ad esempio per la valorizzazione, gestione e alienazione del patrimonio pubblico nonché per l'esercizio di funzioni di finanziamento delle infrastrutture e delle grandi opere pubbliche.

Recenti interventi legislativi hanno eliminato parzialmente i profili di problematicità che da sempre hanno accompagnato le società di proprietà pubblica, ossia quelle caratterizzate da un assoggettamento a controllo pubblico, e che hanno portato su fronti opposti dottrina e giurisprudenza: quest'ultima, in particolare, in alcune ultime decisioni le ha qualificate in una prospettiva pubblicistica, evidenziando che gli enti in mano pubblica, ancorché disciplinati dal diritto formale delle società, vanno annoverati nel diritto sostanziale della pubblica amministrazione con tutte le ovvie conseguenze, come la persistenza, in capo agli organi di rappresentanza, degli obblighi di trasparenza – da intendersi come completezza e chiarezza delle informazioni a disposizione del pubblico – e di pubblicità delle decisioni assunte, a pena di assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in tutti i casi in cui vengano poste in essere scelte e decisioni inerenti il patrimonio. Infatti, la giurisprudenza ha precisato che una società di capitali a totale partecipazione pubblica è privata esclusivamente per la forma giuridica assunta, mentre sul piano sostanziale essa è assimilabile ad un ente pubblico tenuto conto che continua a presentare un'essenza di tipo pubblicistico.

È in quest'ottica che si inseriva, ad esempio, anche l'emanazione della Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 marzo 2007 riguardante le nuove disposizioni previste dall'art. 1, comma 593, della legge n. 296 del 2006 (finanziaria 2007) in tema di retribuzione spettante ai dirigenti delle pubbliche amministrazioni. Nell'ambito soggettivo di applicazione della citata Direttiva, sono state infatti incluse, oltre evidentemente allo Stato e agli enti pubblici, anche le società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa:

*Giustino Lo Conte si è laureato in Giurisprudenza presso l'Università di Siena, dove attualmente è assistente del professor Andrea Monorchio per le cattedre di Contabilità di Stato e degli enti pubblici e di Economia delle aziende e delle amministrazioni pubbliche. È autore di saggi e articoli in materia di finanza pubblica.*

tali società sono state inserite nell'ambito soggettivo della pubblica amministrazione e quindi sono tenute al rispetto degli obblighi di trasparenza e pubblicità.

L'indicata prospettiva ricostruttiva, per quanto suggestiva, non poteva essere condivisa (e per tale ragione è stata opportunamente superata) considerato che non si può invocare l'esigenza di trasparenza, che pure deve caratterizzare ogni forma di gestione dei beni di proprietà pubblica, per giustificare la responsabilità amministrativa per amministratori e dipendenti delle società in mano pubblica; l'adozione di un tale approccio oggettivo da un lato comporta infatti l'estensione di una giurisdizione specializzata quale è quella della Corte dei conti anche a soggetti privati che si trovano a qualsiasi titolo inseriti nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione per lo svolgimento di attività amministrative in senso stretto e, dall'altro, suggerisce due brevi riflessioni.

La prima è che, pur consapevoli della difficoltà di ricondurre ad un unico genus la nozione di società di proprietà pubblica, stante un panorama variegato e molto frammentato per tipo di attività e per grado di dipendenza della finanza pubblica, non può non evidenziarsi che le società per azioni non possono che avere natura privatistica e che comunque tali enti non sono tenuti al rispetto dei principi e delle regole dettate in materia di contabilità pubblica. Anzi, si deve sottolineare come tali organismi svolgono di norma la loro attività nelle forme del diritto privato e che comunque nei loro confronti viene già attualmente esercitato un controllo in via indiretta dalla Corte dei conti attraverso la presenza di un magistrato alle riunioni dei consigli di amministrazione come previsto per le società risultanti dalla trasformazione *ex lege* degli enti pubblici.

Inoltre, se ciò non bastasse, l'esame approfondito delle diverse società di proprietà dello Stato conduce ad un dato paradossale: restano escluse dal controllo della giurisdizione contabile alcune di esse che pure sono state costituite in virtù di un'apposita disposizione di legge, che hanno una partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria e che sono proposte allo svolgimento di pubbliche funzioni, mentre, al contrario, altre sono assoggettate alla Corte dei conti nonostante la partecipazione pubblica di minoranza e il ricevimento di modesti contributi statali.

In secondo luogo, da un'analisi comparata con altri paesi europei ne discende che in nessun ordinamento vi è la previsione di una qualche forma di responsabilità amministrativa in capo agli amministratori delle società di proprietà pubblica e degli enti pubblici economici.

In conclusione, se in materia di responsabilità conseguente a violazione di norme civilistiche l'ordinamento ha attribuito la giurisdizione al giudice ordinario, non vi è fondato motivo per derogare a questa regola nei confronti delle società pubbliche. Semmai, sia consentito avanzare un'ipotesi: appare opportuno invitare le amministrazioni a fare ricorso a soggetti esterni all'apparato istituzionale, e più precisamente a società con forma giuridica e assetto proprietario completamente privato, dotato ovviamente di capacità tecniche e specialistiche, affidandogli il compito di realizzare un'aggiornata ricognizione di tutte le società in mano pubblica sottoposte e da sottoporre al controllo. Il vantaggio sotteso a una scelta di tale natura sarebbe quella di giungere, quanto prima, alla stesura di linee guida in grado di definire il perimetro dell'amministrazione in modo tale da assoggettare le società di proprietà pubblica alla sola disciplina dell'imprenditore privato e dotare, di conseguenza, l'interprete di un assetto abbastanza chiaro e definitivo.