



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

PRIVATIZZAZIONE E CRESCITA DEL DEBITO PUBBLICO

di Raffaello Capunzo

ABSTRACT

The reduction of the public debt was the purpose and the very reason for the privatization of public entities, which has created many problems for the allocation of jurisdiction, subjecting institutions born by the reform to the Court of Auditors as well as those related to the negative consequences of "formal privatization", for which it was developed, first in the Community and then the national level, the notion of "public institutions".

Public institutions have been closed, the sale of which came on the public purse considerable sums far in excess of existing debt at that time, and yet, the public debt has grown considerably. This happened because under the guise of privatization and the aim of reducing the public debt, were pursued simulated purpose, to protect the interests of powerful lobbies.

SOMMARIO: 1. La privatizzazione e le cause di essa - 2. Il concetto di organismo di diritto pubblico nelle privatizzazioni - 3. La natura giuridica delle società privatizzate - 4. Obiettivo della privatizzazione e fallimento di esso: la crescita del debito pubblico

1. La privatizzazione e le cause di essa

La privatizzazione, in senso ampio, è l'intervento dello Stato nell'economia tramite il trasferimento di beni e attività pubbliche ai privati, che ne assumono la gestione; in un significato più particolareggiato, è il trasferimento delle quote azionarie delle imprese pubbliche a investitori privati.

La definizione, apparentemente semplice, presenta confini alquanto incerti, che attengono ad aspetti diversi che vanno dalla scelta dell'impresa privata da candidare alla privatizzazione e, quindi, dalle modalità di attuazione di essa³⁷ al ruolo dello Stato e del sistema che politico in un'economia di mercato che cambia al mutare dei tempi.

La privatizzazione in Italia nasce agli inizi degli anni '90, avviata con il d.l. 5 dicembre 1991 n. 386, convertito dalla legge 29 gennaio 1992, n. 35, e portata a compimento con il successivo d.l. 1 luglio 1992, n. 333, disposizioni urgenti in materia di finanza pubblica, art.

³⁷ Ai sensi dell'art. 1 della L. n. 474/1994, la privatizzazione poteva essere attuata attraverso due modalità: l'offerta pubblica di vendita e la trattativa privata.

14-21 convertito dalla legge 8 agosto 1992, n. 359³⁸, in concomitanza con i profondi cambiamenti registratisi nell'economia statale e nel settore imprenditoriale, sullo sfondo della normativa comunitaria che spinge gli Stati membri, senza obbligarli a privatizzare, ad attuare le liberalizzazioni introducendo il divieto degli aiuti di Stato, e nasce per diverse cause, le quali ruotano tutte intorno all'esigenza di ridurre il debito pubblico, affiancata da quella, di compensare *"i fallimenti e le insufficienze dei privati"* preservando i settori in difficoltà e rilanciando, a livello internazionale, il capitalismo italiano³⁹.

A ciò si aggiunge che la dilagante corruzione di quegli anni aveva generato una profonda sfiducia nello Stato da parte dell'opinione pubblica; si cercò, in tal modo, ma soltanto formalmente, per tutto quanto si spiegherà, in attuazione dell'art. 47 della Costituzione di favorire un azionariato popolare.

Gradualmente, in un primo tempo, con gli enti pubblici economici, poi, con le società per azioni⁴⁰, si passò dagli strumenti pubblicistici alle forme disciplinate dal Codice Civile (società, associazioni, fondazioni a seconda che vi fosse o meno la remunerazione del capitale).

La privatizzazione dei beni e degli Enti pubblici può essere sostanziale e formale: la prima avviene con la sdemanializzazione del bene e la revoca della sua destinazione pubblicistica, la seconda comporta il trasferimento del bene ad un soggetto formalmente privato, continuando, tuttavia, ad essere assoggettato ad un regime derogatorio rispetto a quello di diritto comune.

Proprio per colpire le privatizzazioni formali la giurisprudenza, soprattutto, comunitaria ha fatto ricorso alla nozione di "organismo di diritto pubblico", con tutte le implicazioni che ne derivano particolarmente sotto il profilo dell'assoggettabilità di questi soggetti al controllo della Corte dei Conti.

³⁸ Gli interventi dello Stato nell'economia risalgono al 1929, allorché vi fu una grave crisi economica mondiale, che diede origine, nel 1933, con la creazione dell'IRI, al sistema delle partecipazioni statali. Nel secondo dopoguerra, il ruolo dello Stato imprenditore si consolidò con la presenza pubblica nei settori strategici, come quello delle fonti di energia, della chimica, dell'industria siderurgica. *Luciano Vasapollo*, Trattato di critica dell'economia convenzionale vol. 1 - La crisi sistemica. Metodi di analisi economica dei problemi dello sviluppo, Jaca Book, pag. 217, 2012; Gianclaudio Festa, Contabilità degli enti locali e contrattualistica pubblica, Giuffrè, 2012

³⁹ *Luciano Vasapollo*, Trattato di critica dell'economia convenzionale vol. 1 - La crisi sistemica. Metodi di analisi economica dei problemi dello sviluppo, pag. 217, *op. cit.*

⁴⁰ Ciò è quanto è avvenuto, ad esempio, con la privatizzazione delle Ferrovie dello Stato, trasformate dapprima, con la L. n. 210/1985, in ente pubblico economico e, successivamente, con delibera CIPE 12 Agosto 1992, in s.p.a., e con la privatizzazione delle Poste Italiane, trasformate, con la L. n. 71/1994, in ente pubblico economico ed, in seguito, dal 1 Gennaio 1998, in s.p.a.

2. Il concetto di organismo di diritto pubblico nelle privatizzazioni

Il complesso fenomeno della privatizzazione e la nascita della nozione, di matrice comunitaria, di “organismo di diritto pubblico” di cui all’art. 3 n. 26 del D.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)⁴¹, ha determinato l’erosione del confine tra soggetti pubblici e privati e la concezione che nella nozione di “organismo di diritto pubblico” sono ricomprese anche le società per azioni.

La creazione di enti con compiti tipicamente di stampo pubblicistico ha fatto sì che fosse abbandonata la tradizionale idea dell’ente pubblico, ancorata a profili formali, e che si passasse ad una concezione fondata su dati sostanziali (le modalità dei controlli, il tipo di attività, il contesto del suo svolgimento, le modalità della costituzione, i finanziamenti etc.).

L’esigenza fu avvertita, ancor prima dell’emanazione del Codice dei Contratti pubblici, da parte della giurisprudenza comunitaria⁴², che costruì la nozione di “organismo di diritto pubblico”, successivamente recepita nelle Direttive Comunitarie sugli appalti, allo scopo di

⁴¹ Ai sensi dell’art. 3 n. 26 del D.lgs. n. 163/2006 l’«organismo di diritto pubblico» è qualsiasi organismo, anche in forma societaria “istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

Proprio sulla base di questi criteri, la giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. VI, Sentenza 20 marzo 2012, n. 1574) ha individuato gli elementi tipologici comuni e quelli distintivi tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico dichiarando che i primi attengono all’impiego dello strumento societario e dunque alla fase di costituzione nonché all’esigenza di perseguire l’interesse pubblico, i secondi riguardano, invece, le modalità di svolgimento dell’attività economica e non economica e la conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro, nonché, all’altro elemento dell’influenza dominante che si atteggia diversamente a seconda della specificità della fattispecie (mentre per l’organismo di diritto pubblico si tratta di un elemento indefettibile di identificazione dell’ente, per l’impresa pubblica la sua presenza dipende, alla luce di quanto previsto dall’art. 2449 c.c., dalla composizione, maggioritaria o minoritaria, della compagine societaria).

Sul tema, si veda R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960; Id., *L’organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133

⁴² *Ex plurimis*, le sentenze 30 maggio 1989, in causa 33/88, Pilar Alluè e Carme Mary Coonan c. Università di Venezia, in *Racc.*, 1989, 1591; 27 novembre 1991, in causa C-4/91, Bleis in *Racc.*, 1991, I, 5627; 2 luglio 1996, in cause C-473/93, Commissione c. Granducato del Lussemburgo, C-173/94, Commissione c. Regno del Belgio (riguardante gli impieghi nei settori della distribuzione dell’acqua, del gas e dell’elettricità), C-290/94, Commissione c. Repubblica Ellenica (concernente i settori pubblici della distribuzione dell’acqua, del gas e dell’elettricità, i servizi operativi nel settore della pubblica sanità, i settori della pubblica istruzione, dei trasporti marittimi ed aerei, delle ferrovie, dei trasporti pubblici urbani e regionali, della ricerca effettuata a scopi civili, delle poste, delle telecomunicazioni e della radiotelevisione, nonché quello musicale e lirico), in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915 ss., con commento di S. Cassese, *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Giorn. di dir. amm.*, 1996, 920 ss.

colpire le cd. “privatizzazioni formali” di enti pubblici, i quali, assunta la nuova veste, continuavano ad avere le medesime caratteristiche salienti dei soggetti pubblici.

In sostanza, si cercava di porre un limite al tentativo degli Stati membri di eludere le disposizioni comunitarie che imponevano di rispettare il principio dell’evidenza pubblica per gli acquisti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, un modo di classificazione degli enti facente riferimento a criteri sostanziali non poteva non incontrare, nel nostro ordinamento, limiti costituzionali a causa dell’inammissibilità della trasformazione per via legislativa di un soggetto connotato da caratteri privatistici come quelli di essere istituito gestito e finanziato da soggetti privati (artt. 3, 95 e 97 Cost.)⁴³

D’altro canto, la veste formalmente privatistica dell’ente non può escludere il controllo della Corte dei Conti⁴⁴.

Prima che sulla sottoponibilità al controllo dei Giudici contabili si pronunciasse in senso affermativo la Corte Costituzionale (sentenza n. 466/1993) gli organi governativi aventi la

⁴³ Emblematico è il caso delle IPAB (Istituti Pubblici di Assistenza e Beneficenza), che, assorbite, durante il Regno d’Italia, dall’ente pubblico, , con l’avvento della Repubblica, furono convertite in forme associative private e furono devolute alle Regioni, istituite con la L. 05.05.1970 n. 281.

Con il successivo DPR 24.07.1977 n. 616 furono destinati a questi enti il 25% del bilancio pubblico e tutte le competenze relative al settore socio-assistenziale.

Il D.P.R. fu dichiarato costituzionalmente illegittimo con la Sentenza Corte Cost. n. 396/1988 nella parte in cui imponeva la devoluzione di tutte le Ipub agli enti locali.

⁴⁴ In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 466/1993, ha dichiarato la persistente titolarità in capo alla magistratura contabile del potere di controllo nei confronti delle società per azioni derivanti dalla trasformazione *ex lege* di Iri, Eni, Ina ed Enel, fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società.

V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Intervento al seminario su “Privatizzazione e modelli giurisprudenziali su controllo di gestione”, in Iter legis, 1995, 147 ss*, il quale definisce “un atto di grande progresso” la pronuncia in esame proprio nella parte in cui afferma “*senza mezzi termini che non possiamo trincerarci dietro categorie giuridiche di classificazioni di enti, di soggetti pubblici o semi pubblici, non riconosciuti se non come enti pubblici nella Comunità europea*”.

R. PERNA, *Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei conti, in Foro it., 1993, I, 285 ss.* che analizza le sentenze della Corte dei conti sez. contr. Enti. 3 ottobre 1992 n. 29 e 18 giugno 1992 n. 23 che affrontano un punto cruciale del processo di privatizzazione delle imprese pubbliche avviato con il d.l. 5 dicembre 1991 n. 386, convertito dalla legge 29 gennaio 1992, n. 35, e portato a compimento con il successivo d.l. 1 luglio 1992, n. 333, disposizioni urgenti in materia di finanza pubblica, art. 14-21 convertito dalla legge 8 agosto 1992, n. 359: il rapporto fra privatizzazione della forma giuridica e privatizzazione dell’assetto proprietario. L’autore afferma che “*il giusto temperamento fra esigenze imprenditoriali e gli interessi pubblicistici sottostanti la disciplina garantistica delle imprese pubbliche, va ricercato non tanto nel profilo formale del controllo societario, profilo che presenta caratteristiche di elevata “volatilità” nel contesto imprenditoriale, ma in più solidi elementi sostanziali. In tal senso elemento dirimente appare essere l’effettivo assetto di interessi che viene configurato come obiettivo finale del processo di privatizzazione delle imprese pubbliche. In sostanza, nei casi in cui la privatizzazione della forma giuridica delle imprese pubbliche è direttamente finalizzata alla privatizzazione dell’assetto proprietario dell’impresa stessa, non v’è dubbio che l’interruzione del rapporto di controllo con la Corte dei conti risulti non solo legittima, ma funzionale ad un utile collocamento sul mercato della struttura imprenditoriale da dimettere. La permanenza del controllo del giudice contabile finalizzata alla verifica della regolarità della gestione, non appare coerente con la decisione di cedere il controllo sull’impresa a soggetti privati*”.

titolarità delle azioni e l'esercizio dei relativi diritti nelle nuove società per azioni omettevano l'invio ai magistrati della Corte dei conti a partecipare alle sedute degli organi d'amministrazione e revisione di tali società, nonché l'invio dei documenti concernenti la gestione delle stesse, impedendo, in tal modo, alla magistratura contabile l'esercizio delle proprie attribuzioni⁴⁵.

Quanto alla questione dell'inclusione nel concetto di "organismo di diritto pubblico" delle società per azioni, all'iniziale risposta negativa della giurisprudenza, fondata sul dato letterale del disposto dell'art. 3 n. 26 del Codice dei Contratti pubblici di recepimento della direttiva 2004/18/CE, art. 1 comma 9, secondo cui per "organismo di diritto pubblico" si intende qualsiasi organismo che debba necessariamente possedere la caratteristica di organismo istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, ha fatto seguito l'orientamento sfociato nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 7 aprile 2010 n. 8225 secondo cui un soggetto debba essere considerato organismo di diritto pubblico anche se svolge attività promiscua, con la conseguenza che lo stesso è tenuto all'applicazione della normativa pubblicistica per l'intera sua attività e, quindi, anche con riferimento all'attività estranea al soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale.

E' la consacrazione di quanto la giurisprudenza, soprattutto comunitaria, aveva sostenuto, vale a dire che, al fine della qualificazione di un ente come "organismo di diritto pubblico", e, conseguentemente, dell'assoggettabilità del suo *agere* alla fondamentale regola dell'evidenza pubblica, non rileva che si tratti di un soggetto che persegua lo scopo di lucro (come nel caso delle s.p.a.) ma ciò che conta è che o attraverso un appoggio fattuale (avuto riguardo alla reale attività svolta) o attraverso un approccio documentale (esame dei documenti inerenti all'attività) possa ritenersi che persegua scopi di interesse generale.

⁴⁵ L'omesso invio della documentazione contabile veniva giustificato sostenendo il superamento della previsione dell'art. 12 della legge n. 259/1958 ai sensi del quale "*in quanto le modalità di nomina e la composizione degli organi di amministrazione e di controllo della società (...) sono state, per legge, devolute agli statuti societari*" e "*lo Stato non ha poteri di autorizzazione e direttiva, bensì i diritti dell'azionista*" e "*le nuove società fuoriescono dal rapporto con lo Stato che fa da presupposto al controllo della Corte*".

Al contrario, la Corte dei Conti, con determinazione della sezione controllo enti del 3 ottobre 1992 n. 29, dichiarò la persistenza dell'obbligo del governo di adottare i provvedimenti di assoggettamento al controllo della magistratura contabile delle società per azioni derivanti per "*trasformazione*" degli enti pubblici economici, dal momento che l'interruzione del controllo medesimo sulle nuove società per azioni controllate maggioritariamente dallo Stato "*si pone in contrasto con la normativa vigente, attuativa, dell'articolo 100 Cost.*", ha deliberato, con determinazione della stessa sezione n. 45 del 1992 stante il persistente comportamento omissivo del Governo, di sollevare dinanzi alla Corte costituzionale conflitto di attribuzione.

3. La natura giuridica delle società privatizzate

Questione dibattuta è quella della natura giuridica, pubblica o privata, delle società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici.

Dall'adesione all'una o all'altra tesi derivano conseguenze importanti attinenti all'accennata assoggettabilità degli enti privatizzati al controllo della Corte dei conti, nonché in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo delle controversie coinvolgenti gli enti medesimi.

La dottrina assolutamente prevalente⁴⁶ propende per la natura di società per azioni e, dunque, privata di tali enti e li qualifica “società “a statuto speciale”, ovvero, qualora costituiscono oggetto di appositi atti legislativi, “a statuto singolare”, sì da evidenziarne la difformità rispetto al tipo codicistico sotto il profilo ora genetico, ora organizzativo, ora ancora funzionale”⁴⁷ e ne evidenzia le peculiarità genetiche e funzionali: le prime consistenti nel fatto che l'atto di costituzione non è un contratto o, comunque, un atto di autonomia bensì un intervento legislativo e manca la pluralità dei soci, le seconde discendenti dalla previsione normativa di cui all'articolo 15, comma 2 legge n. 359/1992, così come modificata da d.l. 23 aprile 1993, n. 118 convertito con modif. nella legge 23 giugno 1993, n. 203 in forza della quale “Il Ministro del Tesoro, al quale è stata attribuita la titolarità delle azioni delle società, eserciterà i diritti dell'azionista secondo le direttive del Presidente del Consiglio, d'intesa con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'Industria del commercio e dell'artigianato”.

Al Presidente del Consiglio e ai Ministri spetta l' “esercizio dei poteri dell'assemblea, titolo che non deriva dal diritto di proprietà privata delle azioni e che quindi non può essere ricondotto ad altro che alla loro posizione di autorità politiche” e “hanno titolo nell'esercizio dei poteri dell'assemblea, titolo che non deriva dal diritto di proprietà privata delle azioni e che quindi non può essere ricondotto ad altro che alla loro posizione di autorità politiche.”: ne deriva la natura pubblica delle “direttive” e dell'intesa.⁴⁸

Pertanto, titolare delle azioni delle società derivate dalla trasformazione degli enti di gestione è il Ministro del Tesoro, il quale, nell'esercizio dei suoi diritti di azionista, è tenuto a

⁴⁶ IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da C.E COLOMBO e G.B PORTALE, Vol VIII, *Le società di diritto speciale*, Torino, 1992, 525 ss, in part. 674 ss.; F. CARINGELLA, *Gli enti pubblici in forma societaria. Le ipotesi problematiche delle società statale e locali a partecipazione pubblica*, in *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 689 ss.; G.P ROSSI, *L'evoluzione del sistema elettrico, in particolare il rapporto tra l'Enel e le imprese degli enti locali*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1993, 22.

⁴⁷ C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da C.E COLOMBO e G.B PORTALE, Vol VIII, *Le società di diritto speciale*, Torino, 1992, 525 ss, in part. 674 ss.

⁴⁸ G.P ROSSI, *L'evoluzione del sistema elettrico, in particolare il rapporto tra l'Enel e le imprese degli enti locali*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1993, 22.

tener conto delle direttive del Presidente del Consiglio, dell'intesa da raggiungere con gli altri Ministri, nonché, del programma di riordino elaborato in sede pubblica.

Si è, conseguentemente, distanti dal modello societario tipico, essendovi una compressione di non poco conto dell'autonomia funzionale dell'organismo ed essendo, inoltre, previsto dall'art. 16 della medesima legge l'adozione obbligatoria di un programma pubblico destinato a condizionare il Ministro il quale contempra la *devoluzione di una quota dei ricavi delle nuove società "alla riduzione del debito pubblico."*

E proprio la riduzione del debito pubblico era uno degli obiettivi precipui del complesso fenomeno della privatizzazione, obiettivo, questo, che non soltanto non è stato conseguito ma, al contrario, il debito è cresciuto a dismisura, segno che non tutto si è svolto in modo lineare e coerente con le norme e con le procedure *ad hoc*.

Di ciò si dirà dettagliatamente più avanti.

Per stabilire se gli Enti risultanti dalla trasformazione hanno natura pubblica o privata soccorrono altre due disposizioni:

1) la n. 359/1992 che, rimettendo una parte importante della gestione di queste società al di fuori di esse, in sede pubblicistica, dispone, inoltre, che il trasferimento all'Assemblea ordinaria dei soci di determinate competenze attinenti proprio alle materie per legge ricomprese nell'ambito di operatività del c.d. programma di riordino elaborato a livello governativo e normalmente spettanti al Consiglio di Amministrazione:

- l'acquisto e l'alienazione di partecipazioni d'entità superiore al 5% del valore della società partecipata;
- l'acquisto, l'alienazione e le dismissioni di aziende;
- le operazioni di fusione, scissione o trasformazione concernenti società controllate o collegate;

2) l'art. 1, comma 7 del d.l. n. 309/1991 convertito in l. n. 359/1992 prescrive la perdita di efficacia, nei confronti delle società derivanti dalla trasformazione degli enti di cui al primo comma, delle norme che subordinano l'attività di quest'ultimi a specifiche direttive gestionali ma fa salvi gli indirizzi di carattere generale⁴⁹.

Ciò che connota le società nate dalla privatizzazione, dunque, è: la creazione mediante atto legislativo o ad opera di un'autorità pubblica (CIPE), la patrimonializzazione da parte dello Stato, la determinazione legislativa delle finalità cui l'elaborazione del programma di riordino ed il concreto svolgimento dell'attività sociale devono essere orientati.

⁴⁹ R. GAROFOLI, La privatizzazione degli enti dell'economia. Profili giuridici, Milano, 1998, 348 ss.

Se così è, deve ritenersi che la natura privata sia soltanto una veste esteriore, la forma al di sotto della quale si cela l'essenza vera di questi Enti: la natura pubblica.

Sbaglia, perciò, la dottrina di maggioranza che, come si è detto, ritiene che le società privatizzate abbiano natura privata.

Se si considera, infatti, che non soltanto il funzionamento di dette società è retto da norme che si discostano dal modello societario ma che anche l'autonomia funzionale degli organi societari risulta limitata non può che sostenersi la tesi della natura sostanzialmente pubblicistica delle società *de quibus*⁵⁰.

4. Obiettivo della privatizzazione e fallimento di esso: la crescita del debito pubblico

Si è detto che l'obiettivo primario e più importante della privatizzazione degli enti pubblici, nel quale si rinviene la sua stessa *ratio*, è l'abbattimento del debito pubblico⁵¹ a copertura del quale doveva essere destinato il ricavato della vendita del patrimonio dello Stato e delle dismissioni degli Enti pubblici così come prescritto da diverse leggi:

1. la L. n. 432/1993 che, allo scopo di vincolare i proventi delle future dismissioni di partecipazioni statali al rimborso del debito pubblico, ha istituito il "Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato"⁵² (art. 1 "Il prezzo dovuto per la vendita

⁵⁰ M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1989, 193-194: "l'elemento al quale occorre rifarsi per stabilire, nei casi dubbi (e cioè nei casi in cui un ente non sia definito pubblico, direttamente o indirettamente, dalle leggi), se si sia in presenza di un ente pubblico, non può essere cercato tanto negli interessi (generalmente collettivi, ma non sempre propri dell'Ente superiore, Stato o Regione, legittimato ad istituire un tale ente) che l'ente persegue, quanto nel regime (trattamento) che ai singoli enti faccia il diritto positivo (e cioè nell'aspetto formale). Ciò che occorre determinare è unicamente se l'ente del quale si tratti sia collocato dall'ordinamento in una posizione giuridica particolare, differenziata da quella propria dei soggetti di diritto comune, o, meglio, se l'ente sia assoggettato ad un regime giuridico il quale gli conferisca poteri e prerogative di diritto pubblico, che in qualche modo lo assimilino a quelli degli enti che sicuramente hanno natura pubblica, facendone perciò un «pubblico potere». La peculiarità di tale posizione fatta agli enti pubblici trova la sua ragion essere nel fatto che essi, nel perseguire i propri fini, soddisfano interessi che stanno particolarmente a cuore all'ordinamento generale, e anzi talvolta hanno per compito addirittura la cura di interessi propri dell'Ente superiore, Stato o Regione (enti strumentali). È infatti appunto in considerazione di tali circostanze che l'ordinamento fa, di tali enti, dei soggetti pubblici, inserendoli così nel sistema delle pubbliche Amministrazioni. Il momento di individuazione della categoria degli enti pubblici va perciò cercato in elementi estrinseci e formali: e precisamente proprio nel regime giuridico, e nell'inserimento istituzionale degli enti stessi nell'organizzazione amministrativa pubblica, che può avere carattere multiforme, per cui si parla di atipicità degli enti pubblici e della loro capacità giuridica". B. Mollica, *Gli enti pubblici non economici*, in *Falcone-Pozzi (a cura di), Il Diritto Amministrativo nella giurisprudenza*, I, Torino, 1998, 183.

⁵¹ N. Irti, *Ordine giuridico del mercato*, Roma- Bari, 2003

⁵² Si veda Emilio Barucci, Federico Pierobon, *Le privatizzazioni in Italia*, Carocci, 2007, che, muovendo da dati di fatto ed elementi di analisi economica, offre una disamina a tutto tondo del fenomeno delle privatizzazioni nel nostro Paese, e Emilio Barucci, Federico Pierobon, *Le privatizzazioni in Italia: progetto o navigazione a vista? Recupero di efficienza o rendita? In Economia italiana, Settembre-Dicembre 2007*, dove, a proposito del Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato, vengono riportati i dati che, a fine 2005, il Fondo ha impiegato in totale 120 miliardi di euro, risorse utilizzate principalmente per riacquistare titoli del debito pubblico (106 miliardi di euro) e che, dal 1994 al 2005, attraverso questi fondi, è stato possibile estinguere ogni anno mediamente lo 0,91% dei titoli di Stato in circolazione pari allo 0,77 del debito pubblico esistente.

Se questo è vero, occorre riflettere sulle ragioni dell'enorme crescita del debito pubblico italiano.

di beni del patrimonio immobiliare ovvero di partecipazioni dello Stato, dei quali sia disposta la dismissione ai sensi delle disposizioni vigenti, può essere corrisposto dagli acquirenti anche in titoli di Stato. Il Ministro del tesoro stabilisce, con proprio decreto, le categorie di titoli di Stato di cui al comma 1 e le modalità di computo degli stessi ai fini della loro corrispondenza al prezzo dovuto”);

2. la L. n. 579/1993, contenente norme per il trasferimento agli enti locali ed alle regioni di beni immobili demaniali e patrimoniali dello Stato, che, all’art. 10, stabilisce che i proventi delle cessioni autorizzate in base ad essa sono soggetti alla disciplina di cui alla legge 27 ottobre 1993, n.432 e che il Ministro del tesoro è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio;

3. il D.L. n. 332/1994, convertito nella L. 474/1994, recante norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici (art. 13);

4. l’art. 2 del medesimo D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con Legge 30 luglio 1994, n. 474, che ha introdotto in Italia l’istituto di origine britannica della cd. “golden share” con l’attribuzione di “poteri speciali” al Ministro delle Finanze⁵³, modificato ad opera della Legge 350/2003;

⁵³ La golden share (letteralmente “azione dorata”) è un istituto di origine britannica, sorto agli inizi degli anni ’90, con il quale uno Stato, nel corso o a seguito di un procedimento di privatizzazione di un’azienda pubblica, si riserva poteri speciali che possono essere esercitati dal Governo durante tale procedimento.

Nello Stato italiano la golden share ha preso forma attraverso l’art. 2, D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con Legge 30 luglio 1994, n. 474, modificato ad opera della Legge 350/2003,

Ai sensi dell’art. 2 del decreto legge del 1994, “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, sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell’economia e finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell’assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro dell’economia e delle finanze la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive:

a) opposizione all’assunzione, da parte dei soggetti nei confronti dei quali opera il limite al possesso azionario di cui all’articolo 3, di partecipazioni rilevanti, per tali intendendosi quelle che rappresentano almeno la ventesima parte del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nelle assemblee ordinarie o la percentuale minore fissata dal Ministro dell’economia e delle finanze con proprio decreto. L’opposizione deve essere espressa entro dieci giorni dalla data della comunicazione che deve essere effettuata dagli amministratori al momento della richiesta di iscrizione nel libro soci, qualora il Ministro ritenga che l’operazione rechi pregiudizio agli interessi vitali dello Stato. Nelle more di decorrenza del termine per l’esercizio del potere di opposizione, il diritto di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante, sono sospesi. In caso di esercizio del potere di opposizione, attraverso provvedimento debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato dall’operazione agli interessi vitali dello Stato, il cessionario non può esercitare i diritti di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante e dovrà cedere le stesse azioni entro un anno. In caso di mancata ottemperanza il tribunale, su richiesta del Ministro dell’economia e delle finanze, ordina la vendita delle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante secondo le procedure di cui all’articolo 2359-ter del codice civile. Il provvedimento di esercizio del potere di opposizione è impugnabile entro sessanta giorni dal cessionario innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio;

b) opposizione alla conclusione di patti o accordi di cui all'articolo 122 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nel caso in cui vi sia rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria o la percentuale minore fissata dal Ministro dell'economia e delle finanze con proprio decreto. Ai fini dell'esercizio del potere di opposizione la CONSOB informa il Ministro dell'economia e delle finanze dei patti e degli accordi rilevanti ai sensi del presente articolo di cui abbia avuto comunicazione in base al citato articolo 122 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998. Il potere di opposizione deve essere esercitato entro dieci giorni dalla data della comunicazione effettuata dalla CONSOB. Nelle more di decorrenza del termine per l'esercizio del potere di opposizione, il diritto di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale dei soci aderenti al patto sono sospesi. In caso di emanazione del provvedimento di opposizione, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato dai suddetti accordi o patti agli interessi vitali dello Stato, gli accordi sono inefficaci. Qualora dal comportamento in assemblea dei soci sindacali si desuma il mantenimento degli impegni assunti con l'adesione ai patti di cui al citato articolo 122 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, le delibere assunte con il voto determinante dei soci stessi sono impugnabili. Il provvedimento di esercizio del potere di opposizione è impugnabile entro sessanta giorni dai soci aderenti ai patti o agli accordi innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio;

c) veto, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato, all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo. Il provvedimento di esercizio del potere di veto è impugnabile entro sessanta giorni dai soci dissenzienti innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio;

d) nomina di un amministratore senza diritto di voto.

1-bis. Il contenuto della clausola che attribuisce i poteri speciali è individuato con decreto del Ministro del tesoro, di concerto con i Ministri del bilancio e della programmazione economica, e dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

2. Ai soci dissenzienti dalle deliberazioni che introducono i poteri speciali di cui al comma 1, lettera c), spetta il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 2437 del codice civile.

3. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle società controllate, direttamente o indirettamente da enti pubblici, anche territoriali ed economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici e individuate con provvedimento dell'ente pubblico partecipante, al quale verranno riservati altresì i poteri previsti al comma 1".

Con l'art. 1 del D.P.C.M. 10 giugno 2004, recante "Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 1994, n. 474", è stato stabilito che:

"1. I poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge n. 332 del 1994, sono esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione.

2. (comma abrogato dal comma 1 dell'art. 1, D.P.C.M. 20 maggio 2010) I poteri speciali di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 2, comma 1, del decreto-legge n. 332 del 1994, ferme restando le finalità indicate allo stesso comma 1, sono esercitati in relazione al verificarsi delle seguenti circostanze:

a) grave ed effettivo pericolo di una carenza di approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici, nonché di erogazione dei servizi connessi e conseguenti e, in generale, di materie prime e di beni essenziali alla collettività, nonché di un livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto;

b) grave ed effettivo pericolo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico, nonché al perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico;

c) grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei servizi pubblici essenziali;

d) grave ed effettivo pericolo per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica; e) emergenze sanitarie].

3. Al fine di garantire la proporzionalità delle misure adottate, i poteri speciali di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 2, comma 1, del decreto-legge n. 332 del 1994, potranno essere esercitati anche in forma condizionata. Il potere speciale di cui alla lettera c) potrà essere esercitato sia in relazione alle delibere assunte dall'assemblea degli azionisti che in relazione alle delibere degli organi di amministrazione".

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 26 marzo 2009, C-326/07, ha giudicato incompatibili con la normativa comunitaria i poteri speciali detenuti dallo Stato italiano in Telecom Italia, Eni, Enel e Finmeccanica, accogliendo le conclusioni della Commissione Europea, che nel giugno 2006 aveva deferito l'Italia alla Corte di Strasburgo per la violazione degli articoli 56 e 43 del Trattato

5. il D.lgs. n. 104/1996

Queste le finalità della privatizzazione⁵⁴, la quale è stata attuata attraverso una miriade di disposizioni, spesso frammentarie e confuse, che hanno previsto la vendita di beni demaniali dello Stato (compresi quelli del Ministero della Difesa), in violazione delle norme sulla Contabilità di Stato (art. 1 del D.L. n. 332/ 1994, convertito nella L. n. 474/1994), nonché dei principi costituzionali e delle disposizioni del Codice Civile (artt. 822/839), attribuendo “poteri speciali” al Ministro delle Finanze, il quale ha trasferito le competenze dello Stato a soggetti privati (Consorzio di banche italiane e straniere) ai sensi della L. n. 35/1992 e dell’art. 7 della L. 140/1997, dando la preferenza alla banca che fosse stata disponibile ad acquistare l’intero complesso di beni che, di volta in volta, venivano alienati, in violazione delle norme su registrazione, trascrizione, iscrizione, annotazione e voltura catastale degli

La Corte ha ritenuto che il decreto del 2004 non specifichi in modo sufficiente i criteri di esercizio dei “poteri speciali”, non permettendo agli investitori di conoscere le situazioni in cui detti poteri verranno utilizzati e ha dichiarato che l’uso dei poteri speciali previsti dalla normativa italiana per raggiungere tali obiettivi è «*eccessivo*» e che i criteri per l’esercizio di questi poteri sono «*vaghi e di portata indeterminata*» e, di conseguenza, conferiscono alle autorità «*ampi poteri discrezionali nel giudicare i rischi per gli interessi vitali dello Stato*»: “*La Repubblica italiana, avendo adottato le disposizioni di cui all’art. 1, comma 2, d.p.c.m. 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali [attribuiti dal possesso della c.d. golden share], di cui all’art. 2 d.l. 31 maggio 1994 n. 332, convertito, con modifiche, dalla l. 30 luglio 1994 n. 474, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti: — in forza degli art. 43 Ce e 56 Ce, nella misura in cui dette disposizioni si applicano ai poteri speciali previsti dall’art. 2, comma 1, lett. a) e b), predetto decreto legge, come modificato dalla l. 24 dicembre 2003 n. 350, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004), e — in forza dell’art. 43 Ce, nella misura in cui dette disposizioni si applicano al potere speciale previsto dal citato art. 2, comma 1, lett. c)*” (Corte di Giustizia U.E., sentenza 26 marzo 2009, C-326/07).

Per bloccare la procedura di infrazione, il nostro Paese è intervenuto con il decreto del Presidente del Consiglio che modifica la disciplina contenuta all’interno dell’art. 1, comma 2, del D.P.C.M. 10 giugno 2004, che consentiva al Ministro del Tesoro l’esercizio di poteri speciali in relazione a Eni S.p.a., società del Gruppo Stet, società del Gruppo Enel e Finmeccanica S.p.a..

Sul tema, si vedano S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in Riv. dir. pubbl. comunit., 1996, 579 ss; J. Sodi, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in Riv. soc., 1996, 368 ss.; C. Amiconi, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci ed ombre*, in Giust. civ., 1999, II, 294 ss.; a C. San Mauro, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in www.astrid-online.it,

⁵⁴ Le medesime finalità hanno ispirato l’emanazione del D.L. n. 112/2008, convertito nella L. n. 133/2008, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, segno evidente che la privatizzazione dei primi anni ‘90, trasformata in un enorme “affare” per alcuni, è fallita.

L’illegittima vendita, vent’anni prima dell’emanazione della citata legge del 2008, dei beni immobili del demanio indisponibile, compreso quello storico ed artistico, con l’attribuzione al Ministro delle Finanze ed il trasferimento ai privati dei poteri di regolamentazione delle tariffe dei pubblici servizi e il controllo di qualità degli stessi, ai sensi dell’art. 1, 1 bis e 2 del D.L. n. 332/1984, convertito nella L. n. 474/1994; del D.L. n. 386/1991, convertito nella L. n. 35/1992; del D.L. n. 333/1992, convertito nella L. n. 359/1992; del D.L. n. 557/1993, convertito nella L. n. 133/1994, del D.lgs. n. 104/1996; dell’art. 3 della L. n. 662/1996; della L. n. 448/1998, dimostra quanto detto.

atti di compravendita da presentare al conservatore dei registri immobiliari *ex art.* 2658 cod. civ.).

Sulla base di queste norme, confuse e, spesso, tutt'altro che comprensibili, dunque, i privati (banche e intermediatori finanziari), individuati direttamente dal politico (il Ministro delle Finanze) hanno agito al di fuori di ogni controllo, sia di quelli preventivi un tempo affidati alle Intendenze di Finanza sia di quelli successivi della Corte dei Conti.

La normativa si presenta non solo frazionata ma, cosa ancor più grave perché fonte di incertezza del diritto, spesso inserita in altre leggi disciplinanti ben altre materie.

E' il caso, ad esempio, dell'art. 44 della L. n. 448/1998, che ha aggiunto all'art. 4 della L. n. 497/1978 (disciplinante la vendita dei beni immobili del demanio militare da parte degli Enti locali) la previsione secondo cui, con la cessione all'Ente locale, il bene demaniale da indisponibile, *ex art.* 823 del Codice Civile, diventava "disponibile" subendo, così, una "singolare" trasformazione finalizzata alla sua alienazione da effettuarsi ai sensi della L. n. 177/1992 e dell'art. 71 della L. n. 448/2001 ma in palese violazione di quanto previsto dall'art. 429 Cod. Civ. sulla sdemanializzazione.

In Emilio Barucci, Federico Pierobon, *Le privatizzazioni in Italia*, pag. 51, 52, op. cit. viene indicato l'obiettivo della L. n. 432/1992, che aveva istituito il "Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato" nel quale erano confluiti i proventi delle dismissioni incassati dal Tesoro e, perciò vincolati *ex lege* alla riduzione del debito pubblico: "*legare le mani*" ai Governi futuri, istituzionalizzando il principio per cui, con la cessione di attivi, non si potessero finanziare spese correnti ma si dovesse destinare il ricavato della vendita dei beni di proprietà dello Stato "*prioritariamente*" alla riduzione del debito pubblico, obiettivo, questo, confermato da leggi successive (art. 16 della L. n. 359/1992 e art. 3, comma 216, della L. n. 662/1996).

Sempre Barucci (Emilio Barucci, Federico Pierobon, *Le privatizzazioni in Italia*, pag. 41, op. cit.) scrive che, nell'anno 1990, il debito pubblico ammontava a circa 6.000 miliardi di lire, il Governo dell'epoca riteneva che per coprire la cifra corrispondente all'ammontare del debito fosse necessario cedere il 20/30% delle quote di capitale di ENEL, ENI, IMI, INA, CREDIOP, enti trasformati in s.p.a., i quali, al contrario, sarebbero dovuti rimanere in mano pubblica, a partire dal 1990 è stato venduto un patrimonio immensamente maggiore dei 6.000 miliardi di lire, che era il debito stimato.

Ciò nonostante, il debito pubblico è continuato a crescere, segno evidente che gli utili delle vendite sono state utilizzate per altri scopi.

Lo dimostrano, inoltre, alcune previsioni normative (art. 3, comma 27, della L. n. 335/1995, D.lgs. n. 104/1996 e art. 7 del D.L. n. 79/1997, convertito nella L. n. 140/1997), che hanno consentito la vendita di milioni di immobili di proprietà degli Enti previdenziali, appartenenti al Demanio e, come tali, indisponibili, i quali erano stati acquistati con le ritenute operate con gli stipendi dei lavoratori e, con leggi speciali, poste a garanzia del valore economico delle pensioni, che sarebbero dovute essere rivalutate avendo come controvalore di riferimento gli immobili dell'Ente previdenziale.

Tutto ciò porta inevitabilmente alla conclusione che l'intero fenomeno della privatizzazione, il quale, come è stato spiegato, ha generato problemi di diversa natura, si sia tradotto in un fallimento, la copertura formale di un progetto lobbistico, come sostiene Barucci (Emilio Barucci, Federico Pierobon, *Le privatizzazioni in Italia*, pag. 71, op. cit.), il quale racconta che il processo delle privatizzazioni sarebbe stato guidato a livello mondiale da un'intensa attività lobbistica delle banche d'affari internazionali, che nel 1992 offrivano i loro servizi al Ministro del Tesoro.