

MARGHERITA RAMAJOLI

IL CONTROLLO DELLA CORTE DEI CONTI SUGLI ENTI PUBBLICI ECONOMICI TRASFORMATI IN SOCIETÀ PER AZIONI

in **Dir. amm., fasc.2, 1995**

Sommario: 1. La sentenza della Corte Costituzionale n. 466 del 1993. - 2. Il controllo della Corte dei conti e le società per azioni a partecipazione pubblica. - 3. Il fondamento del controllo sugli enti pubblici economici: la rilevanza istituzionale delle attività affidate agli enti. - 4. Il conseguente criterio rigorosamente sostanzialistico per l'individuazione dei soggetti da sottoporre a controllo. - 5. Ragioni di un ripensamento globale del sistema dei controlli di gestione: la scarsa efficacia del controllo e le modificazioni sostanziali introdotte dalla disciplina sulle privatizzazioni. - 6. Il criterio di economicità e la vocazione lucrativa della società per azioni. - 7. Le società di diritto speciale e il margine di resistenza della formula societaria. - 8. I presupposti del controllo di gestione: gli indirizzi, le direttive e i programmi. - 9. Il frazionamento delle competenze e l'esercizio della funzione di indirizzo al di fuori dei moduli tradizionali di azione amministrativa.

1. La sentenza 28 dicembre 1993, n. 466, della Corte Costituzionale fornisce l'occasione di riflettere in una prospettiva unitaria sulla riforma dei controlli amministrativi e sul processo di privatizzazione degli enti pubblici economici, prospettiva che privilegi le reciproche e non sempre immediate connessioni tra le due tematiche. Prima di qualsiasi tentativo di analisi è doveroso premettere che si tratta di argomenti, specie quello relativo alle privatizzazioni degli enti pubblici economici, non solo delicati e complessi, ma anche estremamente fluidi e sfuggenti, dal momento che è ancora prematuro prefigurarne la successiva evoluzione e l'esito definitivo.

A seguito della trasformazione dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL in società per azioni, disposta dall'art. 15 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333 (convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992, n. 359), la Corte dei conti aveva sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del Governo (1), a causa del mancato riconoscimento da parte di quest'ultimo della permanenza del potere di controllo

della Corte medesima sulla gestione finanziaria delle società succedute agli enti pubblici economici. Il comportamento del Governo era ritenuto lesivo della competenza riconosciuta alla Corte dei conti in virtù dell'art. 100, secondo comma, della Costituzione, così come specificato dall'art. 12 della legge 21 marzo 1958, n. 259, relativa alla partecipazione della Corte al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. In particolare l'impedimento all'esercizio della funzione di controllo si era realizzato sia mediante il mancato invito ai magistrati della Corte dei conti a partecipare alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione di tali società, sia mediante l'omesso invio dei documenti concernenti la gestione delle stesse alla competente sezione di controllo della Corte dei conti, sia con il mancato riconoscimento da parte del Governo del persistente obbligo di sottoporre a controllo della Corte dei conti gli enti trasformati in società per azioni e con la non ottemperanza, sempre da parte dello stesso, dell'obbligo di adottare i provvedimenti necessari al ripristino di tale controllo (2). Da parte sua, il Governo aveva affermato che «le nuove società fuoriuscivano dal rapporto con lo Stato che fa da presupposto al controllo della Corte» (lettera del 10 agosto 1992 del Presidente del Consiglio al Presidente della Corte dei conti) e che il potere di controllo della Corte dei conti doveva ritenersi superato, «in quanto le modalità di nomina e la composizione degli organi di amministrazione e di controllo delle società per azioni derivate dalla trasformazione dell'IRI, dell'ENI, dell'ENEL e dell'INA sono state, per legge, devolute agli statuti societari» (nota del 19 settembre 1992 del Ministro del Tesoro al Presidente dell'ENEL).

La Corte Costituzionale ha riconosciuto la permanenza del potere di controllo sulla gestione finanziaria delle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici. Secondo la sentenza la trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici non è un «motivo sufficiente» a determinare l'estinzione del controllo della Corte dei conti, fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di questi nuovi soggetti. Accanto al riconoscimento del controllo da parte della Corte dei conti sulle nuove società per azioni, la sentenza afferma un secondo e fondamentale principio, secondo cui il controllo nei confronti dei nuovi soggetti economici si deve esercitare «nelle forme e nei limiti in precedenza applicati».

Anche se la Corte Costituzionale ha risolto positivamente la questione concernente il mantenimento del controllo di gestione sugli enti privatizzati e la posizione assunta dal giudice costituzionale è stata di recente confermata dalla Corte dei

conti nei confronti della società nascente dalla trasformazione dell'Ente autonomo porto di Savona (3), è da ritenere che la problematica presenti degli aspetti eccedenti la portata della decisione, che ancora debbono essere chiariti; ciò anche a causa di una normativa lacunosa e dal significato incerto che costringe il giudice ad assumere, come nel caso in esame, decisioni fondamentali sulla concreta configurazione della fattispecie di controllo. La sentenza della Corte si pone al centro di una problematica mai risolta e sempre risorgente nel diritto pubblico dell'economia: la privatizzazione non è che l'ultimo punto di emersione di questa problematica, di cui il controllo contabile è uno degli elementi chiave. Nel nostro ordinamento, infatti, il problema del controllo si è sempre posto di fronte ad ogni tentativo di emancipare le imprese in mano statale dalla sfera pubblicistica, come punto di scontro tra le opposte esigenze della libertà dell'impresa, da una parte, e del governo politico-amministrativo dell'economia, dall'altra. Come meglio si vedrà in seguito, un problema analogo a quello affrontato dalla Corte Costituzionale si era manifestato già con la creazione degli enti pubblici economici e successivamente con la formazione dell'intero sistema delle partecipazioni statali (4). Non a caso il problema del controllo dell'impresa pubblica è stato definito un «autentico incubo», stretto com'è tra istanze pubblicistiche volte a realizzare interessi generali ed istanze privatistiche intese a tutelare l'autonomia dei soggetti imprenditoriali (5). La decisione della Corte non può dunque essere correttamente valutata se non alla luce dell'intera problematica ora evidenziata, nei termini nuovi in cui viene proposta dalla privatizzazione degli enti pubblici economici.

2. La Corte Costituzionale, nell'assumere un presupposto oggettivo per l'esercizio della funzione di controllo, si è scontrata in primo luogo con il dato testuale fornito dall'art. 12 della legge n. 259 del 1958, legge che distingue, da un lato, il controllo della Corte dei conti riguardante gli «enti» di qualsiasi natura cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (art. 2, lett. *a-b*) (6), dall'altro, il controllo relativo agli «enti pubblici» ai quali l'amministrazione statale o una azienda autonoma statale contribuisce con apporto al patrimonio in capitali, beni e servizi, ovvero mediante concessione di garanzia (art. 12) (7). In questa seconda ipotesi, parlando esplicitamente di «enti pubblici», la legge adotta un criterio soggettivo, anziché oggettivo, di individuazione degli enti da sottoporre a controllo, che porterebbe ad escludere dal controllo le nuove società derivate dalla trasformazione degli enti pubblici economici, come già in passato escludeva le società per azioni con partecipazione statale (8).

Prima della legge n. 259 del 1958 l'individuazione degli enti sovvenzionati da sottoporre al controllo della Corte dei conti non si fondava sul dato formale della loro natura giuridica. L'art. 15 della legge 19 gennaio 1939, n. 129, istitutiva della Camera dei fasci e delle corporazioni, aveva disposto che i rendiconti consuntivi degli «enti di qualsiasi natura», di importanza nazionale, sovvenuti direttamente o indirettamente dal bilancio dello Stato, venissero sottoposti a controllo pubblico (9). L'utilizzo dell'espressione «enti di qualsiasi natura» sta a significare che si era voluto individuare la categoria degli enti da sottoporre a controllo facendo riferimento non già alla natura della persona giuridica, bensì all'elemento oggettivo della sovvenzione statale. La natura, pubblica oppure privata, dell'ente non assumeva rilevanza alcuna ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 15 della legge n. 129 del 1939, essendo unico elemento determinante l'esistenza di una sovvenzione statale. Di conseguenza all'epoca era ritenuto pacifico, ad esempio, che banche e società di navigazione, in quanto enti privati sovvenzionati dallo Stato per il particolare valore della loro attività nell'ordinamento generale, ricadessero nell'ambito tracciato dal legislatore (10).

L'impostazione sostanzialistica è stata fatta propria anche dall'art. 100 della Costituzione, a norma del quale l'elemento che fonda il controllo da parte della Corte dei conti è fornito non dalla natura giuridica degli enti, bensì dal loro gravare sulla finanza statale. La categoria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria ex art. 100 Cost. comprende dunque enti sia pubblici sia privati, attribuendosi esclusiva rilevanza all'elemento sostanziale della provenienza pubblica delle risorse (11).

Già in Assemblea Costituente, però, erano state espresse perplessità sull'opportunità di estendere il controllo della Corte dei conti alla gestione degli enti - sia pubblici sia privati, ma in special modo privati - cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, ritenendosi che esso avrebbe potuto creare seri inconvenienti al funzionamento di tali soggetti (12). Queste perplessità riaffiorarono in occasione della discussione del disegno di legge che sarebbe poi divenuto la legge n. 259 del 1958, quando si scontrarono due concezioni tra loro antitetiche, una favorevole ad assoggettare a controllo anche le società cui lo Stato partecipava con apporti di patrimonio, l'altra contraria addirittura a sottoporre a controllo gli enti pubblici di gestione (13). Venne infine trovata una soluzione di compromesso, intesa ad escludere dal controllo le società a partecipazione statale e non anche gli enti di gestione, mediante l'attuale formulazione dell'art. 12 che sottopone i soli «enti

pubblici» che beneficiano di apporti patrimoniali o di garanzia finanziaria pubblica ad un particolare tipo di controllo da esercitare sia mediante l'invio dei consuntivi e dei bilanci, sia mediante un magistrato della Corte, nominato dal Presidente della Corte stessa, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione dell'ente (14). Ai fini dell'assoggettamento a controllo nei modi previsti dall'art. 12 della legge occorre quindi che sussistano contemporaneamente la qualità soggettiva di ente pubblico e quella oggettiva dell'apporto al patrimonio in capitale, servizi, o beni, ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria, come del resto è stato più volte esplicitamente riconosciuto dalla stessa Corte dei conti (15).

L'art. 12 affonda dunque le proprie radici nel complesso dibattito sul problema del regime degli enti pubblici economici, come ha intuito Serrani che efficacemente definì «uno scheletro senza carne» la legge n. 259 se considerata isolatamente e non inserita nella prospettiva del dibattito sugli enti pubblici e sugli sbocchi che questo ha avuto (16).

3. È interessante notare come le ragioni della creazione, a partire dai primi anni di questo secolo, degli enti pubblici economici ruotino attorno all'esigenza di consentire ad organismi imprenditoriali in mano statale di svolgere la loro attività senza essere sottoposti alla pesante e rigida disciplina contabile propria dello Stato che, con il doppio controllo preventivo da parte della Ragioneria generale dello Stato e della Corte dei conti, sarebbe stata d'impedimento ad una efficace gestione (17). Questo risultato poteva essere perseguito specie grazie «alla larghezza... assegnata ai poteri degli amministratori, cui nessun intralcio, nessun ostacolo è preventivamente opposto» (18).

Tuttavia, in concomitanza al diversificarsi dei moduli organizzativi di questi particolari enti pubblici e al loro diffondersi (19), crebbe anche la consapevolezza che la loro sempre maggiore dipendenza finanziaria dallo Stato rendeva opportuno sottoporli ad un controllo contabile, controllo che si sarebbe dovuto radicare non a causa della natura pubblica della persona giuridica, ma dell'esistenza di un apporto statale (20). L'efficienza che si intendeva perseguire attraverso le imprese pubbliche mal si conciliava però con un controllo continuo, minuto, opprimente e paralizzante, quale era quello esercitato sullo Stato dalla Corte dei conti. La tradizionale funzione di controllo affidata alla Corte dei conti, così come configurata dalla legge 14 agosto 1862, n. 800, e dal testo unico approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, era stata concepita prevalentemente come riscontro su singoli atti

dell'amministrazione dello Stato, diretto al rispetto della pura legalità, anche quando aveva ad oggetto il bilancio statale (21). Essa non era quindi in grado di cogliere la specificità dell'attività esercitata dalle imprese pubbliche, che necessitava di una vigilanza diversamente articolata, la quale sapesse armonizzare il momento pubblico con quello privato. Il nuovo tipo di controllo doveva presentare la caratteristica della globalità, riguardando la gestione finanziaria, intesa come attività economica, finanziaria e amministrativa dell'ente, ed essere finalizzato al referto annuale al Parlamento (22).

L'introduzione di un controllo di gestione per gli enti pubblici imprenditoriali assume una decisa rilevanza ai fini della valutazione del problema generale in cui si inserisce la decisione della Corte Costituzionale, perché consente di comprendere come il problema del controllo sia strettamente legato a quello del governo degli enti pubblici economici. Nel caso degli enti di gestione, sotto la cui guida è stata organizzata la maggior parte delle attività imprenditoriali statali (23), l'elemento che consente l'esercizio della funzione di controllo da parte della Corte dei conti è dato dall'attribuzione statale di un fondo di dotazione. Tale fondo viene assegnato con legge agli enti di gestione, in relazione alle esigenze emergenti da programmi che devono essere promossi e approvati dal Parlamento (24). L'attività svolta dagli enti titolari di un fondo di dotazione è caratterizzata dal principio di ingerenza statale, che - è stato osservato (25) - esautora il principio di corrispondenza, valido per le società private, fra le quote di capitale sottoscritte, da un lato, e i poteri di disposizione e i diritti patrimoniali dei conferenti, dall'altro. Mediante il controllo sull'utilizzo che l'ente di gestione fa del fondo di dotazione è poi possibile controllare l'economicità di gestione non solo dell'ente, ma anche dell'intero sistema delle partecipazioni statali (26).

I fondi vengono assegnati perché è interesse pubblico che determinate attività vengano compiute, che taluni obiettivi siano perseguiti. L'azione del soggetto imprenditoriale pubblico risulta quindi strumentale al soddisfacimento delle esigenze di politica economica ed industriale dello Stato, funzionalizzata com'è alla realizzazione delle finalità pubbliche che hanno giustificato l'apporto in denaro. Conseguentemente, il controllo sugli enti pubblici economici consiste nella verifica dei risultati di un'attività e presuppone l'affidamento di un determinato compito e la valutazione delle conseguenze derivanti dallo svolgimento di questo compito.

In quest'ottica il fondamento del controllo sugli enti economici solo in apparenza è dato dall'esistenza di una sovvenzione pubblica, consistendo più precisamente nel vincolo di destinazione cui è soggetta tale sovvenzione: allo Stato interessa controllare l'utilizzo che del denaro pubblico viene fatto per finalità pubbliche ed infatti i mezzi finanziari sono attribuiti agli enti economici affinché attraverso di essi possano essere assolti i compiti istituzionali affidati agli enti medesimi.

Questa affermazione non va confusa con la posizione assunta in passato da una parte della dottrina, in base alla quale la concessione di un contributo pecuniario statale ad un ente determinava la natura pubblica di quest'ultimo (27). Nella prospettiva qui adottata non si tratta di stabilire se l'erogazione pubblica crei un rapporto particolare tra lo Stato e il soggetto sovvenzionato, tale da incidere sulla natura giuridica di quest'ultimo. Si vuole solo porre in luce che i contributi pubblici vengono concessi perché lo Stato persegue con l'attività imprenditoriale dell'ente pubblico economico uno scopo di rilevanza pubblica e quindi il controllo è necessario per vigilare sul buon uso del denaro pubblico, nel senso della rispondenza allo scopo della contribuzione statale.

4. La particolare natura del controllo di gestione ed il suo fondamento, come ora evidenziato, danno ragione dell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale: gli enti da sottoporre a controllo da parte della Corte dei conti devono essere individuati in base alla sussistenza di una contribuzione pubblica, indipendentemente dalla loro natura giuridica; la necessità di un'effettiva verifica sull'impiego di denaro pubblico richiede che il controllo si radichi in virtù non della qualificazione giuridica dell'ente, ma della contribuzione, perché la natura dell'ente è irrilevante circa la finalità pubblicistica dell'attività dal medesimo posta in essere.

In questa prospettiva l'espressione «ente pubblico» che compare all'art. 12 della legge n. 259 può essere letta non in senso formale, ma sostanziale, comprendendo accanto ai tradizionali enti pubblici, anche i «centri patrimoniali e di azioni» distinti dallo Stato e dalla sua organizzazione che siano beneficiari di contribuzioni pubbliche. Questa impostazione, già propria della memoria della Corte dei conti nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (28), ha consentito alla Corte costituzionale di superare il dato letterale dell'art. 12 e di riconoscere la legittimità costituzionale dell'estensione del controllo previsto da tale articolo anche agli enti pubblici economici trasformati in società per azioni.

Per altro, la Corte si è servita anche di un'argomentazione basata sul progressivo stemperamento che hanno subito i concetti di ente pubblico e di società per azioni (29). Sia il diritto comunitario (30), sia il diritto interno (31) sono orientati verso l'adozione di criteri sostanziali per l'individuazione delle figure soggettive pubbliche, anche a causa di una normativa sempre più complessa e contraddittoria; di converso, lo strumento della società per azioni ha notevolmente sviluppato la sua neutralità, venendo utilizzato per il perseguimento anche di finalità pubblicistiche (32).

Fino a questo punto si può consentire con le osservazioni della Corte, ma si deve rilevare che la sentenza evita di assumere tutte le conseguenze che da una rigorosa impostazione sostanzialistica dovrebbero discendere. Infatti, se attraverso il controllo della Corte dei conti si intende avere conoscenza di un'area di primario interesse per la finanza pubblica, non si comprende perché tale controllo possa essere esercitato solo nell'eventualità di una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario delle società, come afferma invece il giudice costituzionale. La sentenza, stabilendo *a priori* il grado di coinvolgimento della finanza statale necessario per il controllo, sembra sconfessare il criterio sostanzialistico inizialmente adottato per l'individuazione dei soggetti da sottoporre a controllo. Se il fine dell'attività della Corte dei conti è tenere informato il Parlamento sulla gestione di enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria non è chiaro per quale ragione davanti ad un possesso azionario statale pari al 49 per cento non possa essere esercitato il controllo della Corte dei conti. Se poi per partecipazione maggioritaria dello Stato al capitale della società si intende l'«influenza dominante» che lo Stato esercita sulla società, cui fa riferimento la direttiva comunitaria n. 80/723/CEE, in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, esplicitamente richiamata dalla sentenza, va osservato che l'influenza statale dominante non costituisce un elemento sicuro ed univoco, tale da determinare in ogni caso l'assoggettamento della società a controllo (33).

5. Questa ragione di perplessità sulla coerenza dell'impostazione della Corte Costituzionale si aggiunge ai più rilevanti motivi di dubbio sollevati dalla seconda disposizione contenuta nella sentenza, relativa alle modalità del controllo sugli enti privatizzati. Il giudice costituzionale afferma infatti che spetta alla Corte dei conti, nei confronti delle società derivate dalla trasformazione, un potere di controllo da esercitare «nelle forme e nei limiti in precedenza applicati». L'estensione

automatica del controllo della Corte dei conti alle società per azioni succedute agli enti pubblici economici non tiene nel debito conto il fatto che la privatizzazione degli enti, unita ad altri elementi, ha portato ad una sostanziale modificazione del quadro preesistente.

Se a ciò si aggiunge che il sistema di controlli finora adottato si è rivelato scarsamente produttivo e non adatto allo scopo prefissato, è chiaro che da parte della Corte Costituzionale vi sia stata un'elusione dei termini reali del problema, che avrebbe richiesto un ripensamento globale del sistema dei controlli di gestione.

La dottrina ha da sempre lamentato che il controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato non sia stato in grado di costituire un efficace deterrente ad una gestione scorretta e non oculata delle risorse pubbliche. Il sistema dei controlli avrebbe manifestato la sua vischiosità, mediante una metodologia di lavoro ancora tradizionale, che presta attenzione a singoli atti puntuali, in una ottica di mera legittimità (34).

La sezione della Corte dei conti di controllo sugli enti sovvenzionati è stata chiamata ad esercitare un controllo di tipo conoscitivo ed informativo. La relazione al Parlamento con la quale la Corte dei conti riferisce il risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria degli enti (art. 100 della Costituzione, come specificato dall'art. 7 della legge n. 259 del 1958) costituisce lo sbocco necessario dell'attività dell'organo. Il potere di adottare eventuali misure è stato invece riconosciuto in capo al Parlamento, cui solo compete il controllo politico (35). Di conseguenza solo in maniera impropria ed atecnica si può parlare di controllo della Corte dei conti sulla gestione degli enti, dal momento che la sua attività non si conclude con una pronuncia giuridicamente rilevante, quale potrebbe essere una dichiarazione di approvazione dei bilanci. Il controllo non incide immediatamente sugli atti dei vari enti, traducendosi non in atti sospensivi oppure ablativi della loro efficacia, ma solo nella segnalazione delle disfunzioni gestionali o delle eventuali illegittimità riscontrate nei singoli atti o nella composizione degli organi collegiali (36).

L'intervento della Corte è stato concepito in maniera strumentale al controllo politico che dovrebbe svolgere il Parlamento (37), ma quest'ultimo non ha tributato attenzione alle relazioni con cui si conclude il procedimento di controllo della Corte - anche a causa della «progressiva insignificanza» dell'attività referente della Corte

stessa -, né ha adottato adeguate misure sanzionatorie. L'esito negativo del controllo non ha mai portato al blocco dei finanziamenti, né alla sospensione oppure alla rimozione degli amministratori (38).

Risultano quindi ancora attuali le parole pronunciate dalla V Commissione permanente del Senato che, in occasione della discussione della legge n. 259 del 1958, ebbe ad affermare che nei confronti degli enti «che operano nel campo dell'economia privatistica» «il controllo contabile finisce per essere poco più di una forma ed il controllo politico si sostanzia in una critica arida e molto spesso inutile, anche perché immancabilmente influenzata da preconcetti di parte, o deve limitarsi ad osservazioni fatte in linea generale per l'impossibilità di un esame concreto» (39). Proprio a causa della scarsa efficacia del controllo finora utilizzato, la privatizzazione dovrebbe essere l'occasione per una rimediazione del ruolo e delle funzioni della Corte dei conti e dei rapporti intercorrenti tra la problematica del controllo e quella del governo dell'economia.

La privatizzazione costituisce infatti una provocazione per il regime complessivo dei controlli, in quanto riaccutizza la dicotomia tra l'interesse generale statale e l'interesse economico, che è sempre presente nella storia dei soggetti imprenditoriali pubblici. Essa introduce nel sistema economico italiano nuove coordinate che presentano una diretta rilevanza per il tema dei controlli sui soggetti in mano pubblica che operano in ambito imprenditoriale. Evidenziare tali coordinate è un'operazione non agevole, sia perché quello delle privatizzazioni è un fenomeno tendenzialmente (40) recente, in via di definizione, sia perché vi è una non sempre coerente stratificazione di testi normativi (41), sia perché le disposizioni legislative sono assai spesso carenti e lacunose (42), sia perché i soggetti coinvolti nel processo sono molteplici e la loro competenza non è ancora del tutto definita.

In ogni caso, preliminare a questa operazione è l'individuazione del significato da attribuire al termine privatizzazione. Infatti la privatizzazione non costituisce un fenomeno unitario, ma con questa parola si indicano fattispecie strutturalmente diverse, non sempre caratterizzate da un profilo di novità e talvolta finalizzate ad obiettivi contrastanti tra loro, come la ristrutturazione del sistema industriale nazionale, una sua maggiore concorrenzialità, la diffusione dell'azionariato popolare, il risanamento della spesa pubblica (43).

La distinzione di massima tra i differenti tipi di privatizzazione è quella tra privatizzazione formale, che indica il mutamento di forma giuridica dell'impresa, e privatizzazione sostanziale, che comporta l'effettivo trasferimento della proprietà dell'impresa da un soggetto pubblico ad un soggetto privato. Nel caso in esame privatizzazione va intesa come privatizzazione formale - altrimenti detta *self privatization* -, ossia come modifica della natura giuridica dell'impresa posseduta dallo Stato, che da ente pubblico diviene società per azioni. La trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici è espressione di quella tendenza a considerare la forma societaria come «formula universale», tendenza che ha condotto anche alla riforma degli enti pubblici creditizi avvenuta quasi contemporaneamente alla privatizzazione degli enti pubblici economici (44). Ai sensi dell'art. 15, terzo comma, del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, come modificato dalla l. 8 agosto 1992, n. 359, le azioni delle società frutto della trasformazione degli enti pubblici economici sono state attribuite al Ministero del tesoro. In virtù di tale decreto legge, il Ministro del tesoro avrebbe dovuto esercitare i diritti dell'azionista d'intesa con i Ministri del bilancio e della programmazione economica, dell'industria, del commercio e dell'artigianato, e delle partecipazioni statali. Ma, a seguito della soppressione del Ministero delle partecipazioni statali, disposta dal d.l. 23 aprile 1993, n. 118, convertito con modificazioni nella legge 23 giugno 1993, n. 202, il Ministro del tesoro ora esercita i diritti dell'azionista, secondo le direttive del Presidente del Consiglio, d'intesa con il Ministro del bilancio e con il Ministro dell'industria (art. 2, primo comma, del d.l. n. 118 del 1993, come modificato dalla legge n. 202 del 1993).

La natura meramente formale della privatizzazione posta in essere mantiene quindi attuale la problematica del controllo sugli enti pubblici economici, perché le società restano ancora in proprietà dello Stato, senza che la legge si esprima chiaramente sulla natura di questa proprietà: se meramente patrimoniale o se invece ancora intesa ad utilizzare le imprese pubbliche per obiettivi di politica economica.

Nel corso della trattazione si è più volte fatto riferimento alla stretta interdipendenza esistente tra la tematica dei controlli e la tematica del governo degli enti che operano nel campo imprenditoriale. A questo punto se ne comprende la rilevanza, perché il tema del controllo, e in particolare del controllo di gestione, a causa della sentenza della Corte, è divenuto parte integrante della disciplina degli enti privatizzati e quindi elemento essenziale per la valutazione complessiva di quella disciplina. Il controllo si colloca infatti sistematicamente nel punto della disciplina in

cui si decide la natura stessa della privatizzazione, cioè il rapporto - di direzione politico-amministrativa o semplicemente di proprietà - dello Stato con i nuovi enti.

6. È quindi necessario tracciare in maniera rigorosa la costruzione teorica della funzione del controllo di gestione, al fine di comprendere le connessioni che essa presenta con il tema del governo pubblico dei soggetti economici in mano statale, che si è visto essere decisivo per il significato della privatizzazione.

La funzione di controllo non è concepibile in maniera isolata, poiché occorre sempre porre in essere i presupposti e le condizioni affinché tale funzione possa esercitarsi. Il controllo necessita di regole di comportamento, di criteri, che fungano da parametro per il soggetto controllore e che possano così evitare o prevenire l'arbitrio di quest'ultimo. La relazione esistente tra controlli e programmi è stata ben delineata prendendo a fondamento l'art. 41, ultimo comma, della Costituzione, il quale stabilisce che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. La norma, facendo precedere all'indicazione dei controlli quella dei programmi, non pare confinare questi ultimi in una posizione ancillare rispetto ai primi, ma mostra semmai di voler riservare ai controlli una funzione «accessoria e complementare» ai programmi: solo una predisposizione di programmi, cui i controlli stessi siano rigidamente vincolati, «impedisce a questi ultimi di degenerare in una forma di cogestione dell'attività programmata da parte dell'autorità di controllo» (45).

L'azione dei soggetti economici che è tenuta a realizzare i programmi preventivamente stabiliti deve obbedire a taluni criteri. Se in generale la funzione di controllo necessita di criteri prefissati, è naturale che questa esigenza sia avvertita in maniera particolare nell'ipotesi del controllo di gestione. Tale controllo, che consiste in una verifica dei risultati di un'attività, non può logicamente limitarsi ad assicurare il rispetto di determinati parametri normativi, riguardando l'efficacia, l'economicità e l'efficienza dell'attività stessa. Il controllo che esercita la Corte dei conti sugli enti non viene identificato in maniera perfetta con i tradizionali controlli di legittimità oppure di merito, anche se la sua definizione rimane un problema tutt'ora aperto, poiché sia la Corte dei conti sia la dottrina si sono mostrate piuttosto incerte nell'individuare il contenuto e i limiti del controllo di gestione, non essendo facile l'identificazione del criterio di giudizio al quale devono improntarsi le relazioni al Parlamento e le determinazioni di rilievo della Corte (46).

Il criterio che deve guidare l'azione degli enti pubblici economici nella realizzazione dei programmi prefissati e che deve essere tenuto presente in sede di controllo di gestione è stato legislativamente individuato nel criterio di economicità. Gli enti di gestione sono tenuti ad operare in base a «criteri di economicità» ai sensi dell'art. 3, primo comma, della legge n. 1589 del 1956, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali, mentre con riferimento agli enti non appartenenti al sistema delle partecipazioni statali parla di «economicità di gestione» l'art. 3, decimo comma, della legge 6 dicembre 1962, n. 1643, istitutiva dell'ENEL (47). La Corte dei conti ha più volte avuto modo di precisare il contenuto di tale criterio, affermando che l'economicità trova manifestazione nell'autosufficienza economica e nell'equilibrio tra costi e ricavi in una valutazione globale della gestione. In altri termini, il criterio di economicità è un modulo di condotta aziendale volto alla reintegrazione dei costi. Esso deve in ogni caso, «data la natura pubblica dell'ente» che è tenuto a rispettarlo, essere adattato «in termini di compresenza dell'interesse primario generale» e quindi non può essere interpretato come effettiva redditività del capitale investito (48).

Ora, con la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni, tale criterio va reinterpretato, non potendo più limitarsi alla semplice reintegrazione dei costi, anche se è dubbio che quest'ultimo obiettivo sia mai stato perseguito, data la concezione assai «disinvolta» che gli enti di gestione hanno dimostrato di avere del criterio di economicità (49).

Adottando la formula societaria il legislatore è voluto ricorrere ad uno strumento che assicurasse il raggiungimento di un risultato economicamente positivo, in vista della produzione di un utile (50). La stessa delibera del CIPE del 25 marzo 1992, contenente gli indirizzi generali di politica economica ed industriale in conformità dei quali devono essere attuate le trasformazioni ex art. 1 del d.l. n. 386 del 1991, precisa che la trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici è «di per sé obiettivo strategico» «per maggiormente impegnare la gestione (degli enti) a criteri di economicità ed efficienza secondo le regole del mercato».

La riforma attuata ha quindi il chiaro scopo di creare una struttura che sia posta nelle stesse condizioni di eventuali operatori privati, poiché dal radicale mutamento della natura giuridica dell'ente consegue il mutamento del regime giuridico dell'ente medesimo, i cui atti devono essere valutati alla stregua dei principi validi per i soggetti privati. Quest'ultimo punto necessita tuttavia di una più ampia disamina.

7. La società per azioni è una formula neutra, ma presenta un margine di resistenza, ossia conserva connotati minimi, la cui alterazione comporta la perdita del modello stesso (51). Tuttavia il venir meno dei caratteri essenziali del modello societario è un fenomeno non nuovo per il diritto pubblico dell'economia.

Già da tempo, nonostante alcune perplessità manifestate specie dalla dottrina privatistica (52), l'ordinamento ha fatto ampio ricorso alla forma della società per azioni per la realizzazione di fini di carattere pubblico (53). Ma alcune volte la deviazione pubblicistica rispetto al modello societario è giunta ad un punto tale da indurre a ritenere che fossero state create non tanto società per azioni vere e proprie e neppure società per azioni di diritto speciale (54), bensì enti pubblici mascherati, come è stato discusso a proposito della RAI (55), della GEPI (56) e dell'AGE Control (57). In queste ipotesi, data la degenerazione prodotta tra modello astratto e modello reale, la forma societaria ha rappresentato un'etichetta, in quanto i relativi soggetti hanno delle società per azioni solo la veste esteriore.

Occorre procedere dunque con molta cautela nell'introdurre deroghe alla normale disciplina delle società per azioni e desta allarme che le società nate dalla trasformazione di IRI, ENI, INA e ENEL assommino, come è stato riconosciuto anche dalla Corte dei conti e dalla Corte Costituzionale, «le più rilevanti difformità rispetto al modello codicistico, proprie delle diverse società di diritto speciale», sotto il profilo «genetico, funzionale e del rapporto con gli interessi generali». Esse derivano da un ente pubblico preesistente (58) e per la loro costituzione non è necessario un atto di autonomia, che viene sostituito da una previsione legislativa (59). Una manifestazione di volontà degli enti interessati è richiesta unicamente per l'approvazione dei nuovi statuti, che sono deliberati a trasformazione avvenuta. Non solo, ma in attesa dell'emanazione degli statuti, le società sono state disciplinate in via provvisoria dalle norme legislative e statutarie che disciplinavano i singoli enti (art. 15, quarto comma). La trasformazione degli enti è stata attuata quando era ancora ignoto il capitale sociale e le società sono state dotate di un capitale sociale provvisorio, la cui nozione è stata definita «non molto ortodossa» dagli studiosi di diritto societario (60). Manca una iniziale pluralità di soci (61), essendo tutte le azioni attribuite al Ministro del tesoro, il quale esercita i diritti dell'azionista d'intesa con il Ministro del bilancio e con quello dell'industria, sulla base di un programma di riordino delle partecipazioni elaborato in sede pubblica. Il programma di riordino è stato predisposto dal Ministro del tesoro e trasmesso, d'intesa con il Ministro del bilancio, con quello dell'industria e *ad interim* delle

partecipazioni statali, al Presidente del Consiglio; il programma è finalizzato alla valorizzazione delle partecipazioni, anche attraverso la previsione di cessioni di attività e di rami di aziende, scambi di partecipazioni, fusioni, incorporazioni ed ogni altro atto necessario per il riordino (art. 16 del d.l. n. 333 del 1992, come sostituito dalla legge di conversione n. 359 del 1992). Ulteriori deroghe allo schema codicistico sono state introdotte, sulla base di quanto disposto dalla deliberazione 30 dicembre 1992 del CIPE (62), dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni. L'art. 2 della legge dispone che vengano individuate (63), tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, debba essere introdotta una clausola che attribuisca al Ministro del tesoro la titolarità di «poteri speciali» - che comprendono poteri di gradimento, di veto, nonché di nomina di amministratori -, da esercitare d'intesa con il Ministro dell'industria, «tenuto conto degli obiettivi nazionali di politica economica e industriale» (64).

Viste le numerose modifiche al modulo societario introdotte dal legislatore, occorre evitare di aggiungere per via di interpretazione altre deroghe a quelle già esistenti. Il principio da osservare di fronte a lacune normative nella disciplina delle nuove società per azioni deve essere quello dell'adozione del diritto comune. Il par. 998 della Relazione al codice civile esplicita una volta per tutte la volontà di assoggettare le società a partecipazione pubblica al diritto societario, chiarendo che «la disciplina comune della società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente» (65). Coerentemente con questa impostazione l'art. 1, quinto comma, del decreto legge n. 386 del 1991, stabilisce che le società risultanti dalla trasformazione siano sottoposte alla normativa generale vigente per le società per azioni, salva l'applicazione dell'art. 14 della legge 12 agosto 1977, n. 675, in materia di revisione dei bilanci d'esercizio, e fatte salve altresì ulteriori deroghe introdotte dalle singole disposizioni di legge.

In mancanza di norme che dispongano diversamente, i modelli di comportamento per le società frutto delle privatizzazioni devono quindi essere individuati all'interno della disciplina tipica della categoria generale societaria. Ciò significa che la società è tenuta ad aspirare ad una remunerazione del suo capitale, essendosi

ricorsi allo strumento societario al fine di produrre un utile, in coerenza con la sua vocazione lucrativa. La trasformazione di un ente pubblico in una società per azioni va interpretata come modifica, assieme alla forma organizzatoria, anche dei criteri economici di gestione dell'impresa. Altrimenti si rischia di produrre uno snaturamento dello strumento organizzatorio e delle finalità che il legislatore ha inteso perseguire facendo ricorso ad esso, riducendone progressivamente l'utilità. Non ha alcun senso infatti trasformare un ente pubblico in società per azioni se poi quest'ultima presenta delle caratteristiche del tutto assimilabili a quelle dell'ente pubblico originario (66).

Non si può dunque annullare l'elemento tipico della redditività dell'attività esercitata, a meno di sacrificare la funzione stessa della società per azioni come organismo produttivo di ricchezza, il che si porrebbe in aperto contrasto anche con i principi del diritto comunitario. Gli aiuti nazionali sono ammessi dagli artt. 92 ss. del Trattato di Roma solo per finalità predeterminate e solo in quanto non provochino distorsione nel Mercato Comune e non ne perturbino il funzionamento e l'equilibrio concorrenziale. La vocazione lucrativa del modello societario non deve essere frustrata attraverso il ripiano delle perdite, che finisce per mantenere in vita imprese non competitive. I pubblici poteri possono solo limitarsi a conferire capitali alle nuove società in circostanze accettabili per qualunque operatore privato che agisca in un'economia di mercato (67).

In ultima istanza, si consideri anche che l'utilizzo della forma della società per azioni non è il fine ultimo perseguito dal legislatore delle privatizzazioni, ma è lo strumento per il perseguimento di un obiettivo più vasto, ossia la graduale cessione di quote azionarie ad investitori privati. La deliberazione 25 marzo 1992 del CIPE afferma infatti che la trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici rappresenta «la prima fase di un più complesso processo di privatizzazione», che prevede il successivo collocamento sul mercato di quote del settore pubblico dell'economia (68). Un'interpretazione non evolutiva del criterio di economicità potrebbe rendere assai problematico il passaggio delle società dalla sfera proprietaria pubblicistica a quella privata, in quanto senza prospettive di profitto è inutile invocare l'intervento di azionisti privati (69).

8. La tematica dei controlli coinvolge non tanto il rapporto tra socio pubblico e società, che è un rapporto meramente privatistico, fondato sulla partecipazione sociale, ma semmai quel complesso di indirizzi, di direttive e di programmi, che

determinano le condizioni per l'espletamento del controllo di gestione, costituendone la misura (70).

La caratteristica peculiare dei controlli di gestione è infatti assicurare che siano raggiunti i risultati previsti da precedenti programmi. Si ritorna così al tema del fondamento reale del controllo di gestione: gli indirizzi che forniscono ai soggetti economici l'indicazione di un determinato fine di interesse pubblicistico da perseguire sono la condizione indispensabile affinché un controllo sui risultati possa esplicarsi. L'attività dei soggetti che operano in campo economico deve essere previamente oggetto di una programmazione - beninteso rispettosa della loro autonomia gestionale -, poiché è necessario disporre di un quadro di riferimento, di una indicazione di risultati, per poi successivamente valutare se si sia avuta una sana ed economica gestione (71).

Ma la normativa sulla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni risulta essere su questo punto assai scarna, se non addirittura reticente. L'unica disposizione che può assumere rilevanza è contenuta nella prima legge sulle privatizzazioni, la cui sopravvivenza è però dubbia (72). L'art. 1, settimo comma, del d.l. n. 386 del 1991, convertito nella legge n. 35 del 1992, ha previsto che le disposizioni che subordinano l'attività degli enti da trasformare a «specifiche direttive gestionali» cessano di avere vigore nei confronti delle società da essi derivate, «fatti salvi gli indirizzi di carattere generale» e quanto disposto nel decreto medesimo. Il testo della normativa non si presenta né chiaro né inequivoco (73), anche perché specifiche direttive gestionali non avrebbero potuto essere impartite nemmeno agli enti pubblici di gestione. Infatti, se da una parte attribuire a tali enti la competenza a determinare i propri fini avrebbe significato riconoscere loro una «discrezionalità politica», dall'altra attribuire al Governo e in special modo al Ministro delle partecipazioni statali il potere di impartire specifiche direttive concrete che gli enti fossero stati obbligati a seguire, avrebbe significato annullare ogni autonomia di azione di quest'ultimi (74).

A differenza del primo provvedimento legislativo sulle privatizzazioni, il d.l. n. 333 del 1992 tace sul regime delle società derivanti dalla trasformazione e anche il riferimento al divieto di specifiche direttive gestionali, fatti salvi indirizzi generali, è scomparso. Ma il d.l. n. 333 del 1992 e la relativa legge di conversione non hanno completamente abrogato il precedente decreto legge convertito, che resta in vigore per le parti non «contrarie od incompatibili» con la nuova disciplina, come

espressamente dispone lo stesso art. 20 del d.l. n. 333. Tuttavia la dottrina che si è finora espressa sul problema afferma che non è possibile ritenere che l'art. 1, comma 7, del d.l. n. 386 del 1991 sia rimasto in vigore, in quanto disposizione contrastante con il tipo societario formalmente adottato (75). Sta di fatto che, anche ritenendo soppressa la disposizione che vieta direttive gestionali e fa salvi indirizzi generali, rimane sempre sia il problema di individuare a chi competa ora il potere di dettare un quadro di riferimento per gli enti trasformati, sia quello di stabilire fino a che punto dei soggetti aventi una forma organizzativa privata, ma finanziati con il denaro pubblico, siano vincolati a tale quadro.

9. Nel modello normativo disegnato per le partecipazioni statali gli enti di gestione erano incaricati di obiettivi di politica economica e sociale individuati attraverso un complesso meccanismo di programmi e di direttive prevalentemente espresse dal complesso CIPI-CIPE-Ministro delle partecipazioni statali (76). Una relazione programmatica per ciascuno degli enti di gestione era elaborata dal Ministro delle partecipazioni statali (art. 10, legge n. 1589 del 1956) ed approvata dal CIPE. I programmi pluriennali degli enti di gestione - che raccoglievano i dati previsionali delle imprese a partecipazione statale - erano sottoposti dal Ministro delle partecipazioni statali al preventivo esame della Commissione parlamentare, istituita con la legge 12 agosto 1977, n. 675, e formavano oggetto di approvazione da parte del CIPI. Il d.P.R. 14 giugno 1967, n. 554, attribuiva poi al CIPE, avente compiti di indirizzo e di coordinamento relativi agli aspetti più generali della politica industriale, il potere di direttiva generale per l'attuazione dei programmi ed al Ministro delle partecipazioni statali il compito di impartire direttive agli enti per l'esecuzione dei deliberati del CIPE, nonché il compito di vigilanza sull'attuazione dei programmi e delle direttive stesse. Il Ministro delle partecipazioni statali doveva presentare al CIPI e comunicare alla Commissione parlamentare la relazione annuale sullo stato di attuazione dei programmi in corso di esecuzione. In questo quadro non sempre lineare, emergeva la centralità dei programmi approvati dagli organi di programmazione (CIPE-CIPI), attraverso la mediazione del Ministro per le partecipazioni statali, programmi che erano termine di riferimento per la verifica della conformità dei singoli momenti dell'attività imprenditoriale pubblica alla politica economica nazionale.

Anche se va osservato che in passato non sono mai stati elaborati programmi chiari e completi - il che ha impedito al sistema di svilupparsi in maniera coerente ed efficiente -, tuttavia attualmente si lamenta una vera e propria assenza di

precise indicazioni di programmazione, mancando un centro unitario di responsabilità politica. Di fatto il CIPI è stato progressivamente emarginato nelle procedure di programmazione (77). L'art. 13 della legge n. 675 del 1977, che ha dato vita alla Commissione bicamerale per l'esame preventivo dei programmi di intervento delle partecipazioni statali, la quale realizzava a livello parlamentare un unico organismo con funzioni di vigilanza su tutta la politica industriale, è stato abrogato dal momento della soppressione del Ministero delle partecipazioni statali, ai sensi del quarto comma dell'art. 26 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, recante disposizioni in materia di finanza pubblica. Ma soprattutto con la soppressione del Ministero delle partecipazioni statali è venuta meno una ben delineata struttura di comando e nella disciplina sulle privatizzazioni manca una chiara indicazione dell'autorità a cui ora spetti il potere di esprimere indirizzi di carattere generale (78). La legge di soppressione del Ministero delle partecipazioni statali ha disposto la ripartizione su un piano organico delle attribuzioni di detto Ministero tra gli altri Ministeri che hanno competenza in materia. Tuttavia in questa maniera sorge il problema delle modalità per raggiungere un efficace coordinamento tra questi soggetti e tra i loro atti e comportamenti, al fine di evitare sovrapposizioni ed incertezze (79). Anche il programma di riordino delle partecipazioni relative alle società IRI, ENI, ENEL, IMI, BNL, INA, che il Ministro del tesoro ha predisposto ai sensi dell'art. 16 del d.l. n. 333 del 1992, come modificato dalla legge di conversione 8 agosto 1992, n. 359, ritiene che l'esperienza fatta secondo il dettato della presente legge, con un potere di decisione affidato a tre Ministri (Tesoro, Industria e Bilancio), ha avuto il carattere della «transitoria eccezionalità» ed auspica la «sperimentazione» di «più adeguati *luoghi istituzionali* nei quali, alla necessaria primazia da assegnare al Tesoro come azionista unico, possa accoppiarsi l'esperienza e la professionalità del Ministero dell'industria e di ciò che resta di quello delle partecipazioni statali e di altri Ministeri di settore direttamente interessati, oltre che l'esigenza di una visione globale, che non può che spettare al Ministero del bilancio» (80).

Non è chiaro quindi dall'attività di quale organo statale derivi il parametro di riferimento per l'attività di controllo sulla gestione. Inoltre, la mancanza di un unico centro di imputazione delle politiche economiche rende difficile anche il compito del Parlamento, che si trova costretto a commisurare le erogazioni per i soggetti che operano nel campo imprenditoriale alle disponibilità della finanza pubblica, anziché alle esigenze che dovrebbero emergere da una apposita programmazione (81).

Al profilo della mancanza di un soggetto istituzionalmente competente a tracciare gli obiettivi per l'azione degli enti pubblici economici trasformati, si salda strettamente l'altro, relativo alla vincolatività o meno dei poteri di indirizzo generale nei confronti delle società per azioni. È da ritenere che tale potere debba subire almeno un ridimensionamento, che va collegato all'acquisita natura privatistica degli enti destinatari degli atti di indirizzo (82).

A tal proposito un discorso a parte va fatto per le società che gestiscono servizi di pubblica utilità, quali quelle che operano nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni e delle fonti di energia. È proprio con specifico riferimento ad esse che sarebbe stato necessario fissare preventivamente le scelte pubbliche, intese come finalità istituzionali da tenere presenti nella gestione delle imprese. Ma la disciplina sulle privatizzazioni ha preferito, anziché privilegiare la funzione di indirizzo pubblico, ampliare il concetto di *golden share*, chiamato, nella versione italiana, a coprire qualsiasi generico «obiettivo di politica economica e industriale», anziché, come nell'originale inglese, solo i casi in cui sia in gioco l'interesse o l'indipendenza della nazione (83). Si pensi al fatto che attraverso la *golden share* il Ministro del tesoro dispone del potere di gradimento nei riguardi di chi desideri possedere il limite massimo previsto di azioni o in qualsiasi caso almeno il 5 per cento delle azioni; del potere di veto su qualsiasi operazione di ristrutturazione; del potere di nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco. Questo complesso di poteri può essere esercitato senza dover specificare i criteri seguiti nelle proprie decisioni e così l'esercizio del potere direttivo ai fini della funzionalizzazione agli interessi pubblici dell'attività delle società non si trova a rispondere ai moduli tradizionali di azione amministrativa, ma si presenta in forme ibride che non facilitano l'espletamento della funzione di controllo (84).

Il quadro attuale, mutato, incerto e sfuggente, non consente purtroppo di raggiungere conclusioni ferme con riferimento al tema dei controlli e del governo delle società frutto della trasformazione degli enti pubblici economici. L'unico dato sicuro che emerge dall'analisi è che l'intera tematica dei controlli di gestione necessita di essere rimediaata. L'esigenza garantista espressa tradizionalmente dal controllo della Corte dei conti non è venuta meno, ma di fronte ad un contesto diverso, occorre intraprendere nuove strade per soddisfarla, che non sono state finora esplorate. Con la soluzione adottata dalla Corte Costituzionale, che fa permanere il vecchio sistema dei controlli sulle società per azioni nate dalle

privatizzazioni, si riduce la privatizzazione alla sovrapposizione di una veste formale nuova ad una struttura originaria, che mantiene immutati i suoi caratteri tradizionali, e si perde l'occasione per introdurre nel sistema dei controlli i necessari correttivi in termini di efficacia per assolvere più adeguatamente il compito ad esso demandato. Il tentativo di conciliare le istanze liberistiche con quelle di governo pubblico dell'economia deve prendere le mosse dal regime dei controlli ed un chiarimento sul ruolo che esso è chiamato attualmente ad assumere si rende necessario, anche al fine di non perpetuare incertezze sui reali obiettivi e sul futuro delle privatizzazioni.

Note:

(1) Più precisamente il conflitto era stato sollevato nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro del tesoro, del Ministro del bilancio e della programmazione economica, del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e del Ministro delle partecipazioni statali. La Corte Costituzionale, con ordinanza del 13 maggio 1993, n. 242, in Gazz. Uff., 19 maggio 1993, I Serie speciale, n. 21, p. 42 ss., ha dichiarato ammissibile il conflitto in questione nei confronti del Governo e non dei singoli ministri, «in quanto attiene ad atti e comportamenti connessi all'interpretazione del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, e imputabili alla responsabilità collegiale del Governo, rappresentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri». Sulla legittimazione della Corte dei conti a sollevare il conflitto di cui all'art. 134 della Costituzione, nell'esercizio della sua funzione di controllo, cfr. Corte Costituzionale, sentenza 14 luglio 1989, n. 406, in Giur. cost., 1989, II, 1831 ss., ove si afferma che tale funzione, se pur ausiliare, risulta caratterizzata dalla posizione di piena autonomia dell'organo chiamato ad esercitarla. Ritiene «pacifico» che la Corte dei conti possa essere soggetto di un conflitto di attribuzioni anche nell'esercizio delle sue funzioni di controllo A. Cerri, La «mano pubblica» e la gestione privata di attività economica: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto, ivi, 1993, 3870.

(2) La Corte dei conti aveva infatti già avuto modo di affermare che «il controllo debba continuare ad essere svolto anche nei confronti delle figure societarie derivanti dagli enti al controllo stesso assoggettati ai sensi dell'art. 12 della l. n. 259» (Corte dei conti, sez. contr. enti, determinazione n. 23 del 18 giugno 1992, in Riv. Corte Conti, 1992, II, 204 ss.), e che «la riscontrata interruzione del rapporto di controllo della Corte sulle società per azioni succedute agli enti pubblici economici dà luogo ... ad uno stato di fatto contrastante con la legislazione vigente» e quindi

aveva dichiarato l'obbligo del Governo di adottare i provvedimenti di assoggettamento di tali società al controllo della Corte stessa (Corte dei conti, sez. contr. enti, determinazione n. 29 del 22 settembre 1992, in Riv. Corte Conti, 1992, I, 24 ss.; in senso analogo cfr. Corte dei conti, sez. contr. enti, determinazione n. 45 del 16 dicembre 1992, in Foro amm., 1993, 2575, con cui è stato deliberato di proporre dinanzi alla Corte Costituzionale conflitto di attribuzione nei confronti del Governo).

(3) La Corte dei conti, sez. contr. enti, con la determinazione 12 aprile 1994, n. 15, in Sett. giur., 1994, IV, 269 ss., ha riconosciuto che anche dopo la trasformazione dell'Ente porto di Savona in società, disposta dall'art. 2 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, permane la legittimazione della sezione enti ad esercitare il potere di controllo sulla struttura societaria a capitale pubblico, con le modalità in precedenza applicate, fino alla collocazione presso terzi della maggioranza del capitale, dei beni mobili e delle infrastrutture.

(4) Strettamente connesso a questa problematica è il disagio che si è sempre avuto nel fornire l'inquadramento della categoria degli enti pubblici economici, tant'è che parte della dottrina è giunta ad affermare la natura privata di tale categoria; si veda L.R. Levi, La persona giuridica pubblica. Concetto ed elementi distintivi, in Riv. trim. dir. pubbl., 1951, 588 ss., 614 ss., che sulla base della constatazione che gli enti pubblici economici «si muovono esclusivamente sul piano privatistico» e «non vengono in rilievo tra i soggetti attivi di potestà amministrativa nemmeno in una limitata sfera di attività» è giunto alla conclusione che tali enti rientrano tra le persone giuridiche private. Considera «spuria» la categoria degli enti pubblici economici M.S. Giannini, Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale ordinamento, in Rass. giur. dell'ENEL, 1974, 625. Per un panorama completo delle varie teorie proposte sul tema si rinvia a G. Rossi, Gli enti pubblici, Bologna, 1991, 114 ss.

(5) Così S. Cassese, Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni, in Stato e Mercato, 1992, 235 ss., 241; in tema cfr. anche, sempre dello stesso Autore, Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione, Milano, 1962, spec. 20 ss.

(6) La legge intende come contribuzioni ordinarie i contributi che, con qualsiasi denominazione, un'amministrazione o un'azienda autonoma statale abbia assunto a proprio carico, con carattere di periodicità, per la gestione finanziaria di un ente o che da oltre un decennio siano iscritti nel suo bilancio, oppure le imposte, le tasse e i contributi che con carattere di continuità gli enti siano autorizzati ad imporre o che siano comunque ad essi devoluti.

(7) L'IRI, l'ENI e l'INA furono sottoposti al controllo di cui all'art. 12 della legge n. 259, mediante d.P.R. 11 marzo e 25 aprile 1961, adottati ai sensi dell'art. 3 della legge medesima, mentre una specifica disposizione contenuta nella legge istitutiva dell'ENEL (art. 1, ult. comma, legge 6 dicembre 1962, n. 1643) venne ad assoggettare l'ente in questione al medesimo tipo di controllo.

(8) In questo senso v., con particolare decisione, G. Guarino, Partecipazione dello Stato al capitale di enti pubblici e controllo della Corte dei conti, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 189 ss., 194-205; Id., *Sistema delle partecipazioni statali e controlli*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, seconda serie, Milano, 1970, 435 ss., 437. La dottrina ha espresso un giudizio prevalentemente negativo in merito alla legge n. 259 del 1958, specie proprio a causa della difficoltà che essa ingenera circa l'individuazione degli enti da sottoporre a controllo; cfr. F. Franchini, *La partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti sovvenzionati dallo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 383 ss.; M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1959-1960, 168; O. Sepe, *Enti, sovvenzioni e controlli*, in *Giur. cost.*, 1962, 275 ss., 281 ss.; R. Annigoni, *Servizi pubblici «protetti»: chi controlla e «come»? Relazione al Convegno «Sistema dei controlli e riforma della Costituzione»*, tenutosi a Milano, 11/12 dicembre 1992, p. 5 ss. del dattiloscritto.

(9) Agli enti in questione incombeva l'obbligo di presentare ai ministeri competenti i progetti di bilancio e i rendiconti consuntivi. Mentre i progetti di bilancio venivano direttamente inviati, da parte del Ministro delle finanze, alle Assemblee legislative, i rendiconti consuntivi erano poi sottoposti al controllo della Corte dei conti, alla quale spettava il compito di esaminarli e restituirli con le deliberazioni e relazioni di sua competenza (artt. 1 e 2 del r.d. 8 aprile 1939, n. 720). Inoltre, il presidente della Corte aveva la facoltà di delegare presso gli enti un proprio rappresentante, con funzioni di riscontro agli effetti previsti dall'art. 15 della legge n. 129 del 1939 (art. 3 del r.d. n. 720/1939). Per un'analisi del sistema dei controlli sugli enti sovvenzionati dallo Stato precedente alla Costituzione si rinvia a F. Franchini, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 480 ss.; P. Paone, *La natura giuridica del controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati*, *ivi*, 1960, 142 ss.; O. Sepe, *Enti, sovvenzioni e controlli*, *cit.*, 282-283; E. Gallina, *Attività di controllo della Corte dei conti sulla gestione degli enti sovvenzionati dallo Stato (Premesse generali)*, in *Foro amm.*, 1965, 37 ss., 39 ss.; M. Sinopoli, voce *Corte dei conti*, in *Nss. Dig. It.*, vol. IV, 1968, 928 ss., 951 ss.; R. Perez, *La disciplina finanziaria degli enti pubblici dalla prima guerra mondiale agli*

anni sessanta, in *La disciplina finanziaria e contabile degli enti pubblici*, a cura di R. Perez, Bologna, 1991, 19 ss.

(10) Va tuttavia osservato che in concreto la procedura prevista dall'art. 15 della legge n. 129 del 1939 e dalle successive norme di attuazione (r.d. 8 aprile 1939, n. 720 e r.d. 30 marzo 1942, n. 442) non venne mai applicata e rimase lettera morta, come si evince dalle stesse Relazioni della Corte dei conti sul rendiconto generale dello Stato. Cfr. Corte dei conti, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato, esercizio 1940-41*, 11. Sulla scarsa effettività della legge del 1939 si vedano anche D. Serrani, *Corte dei Conti e controllo sugli enti*, Milano, 1975, 16, nt. 16; R. Perez, *La disciplina finanziaria degli enti pubblici*, cit., 36-38.

(11) D. Serrani, *Il potere per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Bologna, 1978, osserva che la categoria degli enti sovvenzionati è una categoria i cui confini sono indecifrabili. Essa sarebbe individuabile unicamente perché l'art. 100 della Costituzione prevede che sugli enti sovvenzionati in qualsiasi forma dallo Stato si eserciti un particolare controllo da parte della Corte dei conti; ma «è indubbio» che essa comprenda sia persone giuridiche pubbliche sia persone giuridiche private, accomunate dal fatto di ricevere finanziamenti dallo Stato in via ordinaria (p. 13-14). Sulla nozione di sovvenzione, che in questa sede non può essere approfondita, si rinvia a G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, parte prima, Milano, 1967, e parte seconda, Milano, 1971, e a E. Croci-G. Pericu, voce *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, 243 ss.

(12) Si vedano a tal proposito le osservazioni compiute dagli on. Perassi e Einaudi (Il Sottocommissione Costituente, seduta del 27 gennaio 1947, p. 887 e 886). Un ampio resoconto del dibattito avutosi in Assemblea Costituente è contenuto in V. Bachelet, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*, in *Giur. cost.*, 1958, 781 ss.; cfr. anche in tema A. Contenti, *Enti sovvenzionati e controllo di gestione. Funzione della Corte dei conti*, Napoli, 1983, 27 ss.; R. Perez, *La disciplina finanziaria degli enti pubblici*, cit., 70 ss.

(13) *Relazione della V Commissione permanente del Senato*, in *Atti Parlamentari, Senato, Il leg.*, doc. n. 97-A, p. 9. Per ulteriori informazioni sui lavori parlamentari della legge n. 259 del 1958, che ebbe un faticoso iter, dal momento che l'originario disegno di legge venne presentato dall'allora Presidente del Consiglio Pella di concerto con il Ministro del Tesoro Gava già il 19 ottobre 1953, cfr. V. Bachelet, *Il controllo della Corte dei conti*, cit., 781 ss.; G. Guarino, *Partecipazione dello Stato*, cit., spec. 204 ss.; R. Coltelli e A. De Stefano, *Codice delle partecipazioni e delle*

aziende patrimoniali dello Stato, 1961, I appendice; D. Serrani, Corte dei Conti e controllo sugli enti, cit., 32 ss.

(14) Diversa è la disciplina cui sono sottoposti gli enti previsti dall'art. 2: essi sono tenuti ad inviare alla Corte dei conti i conti consuntivi ed i bilanci di esercizio, con il relativo conto dei profitti e delle perdite (art. 4): i rappresentanti delle amministrazioni statali e delle aziende statali o degli enti pubblici che facciano parte, in quanto tali, dei collegi sindacali o di revisione degli enti destinatari delle contribuzioni devono fornire alla Corte dei conti, su richiesta della medesima, ogni informazione e notizia (art. 5); inoltre, qualora la Corte dei conti ritenga insufficienti, ai fini del controllo, gli elementi ad essa pervenuti, può chiedere agli enti controllati e ai Ministeri competenti informazioni, notizie, atti e documenti concernenti le gestioni finanziarie (art. 6).

(15) Cfr., da ultimo, Corte dei conti, sez. contr. enti, 16 dicembre 1986, n. 1898, in Riv. Corte conti, 1987, I, 1016 ss.; 7 febbraio 1989, n. 2014, ivi, 1989, I, 43 ss., e, in dottrina, E. Colabucci, Profili costituzionali delle funzioni di controllo della Corte dei conti con particolare riguardo al controllo degli enti sovvenzionati dallo Stato, in Enti pubbl., 1985, 325 ss., 327; S. Cassese, Natura e limiti del controllo della Corte dei conti sugli enti di gestione, in Studi in onore di V. Ottaviano, vol. I, Milano, 1993, 211 ss., 214-216; C. Pinelli, Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice, in Giur. cost., 1993, 3872 ss., 3874.

(16) D. Serrani, Corte dei conti, cit., 15.

(17) Numerosi Autori hanno individuato nell'esigenza di sottrarsi alle norme pubblicistiche la ragione principale della nascita e dello sviluppo del sistema degli enti pubblici; cfr. M.S. Giannini, Le imprese pubbliche in Italia, in Riv. soc., 1958, 227 ss., 250; S. Cassese, Il sistema amministrativo italiano, Bologna, 1983, 36 ss., 262 ss.; Id., Amministrazione pubblica e interessi in Italia, in Dir. soc., 1992, 223 ss., 233-235, nonché F. Galgano, Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. I, Padova, 1977, 3 ss., 116; G. Rossi, Gli enti pubblici, cit., 47 ss.

(18) Nel 1912 nel corso della discussione parlamentare relativa alla costituzione dell'INA, che può essere considerato il capostipite degli enti pubblici economici, Nitti palesò la volontà di creare, con l'assunzione dell'esercizio delle assicurazioni sulla vita da parte dello Stato in regime di monopolio, «non un nuovo organo della burocrazia statale, ma una vera e propria impresa, con carattere mercantile, che non differisca dalle similari se non in quanto la proprietà ne appartenga allo Stato, invece che ad azionisti od a soci» (F.S. Nitti, Scritti di economia e finanza, vol. V,

Bari, 1969, 303). Su questo profilo cfr. anche F.S. Nitti, *Discorsi parlamentari*, II, Roma, 1974, 576 ss. A tal riguardo R. Perez, *La disciplina finanziaria degli enti pubblici*, cit., 22 ss., evidenzia il fatto che la giuspubblicistica del tempo non aveva preso esplicitamente in considerazione il problema dei controlli di questi soggetti di recente costituzione (eccezion fatta per G. Scagnetti, *Gli enti di privilegio nell'economia corporativa italiana*, Padova, 1942, 19 ss.), mentre i politici reclamavano l'assenza di controlli come dato loro caratterizzante.

(19) Appartiene a M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche*, cit., 227 ss., la oramai classica individuazione di una «stratificazione di tre esperienze diverse» nella teoria delle imprese pubbliche, e più precisamente del modulo delle imprese organo, di quello delle imprese-ente pubblico e di quello, infine, delle imprese «ordinarie in partecipazione pubblica». Tale profilo è poi stato ripreso da numerosi studiosi; cfr. S. D'Albergo, voce *Impresa pubblica*, in *Nss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, 379; F. Roversi Monaco, *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, Padova, 1977, 385 ss., 396 ss.; M.T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, 36 ss.

(20) Anche se il principio di sottoporre gli enti a controllo emerse in maniera oltremodo faticosa; cfr. l'indagine storica compiuta da R. Perez, *La disciplina finanziaria degli enti pubblici*, cit., spec. 28 ss.

(21) O. Sepe, *Note sulla legge istitutiva della Corte dei conti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 89 ss.; sul contenuto, efficacia e natura del controllo della Corte dei conti fondamentale risulta essere l'analisi compiuta da O. Ranelletti, *La funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 1912, 341 ss., ora anche in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, vol. V, Camerino, 1992, 67 ss. Un sintetico quadro è rinvenibile altresì in F. Benvenuti, *Crisi dello Stato e crisi dei controlli finanziari*, in *La Corte dei conti strumento di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica*, Atti del Convegno «Corte dei conti e finanza pubblica», Napoli-Salerno, 19-21 giugno 1979, Napoli, 1979, 342 ss. Sulla diversità sussistente tra controllo sugli enti pubblici tradizionali e sulle imprese limpide sono le pagine di E. Capaccioli, *Servizio pubblico e impresa*, in *Impr. amb. pubbl. amm.*, 1974, 1 ss.

(22) V. Ottaviano, voce *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, 669 ss., 688; R. Coltelli, *L'oggetto del controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato*, in *Riv. Corte conti*, 1989, III, 258 ss.

(23) Sulla formazione del sistema delle partecipazioni statali cfr. S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 13 ss.; P. Saraceno, voce *Partecipazioni statali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, 1982, 43 ss., 46 ss.

(24) P. Saraceno, voce *Partecipazioni statali*, cit., 60.

(25) R. Coltelli, *Il fondo di dotazione negli enti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 452 ss., 465. In tema v. anche G. Corrales, *I fondi di dotazione degli enti ed i limiti del controllo della Corte dei conti*, in *Foro amm.*, 1984, 820 ss.; A. Andreani, *Fondo di dotazione degli enti pubblici economici e profili di organizzazione*, in *Scritti per M. Nigro*, vol. II, Milano, 1991, 33 ss., spec. 43 ss.

(26) P. Saraceno, voce *Partecipazioni statali*, cit., 61. Con la legge 2 dicembre 1956, n. 1589, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali, tutte le partecipazioni azionarie dello Stato sono state inquadrate negli enti autonomi di gestione, i quali, data la loro natura pubblicistica e la costituzione del loro patrimonio mediante apporto dello Stato, ricadono «nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della l. 21 marzo 1958, n. 259, con ciò stesso attraendo indirettamente e di riflesso, nella sfera del controllo della Corte le partecipazioni da essi gestite» (Corte dei conti, *Relazione sugli enti sovvenzionati dallo Stato, Periodo 1951-60*, vol. I, Premessa, IX, n. 4). Sulla posizione della Corte dei conti nei confronti delle società partecipate dagli enti di gestione v., diffusamente, R. Dickmann, *Contenuto e limiti del controllo della Corte dei conti sugli enti di gestione e sulle società partecipate*, in *Riv. Corte conti*, 1990, III, 234 ss., 265 ss.; S. Cassese, *Natura e limiti del controllo*, cit., 217; quest'ultimo Autore ha osservato che vi è stata una sorta di parallelismo tra controllo della Corte dei conti e vigilanza del Ministero delle partecipazioni statali: così come il Ministero non disponeva del potere di intervenire direttamente sulle società per azioni, la Corte dei conti non poteva estendere il suo controllo a tali società se non in via mediata.

(27) Cfr. soprattutto O. Ranelletti, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 337 ss., ora anche in O. Ranelletti, *Scritti giuridici scelti*, cit., 85 ss.; ma si vedano anche le critiche a tale posizione espresse da A. Amorth, *I contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati*, in *Studi Urbinati*, 1931, 97 ss., spec. 100; F. Franchini, *Il controllo della Corte dei conti*, cit., 485; G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, cit., 21 ss.

(28) La memoria di G. Oppo e A. Pace per la Corte dei conti è stata pubblicata integralmente in *Giur. cost.*, 1993, 3861 ss.

(29) Ad occuparsi di questa tematica è soprattutto il punto 5 del considerato in diritto della sentenza, in cui si afferma che la stessa normazione sulle privatizzazioni che ha dato luogo al conflitto «costituisce un esempio di quanto si presenti oggi sfumata la linea di confine che, nell'ambito di discipline speciali quali quelle in esame, viene a distinguere gli enti pubblici dalle società di diritto privato».

(30) Si veda la definizione di «impresa pubblica» fornita dall'art. 2 della direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, e dall'art. 1 della direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni. In dottrina sul punto cfr. D. Sorace, L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale, in Riv. it. dir. pubbl. comm., 1992, 357 ss. il quale osserva che nel concetto di impresa pubblica comunitaria «sono riunite figure organizzative che si è usi considerare distinte nel nostro diritto nazionale (dall'azienda autonoma, all'ente pubblico economico, alla società per azioni a partecipazione pubblica di diritto ordinario o speciale)» (p. 378).

(31) Nel diritto nazionale più che di una evoluzione complessiva e coerente si può parlare di alcune linee di tendenza manifestatesi in campi tra loro diversi dell'azione amministrativa. Si veda, ad esempio, la recente giurisprudenza che ha considerato atti amministrativi agli effetti della giurisdizione gli atti di un privato concessionario di opera pubblica (cfr. innanzitutto Cass., Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in Cons. St., 1991, II, 793 ss., ma anche Tar Lazio, sez. III, 30 settembre 1986, n. 3060, in I TAR, 1986, I, 3270 ss.; Tar Lombardia, Milano, 12 luglio 1990, n. 441, in I TAR, 1990, I, 3023 ss.; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250, in Cons. St., 1991, I, 1491 ss.; Tar Lazio, sez. II, 29 settembre 1992, n. 1934, in I TAR, 1992, I, 3842 ss.). Ma cfr. anche le critiche mosse a tale orientamento da E. Cannada Bartoli, Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione, in Foro amm., 1991, 929 ss., spec. 943.

(32) Su questo specifico punto cfr. infra, par. 7.

(33) In tale ipotesi l'assoggettamento andrà infatti valutato «alla luce di una ponderazione degli interessi pubblicistici coinvolti e non attraverso l'applicazione meccanica di categorie del diritto societario che presuppongono un assetto privatistico degli interessi» (R. Perna, Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei conti, in Foro it., 1993, III, 285 ss., 288).

(34) Cfr., per tutti, D. Serrani, *Corte dei conti*, cit., passim; F. Roversi Monaco, *L'attività economica pubblica*, cit., 507 ss. Anche se non direttamente rilevante, può essere però ricordato che nella prospettiva di introdurre e sviluppare forme di controllo correlate ai criteri di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa si colloca la recente legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti. È stato tuttavia osservato che la normativa, riflettendo molte delle resistenze culturali alla riforma dei controlli, aggiunge «qualche ulteriore complicazione nel già difficile percorso verso la costruzione del nuovo modello di controllo successivo sulle pubbliche gestioni» (G. D'Auria, *Controllo successivo su gestioni amministrative e controllo di legittimità su atti: alla ricerca di una «onorevole» convivenza*, in *Foro it.*, 1994, III, 191 ss., 196).

(35) La fattispecie del controllo è stata tradizionalmente ricostruita come composta da un giudizio sull'attività o su singoli atti e da una misura, conseguente all'esito del giudizio. Giudizio e misura sono strettamente legati tra loro, poiché il momento del giudizio è determinante della misura; così M.S. Giannini, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1988, II ed., 320 ss. Secondo U. Pototschnig, *Intervento*, in *La Corte dei conti strumento di attuazione*, cit., vol. I, 253 ss., 254-256, il significato tradizionale di controllo che considera abbinati il momento della verifica e quello dell'adozione di misure conseguenti alla verifica discende dal fatto che la teoria dei controlli si è formata prevalentemente con riguardo ai controlli sull'amministrazione locale, nei confronti della quale il controllo «serviva ad assicurare la riconduzione dell'azione degli enti locali ai fini voluti dal potere centrale, di qui l'annullamento, di qui la mancata approvazione della delibera dell'ente locale, impeditiva della efficacia del provvedimento» (p. 254). L'origine dell'attuale sistematica dei controlli, così come delineata da Pototschnig, si rinviene in U. Forti, *I controlli sull'amministrazione comunale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, II, 2, Milano, 1915, 607 ss., spec. 609-611.

(36) In questi ultimi termini, tra i tanti, si è espresso Tar Lazio, sez. II, 4 aprile 1985, n. 818, in *I TAR*, 1985, 1544 ss. Già nel 1954 esprimeva dubbi che nel caso del controllo sugli enti sovvenzionati dallo Stato si potesse parlare effettivamente di controllo F. Franchini, *Il controllo della Corte dei conti*, cit., 493 ss., che si domandava: «si può allora, fondatamente parlare di un'attività piena di controllo, là dove manchino al soggetto controllante i necessari poteri decisori che gli permettano di intervenire direttamente rispetto agli atti o alla attività controllata o, addirittura, nei confronti del soggetto che l'ha posta in essere?» (p. 494-495).

Analoghe considerazioni si ritrovano in un altro scritto del medesimo Autore di poco successivo, *La partecipazione della Corte dei conti*, cit., 389 ss. Si veda anche S. D'Albergo, *Controllo «politico» e di «legalità» negli enti di gestione*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, vol. III, Milano, 1967, 281 ss., spec. 290-291.

(37) P. Paone, *La natura giuridica del controllo*, cit., 147, ricorda che la Corte dei conti era stata configurata già dalla dottrina ottocentesca, non solo italiana, come «emanazione del Parlamento» o «Commissione permanente di questo».

(38) Suggestisce invece l'utilizzo di tali misure per dare effettività all'attività di controllo S. Cassese, *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Il corr. giur.*, 1993, 217 ss., 233. Anche E. Capaccioli, *Brevi note in tema di controllo e giurisdizione, con speciale riguardo alla Corte dei conti*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 324 ss., invoca l'applicazione di sanzioni appropriate che accompagnino il controllo della Corte sugli enti sovvenzionati, sia per rendere serio ed efficace il controllo, sia nell'interesse degli stessi responsabili degli enti (p. 335-337). Sul mancato raccordo funzionale tra Corte dei conti e Parlamento cfr. D. Serrani, *Il potere per enti*, cit., 24; G. Carbone, in G. Carbone, A. De Stefano, M.S. Giannini, *Incontro sui problemi della Corte dei conti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 3 ss.; F. Roversi Monaco, *L'attività*, cit., 507; S. Cassese, *Il sistema amministrativo*, cit., 271; Id., *Le disfunzioni dei controlli amministrativi*, in *I controlli nella pubblica amministrazione*, a cura del medesimo Autore, Bologna, 1993, 13 ss., 20-21; G. D'Auria, *Modelli di controllo nel settore pubblico: organi, parametri, misure*, ivi, 201 ss., spec. 215 e 221; G. Berti, *Enti pubblici in Italia*, in *Foro it.*, 1992, V, 1 ss., 4.

(39) *Relazione della V Commissione permanente del Senato*, in *Atti Parlamentari, Senato, Il leg.*, doc. n. 97/A, p. 9.

(40) Dal momento che il settore delle imprese a partecipazione statale è stato concepito fin dall'inizio come un «settore con limiti mobili», le dismissioni sono sempre state compiute (S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 32 ss., 34-35). Così l'IRI dal 1933 al 1958 ha venduto il 60-70 per cento del proprio patrimonio iniziale e negli anni Ottanta le privatizzazioni realizzate in Italia hanno costituito 1/10 delle privatizzazioni mondiali; tali privatizzazioni sono state però poco «visibili», perché non sono state oggetto di una esplicita politica governativa, né di discussioni parlamentari se non in casi eccezionali, né di attenzione da parte dell'opinione pubblica (sempre S. Cassese, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, cit., 238-239). Sul fenomeno delle dismissioni cfr. anche A. Aronica, *Le privatizzazioni nelle partecipazioni statali: uno studio di casi*,

in *Le politiche di privatizzazione in Italia*, a cura di A. Di Majo, Bologna, 1989, 149 ss.

(41) Dapprima il d.l. 3 ottobre 1991, n. 309, recante disposizioni per la trasformazione degli enti pubblici economici e dismissioni delle partecipazioni statali, aveva disposto che gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali, potessero essere trasformati in società per azioni. Sopravvenuta la decadenza, il Governo fu costretto a reiterare il provvedimento; il nuovo d.l. 5 dicembre 1991, n. 386, riproduceva il testo del primo decreto, con la sola aggiunta di una disposizione dedicata all'alienazione dei beni patrimoniali dello Stato (art. 2). Chiesta la questione di fiducia sia alla Camera sia al Senato, il Governo fece approvare il decreto che venne quindi convertito in legge senza alcuna modificazione (legge 29 gennaio 1992, n. 35). In seguito il d.l. 11 luglio 1992, n. 333, recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica, ha mutato radicalmente la disciplina sulla trasformazione degli enti prevista dalla legge n. 35 del 1992. Il decreto, che è stato poi convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 359, prevede la trasformazione «per legge» dell'IRI, dell'ENI, dell'ENEL e dell'INA in società per azioni dalla data di entrata in vigore del decreto, con attribuzione delle azioni al Ministero del Tesoro (art. 15, commi primo e terzo). Il provvedimento delega inoltre al CIPE il potere di deliberare la trasformazione «di enti pubblici economici, qualunque sia il loro settore di attività» (art. 18). Per quanto riguarda poi l'alienazione delle partecipazioni statali, che è la fase che segue a quella preliminare della trasformazione degli enti e che conclude il processo di privatizzazione, dopo l'emanazione di ben quattro decreti legge contenenti norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, che sono tutti decaduti per mancata conversione (d.l. 27 settembre 1993, n. 389; d.l. 29 novembre 1993, n. 486; d.l. 31 gennaio 1994, n. 75; d.l. 31 marzo 1994, n. 216), si è avuta, con la legge 30 luglio 1994, n. 474, la conversione in legge dell'ultimo decreto, il d.l. 31 maggio 1994, n. 332.

(42) È questo un rilievo mosso dalla maggioranza dei primi commentatori della disciplina delle privatizzazioni; cfr. G. Di Chio, *La privatizzazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali*, in *Le società*, 1991, 1453 ss.; P. Schlesinger, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, 126 ss.; P.G. Jaeger, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 989 ss.; G. Ragusa Maggiore, *La grande illusione della privatizzazione degli*

enti di gestione, in *Dir. fall.*, 1992, 441 ss.; M.T. Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1992, Torino, 69 ss., e soprattutto, *Appendice. Il d.l. 11 luglio 1992, n. 333 e la privatizzazione delle imprese pubbliche: ultimo atto?*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., 262 ss.; E. Cicconi, *La privatizzazione degli enti pubblici economici dopo il d.l. 333/1992*, in *Quad. giur. dell'impr.*, 1992, 2, 17 ss.; G. Di Gaspare, *La trasformazione degli enti pubblici economici e la dismissione delle partecipazioni statali. Verso un nuovo ibrido: la s.p.a. di diritto pubblico?*, in *Nomos*, 1992, 7 ss., spec. 24 ss.; G. Crisci, *La politica italiana delle privatizzazioni: aspetti legali*, in *Cons. St.*, 1992, II, 1793 ss.; *Tavola rotonda sul tema della «privatizzazione»*, in *Il dir. reg.*, 1993, 799 ss.

(43) Allo stato attuale la più completa trattazione, sia pure sotto un profilo non giuridico, dello sfaccettato fenomeno delle privatizzazioni si trova in G. Dossena, *La privatizzazione delle imprese. Modalità, problemi e prospettive*, Milano, 1990, che distingue ben undici modalità attraverso le quali il processo di privatizzazione può avere luogo, e precisamente, la deregolamentazione, l'incentivazione di istituzioni alternative, l'apertura del monopolio alla concorrenza, la modificazione del metodo di prelievo del corrispettivo per l'acquisto di beni e servizi, l'allineamento di condotta tra imprese pubbliche e imprese private, la privatizzazione dei rendimenti pubblici, la privatizzazione fredda, la diluizione del controllo, la privatizzazione formale, la privatizzazione funzionale, la privatizzazione sostanziale. Le differenti tipologie di privatizzazione si distinguerebbero al loro interno principalmente per la diversa intensità e per il grado di revocabilità. Per una trattazione di analogo carattere del tema delle privatizzazioni cfr. G. Yarrow, *La privatizzazione in teoria e in pratica*, in *Queste ist.*, 1987, 111 ss., e ivi, 1988, 29 ss.

(44) Cfr. legge 30 luglio 1990, n. 218 e relativo D.Lgs. 20 novembre 1990, n. 356, poi modificato dal D.Lgs. 14 dicembre 1992, n. 481. In questo senso v. G. Di Chio, *La privatizzazione degli enti di gestione*, cit., 1453; M.T. Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 63 ss.; e soprattutto, la Memoria della Banca d'Italia del febbraio 1988, *Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello società per azioni*, 1988.

(45) U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 295 ss., 299-300. In tema, sempre dello stesso Autore, cfr. anche *Poteri pubblici ed attività produttive*, in *Dir. ec.*, 1990, 33 ss.

(46) La Sezione controllo enti, fin dall'inizio della sua attività, «si propose l'alternativa tra un controllo di legittimità ed un controllo di merito, senza pervenire

ad una soluzione definitiva, in quanto il primo modulo appariva troppo riduttivo, ed il secondo realisticamente non realizzabile, oltre che di dubbio fondamento» (R. Coltelli, *L'oggetto del controllo*, cit., 258).

(47) Sul punto, diffusamente, V. Ottaviano, voce *Impresa pubblica*, cit., 688; P. Saraceno, voce *Partecipazioni statali*, cit., 64-65; F. Roversi Monaco, *L'attività economica pubblica*, cit., 470 ss.

(48) Corte conti, sez. contr. enti, 17 marzo 1987, n. 1910, in *Foro amm.*, 1989, 1262, che così si è espressa in occasione della cessione da parte di un ente di gestione del pacchetto azionario di una propria società partecipata, restando gli atti di alienazione condizionati alla definitiva autorizzazione ministeriale. Sempre la Corte dei conti ha precisato che «il requisito della effettiva redditività del capitale investito postula, se introdotto, la rinuncia a pretendere il perseguimento, da parte degli enti di gestione, di altri fini finora affidati agli enti stessi (promovimento della industrializzazione del Mezzogiorno, mantenimento dei livelli occupazionali, etc.)» (Corte dei conti, sez. contr. enti, determinazione n. 1659 del 17 maggio 1982, relativa al questionario della Quinta Commissione permanente del Senato sull'indagine conoscitiva sull'assetto delle Partecipazioni statali, edito nel 1982). Sul contenuto da attribuire al criterio di economicità esemplare per chiarezza appare la determinazione della Corte dei conti 1 luglio 1975, n. 1248, in *Giur. comm.*, 1975, 686 ss., commentata anche da G. Minervini, *Logica programmatica ed economicità di gestione nel controllo della Corte dei conti sulle partecipazioni statali*, ivi, 585 ss.

(49) Su questo punto e sul fenomeno generale della degenerazione del modello dell'impresa pubblica, incapace di realizzare un equilibrio economico-finanziario, si rinvia a A. Di Majo, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., vol. I, 333 ss., spec. 358; M.T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, cit., 254 ss.

(50) Si veda anche quanto sostenuto da R. Coltelli, *La trasformazione in s.p.a. degli enti pubblici economici e il controllo della Corte dei conti ai sensi dell'art. 100 della Costituzione*, in *Cons. St.*, 1994, II, 517 ss., 518-519. Può essere qui ricordato che la scienza aziendalistica riconosce che il criterio di economicità che deve guidare la costituzione e la gestione delle imprese è suscettibile di diversa interpretazione (F. Onida, *Economia d'azienda*, Torino, 1973, 56 ss.; E. Borgonovi, *L'impresa pubblica*, Milano, 1979, 120 ss.) In particolare, si suole distinguere tra una «economicità aziendale» ed una «economicità superaziendale». Nel primo caso le imprese devono trovare negli scambi di mercato «le proprie condizioni di

durovole esistenza», non potendo contare sul sostegno di altre «economie private o pubbliche». Nel secondo la singola azienda, pur non essendo di per sé autosufficiente, «trova giustificazione, oltre che necessari fattori di sussistenza» in un complesso superaziendale, che può consistere in un gruppo d'impresе o nell'economia di uno Stato (E. Borgonovi, op. cit., 144).

(51) In questo senso G. Pericu, Enti pubblici e società a partecipazione pubblica: modelli di gestione dell'impresa pubblica, Relazione al Convegno «Ente pubblico ed enti pubblici», tenutosi a Firenze, 25-26 ottobre 1991. Sulla necessità di «evitare confusioni e contaminazioni capaci di condurre soltanto al danno della collettività mediante la riduzione, oltre i limiti di tolleranza, dell'area donde deve provenire l'accumulo di risparmio» v. anche E. Capaccioli, Servizio pubblico e impresa, cit., spec. 15-16.

(52) T. Ascarelli, Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica, in Riv. soc., 1959, 995 ss., 1015-1016, parla di «imperfezione» della società per azioni quale «strumento per l'esercizio di un'attività pubblica». La natura privata della società per azioni diviene infatti «ora strumento di subordinazione dell'attività economica pubblica ai criteri dell'attività economica privata - come quando partecipino nella stessa società enti pubblici e privati -, ora ostacolo a una conveniente disciplina della pubblica attività». L'Autore propende quindi per la «superiorità» della formula dell'ente pubblico economico rispetto a quella della società per azioni, «per quanto concerne l'esercizio di una attività economica pubblica».

(53) Con la diffusione del modello delle società per azioni a partecipazione pubblica il primo problema che si è dovuto affrontare è stato quello relativo alla natura pubblica o privata di tali società. Si pensi all'Agip - costituita con d.l. 3 aprile 1923, n. 356 -, la cui natura giuridica fu per lungo tempo incerta. Il Consiglio di Stato definì l'Azienda generale italiana petroli ente pubblico che solo per «ragioni di opportunità contingente» aveva adottato la forma dell'anonima (Consiglio di Stato, sez. IV, 19 gennaio 1938, in Giur. it., 1938, III, 109 ss., con nota di F.C.(ammeo), il quale critica la sentenza, in considerazione del fatto che «per definire se l'attività dello Stato o di altri enti che esso promuova siano da ritenersi pubblici, la forma assume una importanza decisiva». Tale posizione è stata poi sviluppata dall'Autore nel suo ultimo scritto, Società commerciale ed ente pubblico, Firenze, ed. postuma, 1947). In seguito la Cassazione riconobbe la natura di società per azioni dell'AGIP (Cass., Sez. Un., 7 marzo 1940, n. 1337, in Foro it., 1941, I, 199 ss., con nota di G. Ferri, Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente, che ha poi ripreso le

considerazioni ivi svolte in Pubblico e privato nelle partecipazioni statali, in Riv. dir. comm., 1988, I, 413 ss., ritenendo che non vi sia incompatibilità alcuna tra la natura di ente pubblico e la qualità di commerciante). Per una ricostruzione del dibattito avutosi in materia si rinvia a B. Sordi, Origine e itinerari scientifici della nozione di «ente pubblico» nell'esperienza italiana, Relazione al Convegno «Ente pubblico ed enti pubblici», tenutosi a Firenze, 25-26 ottobre 1991, p. 13 ss. del dattiloscritto; G. Rossi, Le società per azioni. Enti pubblici, in Studi in memoria di F. Piga, vol. II, Milano, 1992, 1813 ss.

(54) Su tale nozione cfr. G. Visentini, Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale, Milano, 1979.

(55) R. Franceschelli, Cenni per memoria sul monopolio statale della televisione, in Riv. dir. ind., 1960, II, 314; S. D'Albergo, I caratteri pubblicistici della RAI, in Comune democratico, 1976, 30 ss.; M. Nigro, Sulla natura giuridica della RAI-Radiotelevisione italiana, in Cons. St., 1977, II, 785 ss.; E. Bocchini, RAI. La «società per azioni» RAI, Napoli, 1983.

(56) Cfr. riassuntivamente, M. Carabba, voce GEPI, in Dig. disc. pubbl., vol. VII, Torino, 1991, 131 ss.

(57) Sulla particolare «società per azioni con personalità giuridica di diritto pubblico» Age Control, cfr. E. Cicconi, Società «legali» e società «pubbliche»: due esperienze sintomatiche, in Quad. giur. dell'impresa, 1992, 1, 5 ss.

(58) Sulla trasformazione disciplinata dal d.l. n. 333 del 1992, che è fenomeno distinto sia dalla trasformazione delle società di cui agli artt. 2498 ss. del codice civile, sia dalla trasformazione prevista dall'art. 28 del codice civile, si vedano le osservazioni di N. Marzona, Trasformazione e fusione di enti, in Jus, 1991, 41 ss., e di E. Cicconi, La privatizzazione degli enti pubblici economici, cit., 17-19.

(59) Ai sensi del quinto comma del d.l. n. 333 del 1992, la pubblicazione del decreto medesimo tiene luogo di tutti gli adempimenti in materia di costituzione delle società previsti dalla normativa vigente. Per N. Marzona, Trasformazione e fusione di enti, cit., in questa ipotesi la trasformazione del soggetto pubblico in soggetto privato è connessa ad un «intervento autoritario, politico-legislativo» (p. 55, nt. 36). In tema cfr. anche C. Ibba, Le società «legali», Torino, 1992, 362 ss.

(60) Così P.G. Jaeger, Problemi attuali, cit., 995-996. In tema di determinazione del capitale sociale cfr., oltre gli artt. 15 e 16 del d.l. n. 333 del 1992, come modificati dalla legge di conversione, il d.l. 21 giugno 1993, n. 198, convertito nella legge 9 agosto 1993, n. 292.

(61) Va tuttavia segnalata un'evoluzione del sistema verso il superamento del limite del socio unico, a seguito della direttiva del Consiglio della Comunità Europea 21 dicembre 1989, n. 89/667/CEE, nonché della legge 30 luglio 1990, n. 218, sulla ristrutturazione degli istituti di credito di diritto pubblico, e del successivo d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356. In tema cfr. anche Corte Costituzionale, 5 febbraio 1992, n. 35, in *Giur. cost.*, 1992, 178 ss.

(62) Cfr. specialmente i punti 11, 14 e 18 della deliberazione.

(63) L'individuazione deve avvenire per mezzo di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con i Ministri del bilancio e dell'industria, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari.

(64) È stata così introdotta anche nel nostro ordinamento la c.d. golden share, prevista inizialmente nella legislazione inglese e ripresa poi in Francia dalla legge 6 agosto 1986, n. 912 con la denominazione di *action spécifique* e dalla successiva legge 19 luglio 1993, n. 923. Per un'analisi delle privatizzazioni inglesi, con special riguardo all'istituto della golden share, si rinvia a V. Wright, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 86 ss.; A. Lolli, *Privatizzazione del sistema elettrico nel Regno Unito ed evoluzione del sistema elettrico italiano*, in *Rass. giur. enel*, 1992, 337 ss.; M. Niada, *Le privatizzazioni degli altri*, Milano, 1993, spec. 63 ss.; per quanto riguarda invece le privatizzazioni francesi cfr. M. Durupty, *Le privatizzazioni in Francia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 46 ss.; uno sguardo comparatistico in materia si ritrova in T. Padoa Schioppa, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in *Riv. soc.* 1992, 91 ss.; S. Cassese, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, cit., 239 ss.; G. Di Gaspare, *La trasformazione degli enti pubblici economici*, cit., 15-24.

(65) Sempre il medesimo paragrafo della Relazione al codice civile afferma che «il frequente ricorso allo schema della società per azioni per la creazione di imprese che lo Stato intende sottrarre all'iniziativa privata o gestire in unione con questa riconferma sotto questo profilo la vitalità dell'istituto delle società azionarie. In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici» (cors. agg.).

(66) G. Minervini, *Società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 1982, 181 ss., 188-190, si chiede infatti quale «scopo ha invero modellare l'intervento pubblico nelle forme del diritto privato, se poi la disciplina da applicare è quella del diritto pubblico?». Svolge analoghi rilievi P.G. Jaeger, *Problemi attuali*, cit., spec. 999 ss.

In tema cfr. altresì N. Irti, Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico), in Riv. soc., 1993, 465 ss., 472-475; G. Oppo, La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari, in Riv. dir. civ., 1994, 771 ss., 774-776.

(67) La Commissione comunitaria, seguita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha fatto sempre applicazione del principio «dell'investitore in economia di mercato» per l'individuazione di aiuti statali negli interventi di finanziamento a favore di imprese pubbliche. In base ad esso, «per assicurare il rispetto del principio di parità di trattamento», l'aiuto deve essere valutato «come corrispondente alla differenza tra le condizioni alle quali lo Stato ha assegnato i fondi dell'impresa pubblica e le condizioni alle quali un investitore privato, operante secondo la logica di un investitore operante in condizioni normali di economia di mercato, avrebbe accettato di finanziare un'impresa privata» (cfr. Comunicazione della Commissione agli Stati membri relativa all'applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CEE e dell'art. 5 della direttiva della Commissione 80/723/CEE alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera, in GUCE, n. C 273 del 18 ottobre 1991). Cfr. in tema M.T. Cirenei, Le imprese pubbliche, cit., 254 ss., 281 ss., e Id., Le società per azioni, cit., 28 ss., ma utili spunti si ricavano altresì da G. Guarino, Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie, in Quad. cost., 1992, 21 ss. In riferimento alla parità di trattamento tra imprese pubbliche e private vedasi ora anche l'art. 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

(68) Si veda anche la Circolare n. 29/1992 dell'Assonime, in Riv. soc., 1992, 143 ss., per la quale la trasformazione degli enti pubblici in società per azioni viene ad assumere «la funzione di mezzo per far venire in essere partecipazioni azionarie dello Stato smobilizzate sul mercato» (punto 11).

(69) G. Di Chio, La privatizzazione degli enti di gestione, cit., 1454; M. Clarich, Per Eni e Iri indietro tutta, in Sole 24 ore del 29 dicembre 1994.

(70) Sulla distinzione tra programmi e direttive nel sistema delle partecipazioni statali cfr. F. Merusi, Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica, in Riv. trim. dir. pubbl., 1972, 292 ss., che aggiorna quanto dal medesimo Autore illustrato in Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione, Milano, 1965; in merito a tale tematica si vedano anche S. D'Albergo, voce Direttiva, in Enc. dir., vol. XII, Milano, 1964, 605 ss.; F. Roversi Monaco, La direzione e il controllo delle imprese pubbliche, in Trattato di diritto commerciale, cit., 483 ss.

- (71) Assai chiaro sul punto è D. Serrani, Corte dei conti, cit., passim, ma spec. 73.
- (72) Sui rapporti intercorrenti tra prima e seconda legge sulle privatizzazioni cfr. infra, in questo stesso paragrafo.
- (73) Tant'è che è stato affermato che «non si saprebbe dire se sia più difficile capire a quali (e dettati da chi) indirizzi intenda riferirsi il legislatore, ovvero quale rilevanza effettivamente vincolante possano avere, in ordine a concreti atti di gestione di società private, semplici indirizzi di carattere generale dettati da autorità governative» (P. Schlesinger, La legge sulla privatizzazione, cit., 136-137).
- (74) V. Bachelet, L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia, Milano, 1957, p. 150, nt. 105. Lo stesso V. Ottaviano, Considerazioni sugli enti pubblici strumentali, Padova, 1959, pur propenso a riconoscere il potere di impartire direttive obbligatorie per gli enti strumentali, limita tali direttive alla indicazione di programmi o finalità generali, poiché «l'organo statale non può imporre il compimento di un atto determinato» (p. 72 ss.). Su tale problematica cfr., riassuntivamente, anche M.T. Cirenei, Le società per azioni a partecipazione pubblica, cit., 204.
- (75) Cfr. P.G. Jaeger, Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia, cit., 996.
- (76) A. Massera, Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico, Bologna, 1978, 28 ss.; M.T. Cirenei, Le imprese pubbliche, cit., 227 ss.; Id., Le società per azioni, cit., 173-174.
- (77) Cfr. il c.d. Documento Cassese-Rossi, elaborato dal gruppo di studio nominato dal Ministro delle partecipazioni statali, contenente ipotesi di riordino delle partecipazioni statali, in *Civiltà postindustriale*, 1989, n. 43, 32.
- (78) In particolare, a seguito di referendum popolare tenutosi il 18 e il 19 aprile 1993 è stata abrogata la legge istitutiva del Ministero, mentre con il d.l. 23 aprile 1993, n. 118, convertito nella legge 23 giugno 1993, n. 202, sono state dettate le disposizioni organizzative conseguenti alla soppressione del dicastero e concernenti in special modo l'IRI, l'ENI, l'ENEL, l'IMI, la BNL e l'INA.
- (79) È emblematico che il Ministero delle partecipazioni statali sia stato definito dalla dottrina come «ministero coordinatore» (V. Bachelet, L'attività di coordinamento, cit., 23 ss.). Così, venuto meno lo strumento principale a disposizione per controllare ed indirizzare ciascun settore della vita economica, manca un soggetto che assolve quella «particolare funzione coordinatrice» della politica economica del governo, precedentemente svolta da tale Ministero. Sulla nozione di coordinamento cfr. anche, sempre dello stesso Autore, voce *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, vol. X, 1962, 630 ss.; G. Berti, *La pubblica*

amministrazione come organizzazione, Padova, 1968, spec. 90; G. Correale, Contributo allo studio del concerto, Padova, 1974; F. Piga, voce Coordinamento (principio del), in Enc. giur., 1988, ora anche in *Le istituzioni e l'impresa*, Milano, 1993, 85 ss.

(80) Il testo integrale del Programma di riordino di IRI, ENI, ENEL, IMI, BNL, INA, in attuazione della legge 8 agosto 1992, n. 359, è riportato da V. Di Stefano, *Privatizzazioni e sistema delle partecipazioni statali*, Roma, 1994, 172 ss., che contiene anche la delibera del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 dicembre 1992, con la quale è stato approvato lo stesso programma di riordino; con riferimento alla tematica trattata nel testo, è interessante che il Programma affermi anche che «una riflessione sulla esperienza (ed i molti errori) compiuta in altri Paesi consiglia di evitare, almeno nella fase finale delle decisioni, il concerto fra troppi Ministri» (p. 214-215).

(81) Si ricordi che il Parlamento assume un ruolo decisivo nel sistema delle partecipazioni statali non solo quando è investito delle relazioni della Corte dei conti sugli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, ma anche quando vota i disegni di legge di aumento dei fondi di dotazione. Su questo specifico profilo cfr. Commissione Chiarelli, *Relazione sulle partecipazioni statali (Considerazioni e proposte di riforma)*, in *Foro amm.*, 1975, 653 ss., spec. 670-674.

(82) Cfr. M.T. Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 204. Sostiene che «la maggior parte delle norme che disciplinavano programmi, indirizzi e controlli di diritto amministrativo, concernenti le partecipazioni statali» sia abrogata, «per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti». F.A. Roversi Monaco, *L'intervento diretto nell'economia*, in *Diritto amministrativo*, vol. I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1993, 883 ss., spec. 887-893.

(83) F. De Benedetti, *Quattro equivoci su Enel e Stet*, in *Il Sole 24 ore* del 4 agosto 1994. Rilievi di analogo tenore compie G. Rossi, *Non è d'oro la golden share*, in *Corriere della Sera* del 18 luglio 1994.

(84) L'impostazione adottata è sintomo di una sfiducia da parte dei pubblici poteri nella propria capacità di governare senza possedere, e si ricollega alla mancanza di una tradizione di regolamentazione in Italia. Anche la dottrina raramente ha approfondito il tema della «direzione pubblica dell'attività delle imprese», se non sotto il profilo dei limiti che essa poteva arrecare alla libertà di iniziativa economica privata. Evidenziano tale carenza tutta italiana U. Pototsching, *Poteri pubblici ed attività produttive*, cit., spec. 34 ss., e, sotto una angolatura diversa, S. Cassese,

Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 378 ss., spec. 383; G. Majone-A. La Spina, «Deregulation» e privatizzazione: differenze e convergenze, in Stato e mercato, 1992, 249 ss.