

Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*

Giampaolo Rossi

SOMMARIO: 1. La spiegazione semplice: figure di diritto privato con alcune, tassative, norme speciali. 2. L'estrema articolazione delle fattispecie. Evanescenza del perimetro. Articolazione della disciplina contenuta nel "testo unico". 3. È improprio l'uso del termine "testo unico, come lo è anche nello schema di d.lgs. sui servizi pubblici locali. 4. La problematica comune alle società partecipate. Il tipo di rilevanza giuridica della proprietà pubblica delle azioni. 5. Le figure con vari gradi di "specialità". 6. Necessità di inquadrare la problematica delle società partecipate nel contesto generale delle figure miste pubblico-privato. 7. Orientamenti e disorientamenti politici e scientifici sottostanti al c.d. testo unico.

1) La spiegazione più semplice: figure di diritto privato con alcune, tassative, norme speciali.

Gli studiosi del diritto amministrativo che partecipano a un convegno organizzato da quelli del diritto commerciale sulle "società partecipate" possono essere avvertiti come degli intrusi.

Le società di capitali sono figure emblematicamente civilistiche, disciplinate dal codice civile. Vi sono per le società a partecipazione pubblica alcune norme derogatorie alla disciplina generale una parte delle quali è ora raccolta nel c.d. testo unico che qui si commenta. Ma è lo stesso "testo unico" a ribadire, all'art. 1, 3° c., che "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato". Le fattispecie sono quindi di diritto privato e i profili di deroga sono disciplinati da norme speciali: quelle contenute nel "testo unico" e le altre "contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali" che disciplinano le società, che il "testo unico" definisce al successivo 4° c. "di diritto speciale", "costituite per l'esercizio di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica

* Relazione al convegno "Le "nuove" società partecipate e in house providing" – Bari, 21-22 ottobre 2016.

funzione di interesse pubblico”. Si tratta di norme speciali e quindi, per definizione, tassative, non suscettibili di interpretazione estensiva. Non si vede quindi quali contributi possa offrire la scienza del diritto amministrativo.

2) L'estrema articolazione delle fattispecie. Evanescenza del perimetro. Articolazione della disciplina contenuta nel “testo unico”.

Questa spiegazione si manifesta però troppo semplice a fronte della grande articolazione di queste fattispecie che, nell'esperienza positiva, comprendono figure totalmente diverse, che vanno dalla partecipazione pubblica di minoranza in imprese automobilistiche in Francia e in Germania a società di proprietà esclusivamente pubblica, per vincolo normativo, che gestiscono funzioni di amministrazione pubblica, come Equitalia o Sogesid, o Arcus che sono uffici di Ministeri in forma di società per azioni.

Anche escludendo le fattispecie di diritto speciale, si constata fra quelle disciplinate dal c.d. testo unico una significativa articolazione.

Nell'analisi della tipologia non vanno prese in considerazione le norme che non disciplinano le società ma la possibilità delle pubbliche amministrazioni di costruirle, di acquisire o dismettere partecipazioni o altri profili dell'attività amministrativa che ora si esamineranno.

È vero che nel disciplinare la legittimazione delle pubbliche amministrazioni a costituire le società o a parteciparvi si definisce anche il perimetro entro il quale queste possono esistere, ma si tratta comunque di un vincolo posto alle pubbliche amministrazioni ed è un perimetro, oltretutto, dai confini assai labili.

L'enunciazione viene espressa in forma negativa: “le pubbliche amministrazioni *non possono* direttamente o indirettamente costruire società...né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza...” (art. 4, c. 1). Il testo prosegue però stabilendo che in realtà possono farlo, e con una ampiezza non definita, purché siano “strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”. A parte l'avverbio rafforzativo si tratta di un limite che è connaturato alla natura pubblica delle amministrazioni, che possono fare solo ciò che attiene agli interessi per la tutela dai quali sono costituite. Segue poi, al 2° c., una elencazione dei casi in cui *possono*, anche questa rafforzata da un avverbio “*esclusivamente*” volta a dare il senso di una tassatività. Solo che l'elencazione è molto

ampia, comprende ad esempio le società strumentali sulla legittimità delle quali una parte della giurisprudenza aveva recentemente posto riserve.

Si potrebbe comunque ritenere che una parte delle partecipazioni ne sia esclusa e che vi sia quindi un divieto per le pubbliche amministrazioni di porle in essere, in particolare quella che consisterebbe, ad esempio, nella acquisizione a fini di salvataggio di banche o imprese industriali. Non è così però. L'esigenza di non creare un vincolo legislativo all'intervento dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali nell'economia, per altro condivisibile anche perché costituirebbe un *unicum* nel panorama europeo, trova risposta nell'ultimo comma dell'art. 4 nel quale si stabilisce che, con atto degli organi di vertice delle amministrazioni partecipanti ovviamente motivato con riferimento agli interessi pubblici connessi alla partecipazione e al tipo di attività svolta, può essere deliberata “l'esclusione totale o parziale delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica”.

Ma non si limita a questa procedura il carattere solo apparente del divieto generale perché altre possibilità ancora restano aperte in base all'art. 1, c. 4 ove, nel far salve, come si è visto, le specifiche disposizioni che disciplinano le “società di diritto singolare”, si consente ogni possibile deroga. Sempre nei limiti del diritto europeo che, però, soprattutto negli ultimi anni, sono diventati assai blandi e sui quali poi si tornerà. Nessun dubbio quindi, ad esempio, che restano pienamente legittime le partecipazioni nella Cassa depositi e prestiti, come avviene nelle analoghe figure che in tutti i paesi europei tutelano gli interessi pubblici nelle attività economiche e che sono poste al di fuori del perimetro delle pubbliche amministrazioni.

Così definito, o meglio non definito, l'ambito giuridico dell'esistenza delle società partecipate, l'ambito sostanziale, cioè il grado di espansione effettiva di queste figure, viene rimesso alle procedure amministrative che vanno poste in essere per costituire le società o acquisire o dismettere le partecipazioni, gli organi che devono adottare le delibere, l'obbligo di motivazione, le proposte di stabilire negli statuti limiti alle retribuzioni, il monitoraggio e la razionalizzazione delle partecipazioni.

Anche queste norme, va ribadito, non riguardano la disciplina delle società, non si pongono quindi come derogatorie alla disciplina civilistica ma esauriscono l'ambito della

loro applicazione all'interno delle pubbliche amministrazioni. Così è anche per la responsabilità amministrativa, che concerne un rapporto fra amministratori e pubbliche amministrazioni.

Ciò posto, la normativa contenuta nel c.d. testo unico che si riferisce alle società partecipate contempla un gran numero di tipi diversi di società: quelle “a controllo pubblico”, quelle “in house”, quelle “a maggioranza pubblica”, quelle nelle quali la quota di partecipazione del privato non può essere inferiore al 30%, quelle a partecipazione superiore al 10% ma non a controllo pubblico, quelle quotate, le società elencate nei commi 6,7 e 8 dell'art. 4 (per gestire fondi europei, o spazi fieristici, spin off universitari o di enti di ricerca), e ancora le società elencate nell'allegato A e quelle “derivanti da una sperimentazione gestionale previste dall'art. 9 bis del d. lgs. 502/1992. Vi è anche, per vari profili, una diversità di disciplina per le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali. A queste diversità di disciplina vanno aggiunte quelle che si riferiscono alle società possedute al 100% da pubbliche amministrazioni, quelle che fanno parte del conto economico consolidato dello Stato (art. 1, c. 3 legge 196/2009), quelle di rilevanza strategica nazionale e quelle di “diritto singolare” (art. 1 c. 4).

Sono poche le norme del c.d. testo unico che si riferiscono a tutte le società partecipate. Anche il vincolo delle finalità perseguibili (art. 4) si riferisce alle P.A. e non alle società partecipate (art. 2).

Ad incidere sull'assetto giuridico di tutte le società, sono solo le norme che sanciscono

1- l'*inefficacia* dei contratti di acquisto delle partecipazioni qualora manchino o siano invalidi gli atti deliberativi prescritti (art. 8, 2° c.),

2- l'*invalidità* dell'atto di nomina o revoca degli amministratori, ove prevista dallo statuto della società, con effetti anche nei confronti delle società se è invalido l'atto amministrativo presupposto (art. 9, 7 e 8 c.),

3- i poteri ispettivi attribuiti al Dipartimento della funzione pubblica (art. 15, c. 5) che prima erano previsti solo per la società a totale partecipazione pubblica.

A parte quest'ultima norma, che ha in realtà contenuti molto incerti, gli altri profili non sono significativi perché il primo applica correttamente all'acquisto di azioni (a parte il termine “*inefficacia*”) le norme sui contratti ed evidenza pubblica; il secondo, nel prevedere l'invalidità dell'atto di nomina o di revoca per l'illegittimità degli atti presupposti per le società il cui statuto preveda la possibilità di nomina o revoca da parte del socio pubblico (ai

sensi dell'art. 2449 c. civ.) rientra nella previsione dell'art. 2377 che stabilisce l'annullabilità delle delibere dell'assemblea difformi dalle norme statutarie.

Si può quindi confermare che per le società a partecipazione pubblica non sussiste una disciplina specifica.

3) E' improprio l'uso del termine "testo unico", come lo è anche nello schema di d. lgs. sui servizi pubblici locali.

La definizione di "testo unico" che viene attribuita nel titolo a questa normativa non corrisponde quindi al contenuto della stessa, che comprende solo una parte della disciplina di queste fattispecie e, per la parte che vi è compresa, non contiene una disciplina generale ma una raccolta di discipline diverse.

È così del resto anche per l'altro "testo unico" che è stato predisposto sui servizi pubblici locali. Vengono esclusi dal suo ambito di applicazione, all'art. 3, salvo le disposizioni in materia di modalità di affidamento dei servizi e salvo le (poche) modifiche alle discipline di settore contenute nel decreto, le normative sul servizio idrico, sulla gestione dei rifiuti, sul trasporto pubblico locale, sul servizio farmaceutico, sul servizio di distribuzione elettrica e sulla distribuzione del gas naturale. Per la distribuzione elettrica e del gas naturale anche per le modalità di affidamento prevalgono le discipline di settore. Praticamente tutta la parte più rilevante dei servizi locali viene esclusa dall'applicazione di questa normativa per la quale l'uso del termine "testo unico" risulta, quindi, improprio.

La materia dei servizi pubblici è sempre stata retta (e lo resta) da norme di settore: sono del tutto eterogenee le problematiche, ad esempio, della fornitura di energia elettrica rispetto a quelle del servizio farmaceutico o degli asili nido. Vi è, comunque, un tessuto connettivo comune di un certo spessore perché si tratta di attività doverose volte a soddisfare interessi a protezione necessaria attraverso prestazioni che devono essere accessibili alla generalità degli utenti e di qualità corrispondente ai diritti che vi sono sottesi.

Di qui alcune norme comuni, che non sono contenute nel c.d. testo unico, anche di natura penale e alcune apposite figure giuridiche, come l'incaricato di servizio pubblico o il regime specifico dei beni che vi sono destinati.

Le figure delle società a partecipazione pubblica non si caratterizzano, invece, per il tipo di attività che svolgono nè per l'interesse da tutelare, ma solo per la natura pubblica del soggetto proprietario delle quote sociali (di tutte o solo di una parte).

Quello della società partecipate non è quindi un insieme omogeneo, tale che se ne possa dare una spiegazione unitaria e da giustificare l'esistenza di un testo unico salva, comunque, va riconosciuta, l'utilità di raggruppare un buon numero di norme prima sparpagliate e di apportare alcune innovazioni soprattutto nel sistema di governo politico e amministrativo e nel controllo. Avverto che eviterò di rilevare di volta in volta il carattere innovativo o solo ricognitivo delle singole norme perché la relazione diventerebbe pesante più di quanto è già.

4) La problematica comune alle società partecipate. Il tipo di rilevanza giuridica della proprietà pubblica delle azioni.

Anche per la società a partecipazione pubblica esiste tuttavia una problematica comune: la proprietà pubblica introduce nella società per azioni un elemento estraneo a quello "naturale", intrinseco cioè alla sua stessa ragione d'essere e cioè l'orientamento all'utile.

Il problema non nasce dal fatto che un soggetto pubblico usi per la sua attività (e quindi per la soddisfazione degli interessi pubblici ai quali è preposto) strumenti di diritto privato, perché questa possibilità è scontata. La natura pubblica del soggetto che la pone in essere non influisce sulla natura giuridica dell'attività. Non muta però neppure la natura degli interessi che l'Amministrazione pubblica, anche come socio, deve soddisfare che non diventano, per ciò, interessi privati.

Qui va sciolto un equivoco: si dà per scontato il principio dell'indifferenza della natura pubblica o privata del soggetto proprietario e se ne assume a fondamento l'art. 295 del Trattato di Roma ove si stabilisce che "il Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà negli Stati membri". Il principio è stato poi rafforzato dalle norme sugli aiuti di Stato ove si è stabilito che la partecipazione pubblica non può essere utilizzata per conseguire in modo indiretto degli aiuti di Stato, un trattamento di favore per le imprese nazionali, e si è introdotto il principio dell'investitore di mercato in base al quale un soggetto pubblico può acquistare la proprietà totale o parziale di imprese solo comportandosi come farebbe un soggetto privato. Su questo punto avrei delle osservazioni da fare ma le trascuro per non appesantire la relazione.

Ma prescindendo da ciò, vi è un equivoco nel ritenere che dalla indifferenza dell'ordinamento europeo rispetto al regime di proprietà pubblica o privata vigente negli Stati membri si debba dedurre l'irrilevanza giuridica del carattere pubblico del soggetto proprietario e degli interessi che deve tutelare.

La rilevanza giuridica quindi c'è ma si riferisce solo all'ordinamento (interno) del soggetto pubblico proprietario e non è opponibile ai terzi, nè il c.d. testo unico vi conferisce profili di specialità.

5) Le figure con vari gradi di "specialità.

Si formano, invece, figure giuridiche "speciali" quando viene alterato il regime giuridico dell'attività e/o dell'organizzazione.

I profili di specialità possono essere, per le singole figure, pochi o molti, fino ad alterare la natura giuridica delle società. Sono molto pochi per le società quotate, più consistenti per quelle (non quotate) a controllo pubblico e più, ancora per le società in house. Fra quelle che il c.d. testo unico definisce "di diritto singolare" ve ne sono alcune che hanno la natura di enti pubblici. A queste ben si applica l'osservazione di Ascarelli quando ha scritto che la forma societaria è "insincera" perché utilizza per finalità di carattere pubblico un modello creato per finalità diverse.

Le società a controllo pubblico devono tenere una contabilità separata per ciascuna delle attività oggetto di diritti speciali o esclusivi (art. 6 c. 1); gli amministratori devono avere i requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia (art. 11 c. 1) che sono invece rimessi alla autonomia statutaria nella disciplina codicistica (art. 2383); vi sono limiti al numero di amministratori (art. 11, c. 2); alcune incompatibilità (c. 8), limiti alla loro retribuzione (c. 6) e altre misure organizzative volte a evitare la creazione di organi societari ulteriori (c. 9).

L'uso delle risorse deve rispondere al requisito della trasparenza (art. 22), che va osservato, unitamente a quelli di pubblicità e imparzialità, anche nel reclutamento e nella gestione del personale (art. 19 c. 2). "I contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti e delle procedure" di cui sopra "sono nulli ferma restando per altro la giurisdizione ordinaria" (art. 19 c.4).

Tutte queste norme speciali si applicano anche alle società in house (art. 16). Per queste si possono (ma è rimesso all'autonomia statutaria) stabilire altre misure organizzative in deroga alla disciplina civilistica in materia di poteri agli organi societari. Viene inoltre sancita (o meglio, ribadita perchè già affermata dalla giurisprudenza), la responsabilità amministrativa degli amministratori per danni causati alle società in house, responsabilità che per le altre società partecipate vige solo per i danni causati ai soci, per la quota di azioni di proprietà pubblica.

Per le società in house, il c.d. testo unico si occupa in prevalenza della possibilità di affidamento diretto, che in realtà, trattandosi di un vincolo europeo non dovrebbe essere disciplinato da ogni norma di settore (e infatti il progetto di d. lg sui servizi pubblici locali rinvia alle norme già contenute nel codice degli appalti e a quelle di questo T.U.). Sono quindi discutibili le norme di questo "testo unico" che ridefiniscono in qualche misura la nozione di società in house, ove ammettono che vi possa essere a determinate condizioni una quota di fatturato ulteriore rispetto all'80% che va realizzato per l'ente affidante, salvo a stabilire che il superamento del limite costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c. civ. che prevede il controllo giudiziario.

Il grado di specialità raggiunge il massimo per gli enti pubblici in forma societaria. La mia tesi, avanzata nel libro "Gli enti pubblici" del 1991 era restata isolata fino a quando la Corte Costituzionale e poi il Consiglio di Stato e la Cassazione non l'hanno avallata. Non si vede, del resto, come si possano definire private figure istituite con legge, e che non possono autosciogliersi. Se ne occuperà poi il collega Gruner e anche qui posso non approfondire ulteriormente.

6) Necessità di inquadrare la problematica delle società partecipate nel contesto generale delle figure miste pubblico - privato.

La comprensione delle figure di società partecipate, che uniscono in varia misura profili privatistici e pubblicistici, richiede una riflessione di carattere generale sui fenomeni di frammentazione delle categorie giuridiche che è stata nuovamente avviata nel mio precedente intervento e in quello di Carlo Marzuoli su ridiam.it.

Fra le tendenze a sostenere "la morte del contratto" (Gilmore) o, all'opposto, di superare il diritto pubblico perchè gli ordinamenti evolverebbero verso un "diritto comune" facendo perdere il significato all'originaria partizione pubblico - privato (tesi cara anche ad alcuni

amministrativisti) sto da tempo sottolineando (anche riprendendo le accorate considerazioni di Pugliatti, che sottolineava l'importanza fondamentale di non perdere le nozioni di libertà e di interesse della collettività) che le due categorie sottostanti, anche se spesso frammiste fra loro, sono tuttavia indispensabili anche per comprendere queste fattispecie. Ho trovato utile l'esempio della pozzanghera, un misto di terra ed acqua che, nelle diverse gradazioni la cui osservazione risale a Romagnosi e a Gierke, si mischiano fra loro fino ad essere terra un po' bagnata e acqua un po' sporca di terra. In mezzo vi sono tutte le fattispecie miste che non costituiscono però un tertium genus, una sorta di frutto ibrido come la melarancia, ma hanno elementi dell'una e dell'altra disciplina, ciascuna delle quali ha un apparato molto spesso di implicazioni che si sono formate nel tempo.

In ognuno dei casi specifici il criterio, largamente usato dalla giurisprudenza e a volte anche dal legislatore, è quello della prevalenza, in base al quale la disciplina prevalente ha un effetto attrattivo per quanto non esplicitamente disciplinato nella singola figura.

Naturalmente in alcuni casi il mix può essere creato dal legislatore in modo del tutto artificiale e può comportare una valutazione di inadeguatezza in ordine al rispetto o della libertà o del principio di buon andamento delle pubbliche amministrazioni (Marzuoli). Se si accetta questa impostazione si deve concludere nel senso che:

- 1) non è valido l'assunto indicato in premessa, che le figure di cui ci occupiamo sono di diritto privato salvo alcuni profili tassativi
- 2) non esiste sul piano giuridico un insieme costituito dalle società partecipate
- 3) quelle di "diritto singolare" vanno analizzate per coglierne i profili di prevalenza dei diritti privatistici o pubblicistici.

7) Orientamenti e disorientamenti politici e scientifici sottostanti al c.d. testo unico.

L'insieme delle norme contenute nel c.d. testo unico esprime, anzitutto, una visione di malcelata ostilità verso queste figure, e ciò spiega come l'approccio appaia negativo, come se il divieto costituisca la regola, che però è contraddetta da eccezioni indefinite.

Che vi sia la necessità di un alleggerimento nell'uso di queste figure, soprattutto al livello degli enti locali è opinione diffusa e da condividere.

Purtroppo la crisi della politica si manifesta in queste in maniera evidente. La formula delle società per azioni è stata utilizzata per eludere i limiti di spesa, i controlli, le norme costituzionali sull'accesso alle pubbliche amministrazioni. Non vedo quindi come si possa avere riserve su un orientamento politico volto a contrastare questo fenomeno. Si deve auspicare davvero che queste norme che impongono una coerenza fra gli interessi pubblici da soddisfare e l'uso degli strumenti civilistici, trovino adeguata attuazione.

Diversa è la valutazione da fare se l'orientamento di ostilità viene ricondotto all'idea, che per anni in Italia è stata considerata indiscutibile, che per ragioni ideologiche o per ossequio alle norme comunitarie, il "pubblico" vada considerato negativamente e quindi fortemente limitato o, se possibile, del tutto evitato.

Abbiamo spiegato più volte che l'ordinamento europeo non impone questa soluzione. E' evidente e giusto che l'Unione Europea, per formare il mercato unico, tenda a eliminare le forme improprie di presenza del pubblico nell'economia, che sottraggono ampie sfere di attività economiche al mercato comune e si traducono, in sostanza, in forme di protezionismo.

L'Unione Europea, però, non ha affatto un'ideologica preferenza per il mercato, tanto che varie normative europee, ad esempio nei settori dell'agricoltura, della pesca o delle miniere, hanno un'impronta pubblicistica non diversa da quella che avevano le normative statali. L'Europa non vuole "il mercato" ma, semplicemente, il "mercato comune".

Mentre altri Paesi europei, come la Francia e la Germania hanno avuto di ciò una piena consapevolezza, l'ordinamento italiano ha mostrato una sudditanza indebita che lo ha portato a sfavorire le proprie imprese pubbliche a vantaggio non solo del mercato, ma anche delle imprese pubbliche degli altri Paesi. E' così, ad esempio, che l'Enel non ha potuto acquisire la Edison che è stata quindi acquistata da EdF, la società pubblica francese di energia elettrica. Il limite è stato raggiunto in Italia quando perfino una quota consistente della società che gestisce la rete elettrica è stata venduta alla società pubblica cinese. Si tratta di una società totalmente pubblica perché nell'ordinamento cinese non esiste una legge sulle società partecipate ma vi si dedicano solo 5 articoli della legge sulle società. Questi articoli stabiliscono che la partecipazione deve essere sempre totalitaria, che non esiste l'organo dell'assemblea dei soci (e ciò è coerente con la partecipazione totalitaria) e

che gli amministratori sono nominati e revocati senza particolari procedure dall'amministrazione proprietaria. Al di là di ogni valutazione di merito non si può dubitare della semplicità della soluzione adottata.

Questo limite politico e culturale inizia ad essere rimosso negli ultimi tempi ma la nuova riflessione sull'importanza del pubblico per tutelare interessi a soddisfazione necessaria e per porre il sistema Italia in grado di competere con gli altri sistemi non sembra essere consolidata e varie norme del c.d. testo unico riflettono questa incertezza.

Basta, per rendersene conto, fare un confronto con la corrispondente normativa francese, contenuta nella ordonnance n.2014 – 948, ratificata con modificazioni dalla loi n. 2015 – 990, con la quale varie disposizioni di legge vengono raggruppate in modo che appare più organico. Questa normativa ammette la possibilità di privatizzare ma circonda di cautele amministrative le possibilità di alienazioni soprattutto a favore di società di altre Nazioni. Per l'alienazione di quote maggioritarie è addirittura stabilito il vincolo della fonte legislativa (art.22) mentre nel “testo unico” italiano si può procedere alla alienazione in sede di revisione periodica anche delle partecipazioni acquisite per espressa previsione normativa.

L'orientamento che sarebbe invece da preferire è che, una volta ridefinito e alleggerito l'ambito di presenza pubblica nell'economia, si provveda a tutelarla anziché a trattarla con sospetto e sfavore.

Una positiva considerazione del "pubblico" è contenuta nel c.d. testo unico sui servizi pubblici locali ove si stabilisce (art.9 c.3) che le società che gestiscono reti devono essere al 100% di proprietà pubblica, orientamento fin qui disatteso per la rete elettrica nazionale, mentre si cerca faticosamente di affermare il controllo pubblico per la banda larga facendola gestire dall'Enel anziché dalla Telecom ormai in mano a imprese francesi. L'impronta complessiva resta però quella di una considerazione negativa.

Emblematica è, a questo riguardo, la disciplina della responsabilità amministrativa. Per lunghi decenni, e per merito della Cassazione che ha poi però rivisto in parte il suo orientamento, gli amministratori degli enti pubblici economici ne erano stati esenti, in considerazione del tipo di attività che svolgevano. L'attività imprenditoriale si gestisce attraverso una serie di variabili, compresi profili di rischio, che vi sono connaturati e che

sono incompatibili con la struttura concettuale e giuridica della responsabilità amministrativa.

In sede di revisione del c.d. testo unico questo profilo dovrà, auspicabilmente, essere modificato distinguendo le diverse discipline in rapporto al tipo di attività che viene svolta anziché al soggetto proprietario.

Infine, una valutazione complessiva delle attività di riforma recenti. La riforma che qui si commenta contiene alcuni profili apprezzabili per cercare di risolvere il problema delle forme improprie di presenza pubblica nell'economia. Ciò viene fatto con molta decisione che merita apprezzamento. Viene fatto, però, senza una strategia complessiva e una organica visione d'insieme e le osservazioni fin qui fatte ne danno una evidente dimostrazione.

Lo stesso limite si incontra, ad esempio, nei decreti legislativi di riforma della conferenza di servizi e della scia. Al fine di ottenere la tanto auspicata semplificazione, che già la legge 241 del 1990 perseguiva e alla quale ha fatto seguito un incremento della complessità, vengono inserite alcune forzature, anche apprezzabili, come la partecipazione decisionale alla conferenza di servizi di un solo rappresentante dello Stato qualora più amministrazioni vi abbiano competenza. Per la scia, si moltiplicano le fattispecie in cui si può prescindere da un provvedimento amministrativo per esercitare le attività, ma il numero delle fattispecie è molto elevato. Il decreto di attuazione che è in preparazione contiene un elenco di 110 pagine e l'elencazione non è tassativa perché le amministrazioni territoriali possono aggiungere anche altre attività "che possano essere ricondotte" a quelle elencate. Si stabilisce infine che "le attività private non espressamente individuate nei decreti o specificamente oggetto di disciplina da parte della normativa europea, nazionale o regionale sono libere", così invertendo il senso dell'art. 41 della Costituzione che afferma il principio della libertà di iniziativa economica e considera come dei limiti al principio la possibilità di sottoporla a misure amministrative.

Non si risolve, così, il problema della semplificazione perché non si rimuovono le cause che determinano la complessità le quali vanno individuate nella eccessiva articolazione delle organizzazioni competenti e nella moltiplicazione dei diritti e, quindi, delle tutele. Con la moltiplicazione dei diritti che è in atto è ben difficile che una attività non si scontri con qualche diritto e richieda, quindi, un intervento pubblico per prevenire o comporre i conflitti che ne derivano (Marzuoli).

Senza entrare, ora, nel delicato tema del referendum costituzionale, del quale tanto (troppo) si discute, va rilevato che un limite analogo si constata nella riforma delle norme costituzionali. L'intento di semplificare la distribuzione delle attribuzioni fra Stato e regioni trova una positiva risposta nella ridefinizione delle competenze, ma non rimuove il difetto di fondo contenuto nella precedente riforma del Titolo V: le regioni, anziché enti veramente autonomi in un numero definito di materie, restano enti a fini generali, come lo Stato, e quindi fra Stato e regioni resterà un potenziale, consistente, conflitto. Questo limite viene ora aggravato perché produrrà effetti sul procedimento legislativo sul quale si trasferisce, per il riparto, in sé positivo, tra leggi mono e bicamerali (così come vi si trasferisce l'altro riparto non ben definito fra competenze statali e dell'Unione europea).

Credo che si debba tutti convenire sul fatto che le novità che si impongono, per affrontare l'evidente debolezza del quadro istituzionale, non possono essere ridotte a una, pur necessaria, ricerca di efficienza, ma debbano essere ricercate in una riflessione di fondo sulle ragioni che determinano l'evoluzione dei sistemi politici.

Non so, in conclusione, se ho avvalorato o smentito l'idea che gli studiosi del diritto amministrativo possono essere avvertiti, in un contesto come questo, come degli intrusi. Penso però che il tema delle figure miste pubblico - privato può essere compreso solo studiando a quattro mani, con un approccio scientifico che sappia uscire dalle secche nelle quali ciascuna delle due discipline lo confina, raggiungendo la capacità di fare un ragionamento di teoria generale, oggi tanto più necessario per capire la crescente complessità delle fattispecie.