

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE  
Curriculum di diritto amministrativo e diritto costituzionale  
*Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale*  
Ciclo XXVI

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA  
**INTERESSE PUBBLICO E FORMA SOCIETARIA**  
IUS/10

DOTTORANDO  
dott.ssa Caterina Orsoni

TUTOR  
Prof. Luca Bertonazzi

A.A.  
2015/2016



<b>PREMESSA .....</b>	<b>1</b>
<b>LA NASCITA E LA TRASFORMAZIONE DELLE IMPRESE PUBBLICHE IN ITALIA NEL CORSO DEL XX SECOLO DALLE AZIENDE ORGANO ALLE PRIVATIZZAZIONI .....</b>	<b>3</b>
1. CENNI ALLE PROBLEMATICHE SOTTESE AD UNA UNITARIA QUALIFICAZIONE DI IMPRESA PUBBLICA.....	3
1.1. <i>Il caso della Banca d'Italia</i> .....	9
2. LE PRIME FORME DI INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA IN ITALIA.....	13
2.1. <i>Dall'azienda organo dell'amministrazione alla privatizzazione dell'azione economica dello Stato.</i> .....	15
2.2. <i>Gli enti pubblici economici</i> .....	21
3. IL SISTEMA DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE .....	29
3.1. <i>I soggetti</i> .....	33
3.1.1. Il Ministero delle Partecipazioni.....	34
3.1.2. Gli enti di gestione .....	35
3.1.3. Le società per azioni gestite dagli enti di gestione.....	39
3.2. <i>Le modalità di espletamento delle attività da parte dei diversi soggetti</i> .....	40
3.2.1. Il rapporto tra Ministero delle Partecipazioni ed enti di gestione.....	41
3.2.2. Le modalità di esercizio degli enti di gestione.....	47
3.2.3. I rapporti tra enti di gestione e società partecipate.....	56
<b>LE IMPRESE PUBBLICHE A CAVALLO TRA IL XX E IL XXI SECOLO - DALLE PRIVATIZZAZIONI AD OGGI.....</b>	<b>61</b>
1. VERSO LE GRANDI PRIVATIZZAZIONI DEGLI ANNI '90. ....	61
1.1. <i>La crisi del sistema economico pubblico e le spinte verso la privatizzazione</i> .....	62
2. LE FASI DELLA PRIVATIZZAZIONE: PRIVATIZZAZIONE FORMALE E PRIVATIZZAZIONE SOSTANZIALE.....	69
2.1. <i>La privatizzazione formale (o privatizzazione fredda)</i> .....	71
2.1.1. La privatizzazione degli istituti di credito pubblici e la nascita delle fondazioni bancarie.....	72
2.1.2. La privatizzazione degli enti pubblici economici .....	78
2.2. <i>La privatizzazione sostanziale (o privatizzazione calda)</i> .....	85
3. SUCCESSI E FALLIMENTI DELLE PRIVATIZZAZIONI .....	93
3.1. <i>Sul completamento del processo di privatizzazione formale</i> .....	93
3.2. <i>Alcune considerazioni in merito ai risultati delle privatizzazioni sostanziali</i> .....	94
3.2.1. Sul mancato completamento del processo di privatizzazione sostanziale.....	94

3.2.2. Sul raggiungimento degli obiettivi di risanamento delle finanze pubbliche .....	99
3.2.3. Sul parziale fallimento del raggiungimento degli obiettivi di efficienza.....	100
4. L'INFLUENZA DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA.....	110
4.1. <i>L'estensione della nozione di amministrazione pubblica: l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico.</i> .....	111
4.1.1. L'impresa pubblica .....	113
4.1.2. L'organismo di diritto pubblico .....	115
4.2. <i>La società in house</i> .....	119
<b>INTERESSE PUBBLICO E SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO.....</b>	<b>133</b>
1. L'ATTUALE PANORAMA ITALIANO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE .....	133
2. IL PERSEGUIMENTO DELL'INTERESSE PUBBLICO ATTRAVERSO MODULI PRIVATISTICI.....	139
3. LE DISPOSIZIONI SPECIALI DEL CODICE CIVILE RELATIVAMENTE ALLE SOCIETÀ PARTECIPATE DA ENTI PUBBLICI .	149
4. LE NORME DI CARATTERE SPECIALE DERIVANTI DALLE PRIVATIZZAZIONI .....	157
4.1. <i>Le Autorità di regolazione</i> .....	160
4.2. <i>I poteri speciali (o golden share) dalle privatizzazioni ad oggi</i> .....	165
4.2.1. Modalità di introduzione ed esercizio dei poteri speciali e tipologia dei poteri speciali stessi .....	166
4.2.2. Critiche ai poteri speciali .....	170
4.2.3 L'evoluzione italiana dei poteri speciali .....	178
4.2.4. L'attuale disciplina italiana dei poteri speciali.....	185
<b>L'ASSOGGETTAMENTO DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO ALLA DISCIPLINA PUBBLICISTICA</b>	<b>191</b>
1. LA DISCIPLINA COMUNITARIA E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA .....	198
1.1. <i>I c.d. settori ordinari degli appalti pubblici e l'organismo di diritto pubblico</i> .....	200
1.1.1. Gli organismi di diritto pubblico e le esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.....	202
1.1.2. Gli organismi di diritto pubblico e il finanziamento o il controllo pubblico .....	206
1.1.3. L'organismo di diritto pubblico in parte qua .....	209
1.2. <i>I c.d. settori speciali degli appalti pubblici</i> .....	211
1.2.1. Le imprese pubbliche e l'influenza dominante .....	214
1.2.2. Le attività speciali e i diritti speciali ed esclusivi .....	217
1.3. <i>L'in house providing e il controllo analogo</i> .....	219
1.4. <i>Il recepimento della normativa comunitaria nell'ordinamento italiano</i> .....	223
2. LA DISCIPLINA NAZIONALE .....	225

2.1. <i>Sull'esigenza di riduzione della spesa pubblica</i> .....	226
2.1.1. La responsabilità contabile degli amministratori di imprese pubbliche.....	234
2.2. <i>Sull'esigenza di garantire la massima efficienza ed imparzialità amministrativa</i> .....	240
2.2.1. La legge sul procedimento amministrativo .....	241
2.2.2. La disciplina in materia di anti corruzione.....	244
<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>253</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>259</b>



## **PREMESSA**

L'intervento del soggetto pubblico nell'economia è sempre stato parte caratterizzante del nostro ordinamento ed ha assunto nel corso degli anni dimensioni e forme del tutto differenti.

All'inizio del secolo scorso la tendenza fu quella di ampliare detto intervento onde consentire un controllo da parte dell'amministrazione molto pressante su attività anche tipicamente privatistiche.

Gli strumenti utilizzati in quell'epoca per la realizzazione dell'impresa pubblica furono l'ente pubblico economico, le aziende organo ed il sistema delle partecipazioni pubbliche.

Tuttavia, l'espansione fu di tale portata da comportare un progressivo ed inevitabile collasso del sistema ed ha determinato la necessità di procedere ad una progressiva dismissione delle attività tipicamente privatistiche da parte dell'amministrazione.

La pressante presenza del diritto comunitario richiedeva, inoltre, un allontanamento del pubblico dal privato onde consentire il rispetto e la tutela del principio di parità di trattamento ed evitare di incorrere in forme indirette di aiuti di stato.

Tuttavia, il processo di privatizzazione non ha portato ai risultati sperati, stante che l'amministrazione pubblica ha, in ogni caso, mantenuto strumenti – spesso anche molto invasivi – volti a controllare e in parte dirigere l'attività privatizzata.

Non solo. La spinta verso una progressiva dismissione dell'attività economica pubblica da parte dello Stato è stata compensata negli anni più recenti da una inarrestabile espansione dell'apparato amministrativo locale, mediante la creazione di numerosissime società private in controllo pubblico.

La situazione in cui si trova oggi l'impresa pubblica è, conseguentemente molto articolata e confusa.

Ciò anche in considerazione del fatto che, al fine di consentire il mantenimento di un controllo sostanziale sull'economia da parte dei poteri pubblici, nonostante l'apparente dismissione delle partecipazioni formali, negli ultimi anni, il legislatore comunitario prima e quello nazionale poi hanno esteso sempre più l'applicabilità delle disposizioni pubblicistiche anche a quei soggetti che, almeno formalmente, non fanno parte dell'apparato amministrativo.

Il presente lavoro ha l'intento di ricostruire, per quanto possibile, l'evoluzione storica dell'impresa pubblica, nonché l'attuale situazione di tale apparato, onde consentire taluni spunti in merito ad una possibile razionalizzazione del sistema attualmente esistente.

## CAPITOLO I

### LA NASCITA E LA TRASFORMAZIONE DELLE IMPRESE PUBBLICHE IN ITALIA NEL CORSO DEL XX SECOLO DALLE AZIENDE ORGANO ALLE PRIVATIZZAZIONI

SOMMARIO: 1. Cenni alle problematiche sottese alla qualificazione di impresa pubblica -  
1.1. La Banca d'Italia - 2. Le prime forme di intervento pubblico nell'economia in Italia -  
2.1. Dall'azienda organo dell'amministrazione alla privatizzazione dell'azione economica  
dello Stato. - 2.2. Gli enti pubblici economici - 3. Il sistema delle partecipazioni pubbliche  
- 3.1. I soggetti - 3.1.1. Il Ministero delle Partecipazioni - 3.1.2. Gli enti di gestione -  
3.1.3. Le società per azioni gestite dagli enti di gestione - 3.2. Le modalità di espletamen-  
to delle attività da parte dei diversi soggetti - 3.2.1. Il rapporto tra Ministero delle Parte-  
cipazioni ed enti di gestione - 3.2.2. Le modalità di esercizio degli enti di gestione -  
3.2.3. I rapporti tra enti di gestione e società partecipate

#### ***1. Cenni alle problematiche sottese ad una unitaria qualificazione di impresa pubblica***

Con il termine "*impresa pubblica*" la dottrina ha inteso riferirsi a differenti forme con cui lo Stato ha esplicato, nel corso degli anni, il proprio intervento nell'economia.

L'assenza, nell'ordinamento italiano, di una specifica definizione di "*impresa pubblica*" ha fatto sì che non sempre la dottrina si sia trovata in accordo sulla portata e l'ampiezza di detta nozione, a volte optando per interpretazioni più estensive ed a volte per interpretazioni più restrittive del medesimo termine.

Nemmeno l'introduzione nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici<sup>1</sup>, da cui è stata mutuata una definizione di impresa pubblica<sup>2</sup>, ha aiutato gli interpreti a dare una definitiva soluzione alla questione di che trattasi.

Ciò, in primo luogo, in quanto, a dispetto del nome utilizzato concretamente, il legislatore con tale disposizione ha voluto definire la società pubblica, intesa come soggetto di diritto privato amministrato e controllato, in maniera più o meno pressante, da enti pubblici, e non già l'impresa pubblica, intesa, al contrario, come esercizio di attività imprenditoriale da parte del pubblico, a prescindere dallo strumento concretamente utilizzato a tal fine.

Inoltre, non può sfuggire come la definizione di cui all'art. 3, comma 28, del d.lgs. 163/2006, sia stata elaborata al solo fine di delimitare l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici e non al fine di introdurre una definizione generalizzata di "impresa pubblica" applicabile a qualsivoglia disposizione contenuta negli ordinamenti interni dei singoli stati membri.

Vediamo, quindi, come la dottrina abbia, nel corso degli anni, tentato di colmare siffatta lacuna, mediante l'elaborazione di definizioni mutate dal contesto normativo circostante.

---

<sup>1</sup> Introdotta con il d.lgs. 163/2006, in recepimento delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 marzo 2004.

<sup>2</sup> Si veda l'art. 3, comma 28, del d.lgs. 163/2006, a mente del quale: "*le «imprese pubbliche» sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:*

*a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;*

*b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;*

*c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa".*

Da un punto di vista meramente letterale, il termine “*impresa pubblica*” non sembrerebbe creare particolari difficoltà<sup>3</sup>.

Quanto al termine “*impresa*” la definizione è semplice, in quanto lo stesso (o meglio, il termine imprenditore), è presente da sempre nella normativa del diritto commerciale - nel codice del commercio prima e nel codice civile poi – per identificare quella attività economica svolta professionalmente ed organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi (l’attuale testo dell’art. 2082 del codice civile recita testualmente, infatti, che “è *imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”)<sup>4</sup>.

Quanto, invece, al termine “*pubblico*” la definizione è apparsa un po’ più controversa. Se, infatti, al termine si attribuisce un significato soggettivo, lo stesso non può che evocare la necessaria sussistenza di una persona giuridica pubblica<sup>5</sup>, con ciò automaticamente escludendo dalla definizione di “*impresa pubblica*” le società di diritto comune, costituite quali persone private.

Appare, quindi, più ragionevole attribuire a tale aggettivo una connotazione oggettiva, facendo con ciò riferimento a tutti quei soggetti che svolgono attività imprenditoriale e la cui conduzione e gestione è affidata ad un soggetto pubblico<sup>6</sup>, a differenza dell’attività (imprenditoriale) “*privata*” che viene, invece, condotta, per

---

<sup>3</sup> In merito alla nozione di impresa pubblica, si veda OTTAVIANO, Voce *Impresa pubblica*, in enc. dir., 1970, CARABBA, *Impresa pubblica*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, Torino, 1993, D’ALBERGO, *Impresa pubblica*, in Novissimo Digesto, 1968, TREVES, *L’organizzazione amministrativa*, Torino, 1964 e, più di recente, CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011

<sup>4</sup> Sul punto, si veda OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, cit., 670, (con rinvio a CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955 e BIGIARI, *La professionalità dell’imprenditore*, Padova, 1948) in relazione al dibattito sviluppatosi nella dottrina privatistica in merito alla necessaria sussistenza di un fine di lucro per consentire il configurarsi dell’attività imprenditoriale, approdato nella considerazione per cui è sufficiente, perché si abbia impresa, che l’attività sia astrattamente idonea a conseguire un utile, pur non conseguendolo in concreto.

<sup>5</sup> D’ALBERGO, *Impresa pubblica*, cit., 379.

<sup>6</sup> D’ALBERGO, *Impresa pubblica*, cit., 379

l'appunto, da un soggetto privato. Tale definizione è preferibile a maggior ragione se si osserva che l'art. 2093 del codice civile, con cui è disciplinata l'attività svolta dalle imprese pubbliche assoggettate alla disciplina codicistica, è rubricato "*imprese esercitate da enti pubblici*".

In considerazione di quanto sopra, si ritiene possibile giungere ad una conclusione tale per cui sia da intendersi impresa pubblica qualsiasi attività economica organizzata che venga svolta da un ente pubblico<sup>7</sup>. Ciò si configura, quindi, quando il soggetto pubblico svolge, per l'appunto, attività di impresa<sup>8</sup> e ciò a prescindere, come si avrà modo di chiarire, dalla proprietà pubblica formale del soggetto all'uopo utilizzato.

Orbene, una siffatta definizione non può che suggerire anche la conseguente disciplina applicabile alla fattispecie in parola.

Ed invero, la circostanza per cui il soggetto esercitante l'attività imprenditoriale è pubblico e non privato non può essere, in linea generale, di per sé, elemento sufficiente alla disapplicazione della disciplina delle imprese di cui al codice civile, trattandosi, in ogni modo, di attività di impresa in tutto e per tutto assimilabile a quella svolta dai soggetti privati<sup>9</sup>. In entrambi i casi, infatti, la stessa è svolta da

---

<sup>7</sup> Si veda OTTAVIANO (in *Impresa pubblica*, cit., 671) che, riprendendo GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in riv. delle soc., 1958, COLTELLI, *La nozione di impresa pubblica in relazione alla competenza del ministero delle partecipazioni statali*, in corr. amm., 1958, 1590, GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano, 1968, 3, si interroga sulla compatibilità tra attività di impresa (intesa, come detto, alla precedente nota 4 come attività, almeno astrattamente, volta al perseguimento di un utile di impresa) e l'attività normalmente compiuta dall'amministrazione, che, per sua natura, è volta al soddisfacimento di interessi pubblici. Sul punto si tornerà più approfonditamente poco oltre.

<sup>8</sup> D'ALBERGO, *Impresa pubblica*, cit., 379.

<sup>9</sup> In merito all'identità tra impresa pubblica ed impresa privata si veda, *ex multis*, GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, cit. Di diverso avviso CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in CHITI - GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

un organismo produttivo che deve “*trarre dallo scambio di ciò che produce quanto gli occorre per vivere ed eventualmente svilupparsi*”<sup>10</sup>. Ciò che distingue la prima fattispecie dalla seconda è, quindi, solamente il soggetto che ne è titolare.

Ne consegue che all’impresa pubblica, al pari che a quella privata, dovranno essere applicate le norme previste dal codice civile per l’attività imprenditoriale<sup>11</sup>. E ciò, in particolare, come si dirà oltre, quando l’amministrazione utilizza per l’espletamento dell’attività imprenditoriale strumenti privatistici, quali le società di diritto comune.

L’ente pubblico, quindi, con l’avvio di siffatte attività economiche, diviene imprenditore lui stesso, al pari di qualsivoglia soggetto privato<sup>12</sup>.

E tuttavia, in tale contesto, non può ignorarsi come, pur esercitando attività imprenditoriale in senso proprio, il soggetto pubblico rimane comunque diverso rispetto al soggetto privato ed in quanto tale sottoposto a regole e discipline particolari, e incaricato del raggiungimento e della tutela di interessi generali in favore della collettività<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, cit., 674.

<sup>11</sup> GALGANO, *Art. 41*, in Commentario della Costituzione Branca, Bologna-Roma, 1982, 17.

<sup>12</sup> Si ricorda come tale possibilità fosse esclusa dal legislatore prima dell’avvento del codice civile del 1942. Ed infatti, come noto, l’art. 6 del codice del commercio del 1882 espressamente prevedeva che “*lo Stato, le provincie ed i comuni non possono acquistare la qualità di commercianti [...]*”.

<sup>13</sup> Tale particolare configurazione dell’attività imprenditoriale pubblica, (come riportato da OTTAVIANO, in *Impresa pubblica*, cit., 671) ha portato la dottrina ad interrogarsi in merito ai presupposti necessari affinché l’attività espletata dall’amministrazione possa concretamente configurarsi come attività economica imprenditoriale. Ed invero, la necessità, per l’amministrazione, di perseguire il soddisfacimento dell’interesse generale, anche attraverso la produzione e la fornitura ai terzi di beni e servizi, determina una “*presunzione inversa a quella che vale nel campo dell’attività dei privati, dovendosi cioè ritenere che l’amministrazione produce e cede ai terzi beni e servizi prescindendo da uno stretto collegamento con il ricavato che dalla cessione può ottenere*”. Da ciò non può che derivarne, secondo l’Autore, la necessità che lo scambio tra l’amministrazione e i terzi riguardi beni e servizi non indispensabili a questi ultimi (beni o servizi c.d. pubblici) e che, quindi, i terzi siano liberi di scegliere se dare o meno luogo allo scambio. Solamente in tale seconda fattispecie, l’attività dell’amministrazione potrà realmente configurarsi come economico imprenditoriale e non attività pubblica (TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950). Conclude, quindi, l’Autore che, per assicurare un siffatto rapporto di scambio, l’amministrazione dovrà predi-

Infatti, il soggetto pubblico imprenditore, oltre allo scopo di lucro tipico dell'attività imprenditoriale anche privata, è tenuto sempre e comunque al perseguimento di un fine istituzionale<sup>14</sup>, il quale, seppur astrattamente, potrebbe porsi in contrasto con il fine proprio dell'attività di impresa, ovvero il fine di lucro<sup>15</sup>.

Si ha, quindi, un organismo in cui coincidono “*un aspetto strutturale e funzionale proprio delle persone di diritto pubblico e un aspetto strutturale e funzionale proprio delle persone di diritto privato*”<sup>16</sup>.

Tale particolarità (di cui si parlerà diffusamente nel corso del presente studio) ha dato, quindi, luogo, fin da subito, all'introduzione di deroghe<sup>17</sup>, più o meno incisive sull'attività imprenditoriale pubblica, rispetto alla normale disciplina codicistica.

L'ampiezza e la pregnanza di tali deroghe sono variate nel corso degli anni e si sono connotate in maniera differente a seconda della tipologia organizzatoria prescelta dall'ente pubblico per la gestione dell'attività imprenditoriale (sia essa a-

---

sporre, per l'espletamento dell'attività imprenditoriale vera e propria, una struttura giuridica differente e separata rispetto a quella ordinariamente utilizzata per l'espletamento delle attività istituzionali, che sia dotata di autonomia gestionale, decisoria, contabile, patrimoniale e finanziaria nonché di competenza esterna. Idonei a soddisfare tali requisiti sono, storicamente, in Italia, come si vedrà più oltre, le figure dell'azienda autonoma, dell'ente pubblico economico e dell'azionariato di stato.

<sup>14</sup> La compresenza di un fine di lucro e del perseguimento di un interesse pubblico - istituzionale è stata oggetto di numerosi dibattiti in dottrina. Contrari ad una compatibilità tra il fine di lucro e la pubblicità, tra gli altri, IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003 e ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; a favore, almeno in linea teorica, tra gli altri, GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 80, (1-2013), 41-89, secondo cui “*scopo lucrativo e scopo pubblicistico, di fatto, ben possono materialmente coesistere nelle società miste. E' difatti del tutto normale in qualunque società con più soci che ciascuno di essi cerchi di far prevalere i propri specifici interessi. Tuttavia, si noti, scopo lucrativo e scopo pubblicistico non sono, nella gran parte dei casi, in concreto conciliabili [...]*”.

<sup>15</sup> Sul venir meno della centralità del fine di lucro nella gestione societaria, si veda, SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *riv. dir. civ.*, 1973.

<sup>16</sup> D'ALBERGO, *Impresa pubblica*, cit., 380.

<sup>17</sup> Deroghe che, come si vedrà, non si configurano solamente mediante l'introduzione normativa di talune modifiche di singole e specifiche disposizioni di diritto comune, bensì anche mediante la

zienda autonoma, ente pubblico economico o partecipazione pubblica in società di diritto comune).

L'introduzione di siffatte deroghe ed il configurarsi di soggetti imprenditori connotati di particolari caratteristiche, quali quelli pubblici, ha dato luogo alla c.d. economia mista, ovvero una economia in cui convivono, in regime di concorrenza, soggetti aventi caratteristiche e prerogative anche radicalmente differenti.

La compresenza di soggetti così diversi tra loro, ha dato e continua a dare, evidentemente, luogo a situazioni di privilegio o di svantaggio di talune tipologie di imprese rispetto ad altre ed ha alterato la libera concorrenza, entrambe per ciò in aperto contrasto con i principi europei in materia di concorrenza e libero mercato.

Al fine di comprendere la reale portata di tale fenomeno è, quindi, necessario procedere ad un'attenta analisi delle differenti forme di impresa pubblica esistenti in Italia e della loro evoluzione nel corso degli anni.

### ***1.1. Il caso della Banca d'Italia***

Prima di passare all'analisi storica dell'attività imprenditoriale pubblica, vale la pena, in questa sede, brevemente soffermarsi sulla vicenda relativa alla qualificazione della Banca d'Italia, al fine di evidenziare quanto incerta fosse la nozione di impresa pubblica e di quale livello di estensione della medesima sia stato raggiunto da parte della giurisprudenza e della dottrina italiana dei primi anni del secolo scorso.

Quest'ultime, infatti, sono giunte a far rientrare nella nozione di impresa pubblica anche soggetti privi di qualsivoglia partecipazione pubblica come, per l'appunto la Banca d'Italia, così come istituita con legge 10 agosto 1893, n. 449<sup>18</sup>.

---

creazione di un assetto generale di gestione dell'impresa pubblica tale da rendere indirettamente influenzata l'attività di quest'ultima da parte dell'ente pubblico gestore.

<sup>18</sup> Per una completa ricostruzione sul punto, si veda PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

La Banca d'Italia, a dispetto delle sue caratteristiche formali, che sono inequivocabilmente tipiche di una natura propriamente privata (la stessa, fino alla sua trasformazione in istituto di diritto pubblico avvenuta ad opera dell'art. 3 del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141, era costituita come società anonima e detenuta interamente da soggetti azionisti privati<sup>19</sup>), venne qualificata dalla giurisprudenza<sup>20</sup> prima e da una parte della dottrina<sup>21</sup>, poi, quale impresa pubblica, o quantomeno quale "*ente parificato alle pubbliche amministrazioni*", sulla scorta del principio per cui, al fine della qualificazione di un soggetto è necessario identificare il fine cui è rivolto e non già la sua sola struttura.

La Cassazione ha, pertanto, ritenuto che né la sua qualificazione di società anonima operata per legge (e, quindi, la conseguente imposizione del perseguimento di un fine di lucro) né la disposizione per cui l'intero capitale della medesima Banca dovesse essere assegnato a soli soci privati, fossero elementi sufficienti a qualificare lo stesso soggetto quale ente privato.

Ciò in quanto, a fronte di tali caratteristiche meramente formali, sussistevano elementi sostanziali tali da non poter dubitare della sua ascrivibilità all'ente pubblico. In particolare, la Banca d'Italia, oltre ad essere stata istituita tramite legge dallo Stato e non già secondo le modalità tipicamente privatistiche di costituzione tra

---

<sup>19</sup> La stessa nasce dall'aggregazione di banche costituite da capitali interamente privati, ovvero la Banca Nazionale del Regno, la Banca Nazionale Toscana e la Banca Toscana di Credito per le Industrie e il Commercio d'Italia.

<sup>20</sup> Cassazione Civile 25 febbraio 1908, in Foro it., 1908, I, 274, che segue una precedente giurisprudenza probabilmente inaugurata con la sentenza della Cassazione di Firenze 31 dicembre 1903, in Foro it., 1904, I, 937.

<sup>21</sup> FERRARA, *Teoria delle Persone giuridiche*, Torino-Napoli, 1915, FERRARIS, *La classificazione delle persone morali di diritto pubblico*, in riv. dir. pubbl., 1919; si veda *contra ex multis* CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in riv. dir. pubbl., 1916, DE CRISTOFARO, *Su la commercialità delle persone giuridiche pubbliche*, in riv. dir. pubbl., 1918, LA LUMIA, *Banche private e banche pubbliche*, in riv. dir. comm., 1925, BORGARELLI, *Natura giuridica della Cassa Nazionale Infortuni*, in riv. dir. pubbl., 1910.

soci di una società di diritto comune (stipula di un contratto societario), era, da un lato, attributaria del compito di svolgere funzioni tipicamente pubblicistiche e di interesse generale (emissione di biglietti al portatore, art. 1 dello statuto originario della Banca d'Italia e servizio di tesoreria dello Stato, art. 12 dello statuto originario della Banca d'Italia) e, dall'altro lato, destinataria di una serie di disposizioni *ad hoc*, derogatorie della normativa di diritto comune in materia di società commerciali, aventi il fine di rendere la stessa concretamente ed interamente dipendente dallo Stato (quali, ad es., l'ingerenza nella formazione e nell'approvazione dello statuto, l'assistenza di un ispettore governativo all'adunanza dell'assemblea generale degli azionisti e del Consiglio superiore, con facoltà di sospendere l'esecuzione delle deliberazioni, le ispezioni periodiche e la nomina del Direttore generale e del Vice direttore)<sup>22</sup>.

Lo Stato, non essendo azionista della società anonima in questione, per potervi esercitare una qualche influenza, e, quindi, non potendo usufruire degli strumenti tipici che il codice del commercio assegnava ai soci di una qualsivoglia società di

---

<sup>22</sup> In tal senso si legga in Cass. Civ. 25 febbraio 1908, cit.: *"la Banca d'Italia un istituto di creazione legislativa con l'attribuzione specifica di prestarsi all'adempimento di una funzione inerente alla personalità politica dello Stato, di una delle più delicate e importanti funzioni dell'azione governativa, l'emissione di biglietti al portatore, che anzi, secondo l'art. 1 del suo statuto, è sua ragion d'essere ed è sua finalità; oltre di che la Banca, a termini dell'art. 12 dello stesso statuto, è incaricata del servizio di tesoreria, ici essendo detto che può eseguire operazioni e disimpegnare servizi ed incarichi per conto del tesoro dello Stato. Ora, nella concorrenza dei fini d'indole diversa, la natura dell'istituto bancario non può a meno che risentire l'influenza di quello che deve prevalere per essere informato dall'interesse pubblico, e che, se non lo costituisce come organo immediato e diretto dell'azione governativa, lo rappresenta, per la cooperazione che presta al disimpegno di pubbliche funzioni come una diramazione onde l'azione governativa si irradia e si diffonde, così da trovare appieno giustificato che la Banca d'Italia, quasi altro dei tanti congegni dell'ingranaggio amministrativo dello Stato, ne partecipi la dignità. Ed in coerenza alle pubbliche funzioni deferite alla Banca d'Italia, la legge la costituì come un organismo dipendente dallo Stato, al quale in virtù di varie disposizioni, costituenti una deroga alle norme di costituzione delle società commerciali ed alle prescritte forme di pubblicità, assicurò la più estesa sorveglianza mediante l'ingerenza nella formazione e nell'approvazione dello statuto, l'assistenza di un ispettore governativo all'adunanza dell'assemblea generale degli azionisti e del Consiglio superiore, con facoltà di sospendere l'esecuzione delle deliberazioni, e mediante le ispezioni periodiche e la nomina del Direttore generale e del Vice direttore"*.

diritto comune, aveva predisposto strumenti particolari e speciali tali da garantire ugualmente la direzione della funzione (pubblicistica) da questa svolta.

Una siffatta ricostruzione è stata oggetto di numerosi approfondimenti dottrinali, dai quali emersero voci a favore e voci contrarie alla qualificazione suddetta.

Parte della dottrina<sup>23</sup>, infatti, riteneva che i fini di interesse generale e l'influenza statale sull'azione della Banca d'Italia non fossero sufficienti a modificare la qualificazione di un soggetto privato, sia con riferimento alla propria composizione sociale, sia con riferimento alla propria disciplina di azione.

L'esercizio delle funzioni pubbliche non doveva considerarsi quale scopo della società anonima, ma solamente quale mezzo per raggiungere il vero fine della stessa, ovvero il fine di lucro<sup>24</sup>.

Dall'altra parte, tuttavia, una parte della dottrina<sup>25</sup>, facendo proprie le considerazioni svolte dalla Cassazione nella citata sentenza del 1908, riteneva che il fine pubblico dell'attività, posta in essere, per legge, dalla Banca d'Italia, non potesse

---

<sup>23</sup> CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, cit., DE CRISTOFARO, *Su la commercialità delle persone giuridiche pubbliche*, cit., LA LUMIA, *Banche private e banche pubbliche*, cit., BORGA-RELLI, *Natura giuridica della Cassa Nazionale Infortuni*, cit.

<sup>24</sup> CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., in cui si legge: "i servizi che queste società esercitano sono funzioni dello Stato; ma non affettano la natura delle società stesse. Infatti essi non costituiscono lo scopo di quella personalità giuridica che è la società commerciale; lo scopo è il lucro dei soci, l'esercizio del pubblico servizio assunto è il mezzo o uno dei mezzi per raggiungere quello scopo". Probabilmente, come ipotizzato da alcuni Autori più recenti (PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare*, cit, 117), alla base di tale interpretazione dottrinale vi era anche l'idea per cui, in conformità a quanto disposto dagli artt. 6 e 7 del codice del commercio del 1882, lo Stato non potesse svolgere attività di impresa, non potendo assumere la qualifica di commerciante. Il che rendeva incompatibile in maniera assoluta il fine pubblico con lo scopo di lucro.

<sup>25</sup> FERRARA, *Teoria delle Persone giuridiche*, cit., secondo cui è "da attribuirsi carattere pubblico alla Banca d'Italia, la quale sebbene sia formata da azionisti che dal commercio bancario aspettano dei dividendi, tuttavia ha ricevuto una soprastruttura pubblicistica per le funzioni pubbliche delicatissime che ad essa sono state affidate".

che trasformare la stessa in ente pubblico, a dispetto delle sue caratteristiche formali<sup>26</sup>.

Tale seconda corrente dottrinale fu quella maggiormente seguita dalla giurisprudenza successiva, ma solamente con riferimento alla Banca di Italia, non riscontrandosi, in giurisprudenza, similari classificazioni con riferimento ad altri soggetti aventi le medesime caratteristiche.

In ogni modo, a prescindere dall'ampiezza che s'intende dare alla nozione di "*impresa pubblica*", ciò che appare rilevante ai nostri fini è la crescente e variegata tendenza dello Stato a creare diverse forme di intervento nell'economia.

Con il presente capitolo, pertanto, si intende ricostruire l'evoluzione di tale forma di organizzazione dell'apparato amministrativo statale (e non), attraverso un'attenta analisi delle diverse fasi storico economiche attraversate e delle diverse formule organizzative con cui la amministrazione pubblica è intervenuta nell'economia, nel corso del XX secolo.

## ***2. Le prime forme di intervento pubblico nell'economia in Italia.***

Le prime forme di intervento pubblico nell'economia in Italia si ravvisano tra la fine del XIX secolo e gli inizi del XX secolo e si sono evolute nel corso degli anni, concretizzandosi, in linea generale, in tre differenti moduli organizzativi: l'azienda organo dello Stato (o azienda autonoma), l'ente pubblico economico e le

---

<sup>26</sup> Si ritiene che, qualora tale orientamento avesse preso piede e avesse dato luogo ad un'applicazione generalizzata del principio ad esso sotteso (che il fine pubblico di una società prevale sulle proprie caratteristiche strutturali al fine della sua qualificazione quale soggetto pubblico e privato.), ci si sarebbe ritrovati ad avere un'espansione fuori misura dell'apparato amministrativo, stante che qualsiasi soggetto, interamente e formalmente privato, solo per il fatto di svolgere funzioni pubblicistiche sotto la direzione ed il controllo di un soggetto pubblico, sarebbe potuto essere ascritto all'organizzazione pubblica e di questa farne parte.

partecipazioni pubbliche (totali o parziali) in società di diritto comune (nella pratica si tratta di società per azioni, ma, in via astratta, nulla vieterebbe l'utilizzo, per i medesimi fini, di altre tipologie di società di diritto comune)<sup>27</sup>.

Tali differenti tipologie di soggetti operanti nel mercato sono, comunemente e dalla maggior parte della dottrina<sup>28</sup> e della giurisprudenza, ricondotte alla categoria, sopra illustrata, dell'impresa pubblica, trattandosi di soggetti che, a prescindere dalla loro natura giuridica, svolgono, in via prevalente, attività imprenditoriali, pur essendo "governate", direttamente o indirettamente, da soggetti pubblici.

Tuttavia, secondo una parte minoritaria della dottrina<sup>29</sup> non tutti e tre i moduli organizzativi sopra citati rientrerebbero nella categoria delle imprese pubbliche in senso pieno e formale, bensì solamente gli enti pubblici economici e - anche se, come si dirà, non dotati di personalità giuridica propria - le aziende organo, ovvero solamente quei soggetti che, oltre a svolgere attività imprenditoriale, sono costituiti in persona giuridica pubblica.

Diversamente, le società di capitali, costituite, in quanto tali, in persona giuridica privata, il cui capitale sociale è, in tutto o in parte, in mano pubblica, possono, secondo tali Autori, essere definite imprese pubbliche<sup>30</sup> solamente in senso sostanziale ed economico, non certamente in senso formale, trattandosi (formalmente) di imprese private<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> In proposito, si veda la ricostruzione di MERUSI, in *Il sogno di Diocleziano - Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, 83 ss, dove però l'Autore opera una distinzione tra il sistema di gestione delle partecipazioni pubbliche tramite enti di gestione e la partecipazione diretta dell'ente pubblico in società per azioni, ritenendo che quest'ultima ipotesi, assumendo una forma tipicamente privatistica non possa, in concreto, essere fatta rientrare nell'apparato organizzativo pubblico.

<sup>28</sup> OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, cit.; GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in riv. delle soc., 1958.

<sup>29</sup> GOISIS, *Imprese pubbliche*, in CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006.

<sup>30</sup> Definizione, come riportato in GOISIS, *Imprese pubbliche*, cit. sempre più spesso utilizzata proprio per tali tipologie di soggetti operanti nel mercato, anche a seguito dell'impulso in tal senso derivante dal diritto comunitario.

<sup>31</sup> Secondo la citata dottrina, peraltro, le imprese pubbliche in senso pieno e formale (ovvero gli enti pubblici economici e le aziende organo) sono destinate a svolgere attività di produzione di

### ***2.1. Dall'azienda organo dell'amministrazione alla privatizzazione dell'azione economica dello Stato.***

La prima forma di intervento economico dello Stato (forse anche la più risalente e, secondo alcuni<sup>32</sup>, per molto tempo, l'unica esistente nel paradiso organizzativo italiano) si può identificare nelle c.d. aziende organo dell'amministrazione.

Tali aziende sono create ed inserite all'interno dello Stato - apparato, con funzioni solitamente attribuite a persone fisiche dipendenti delle amministrazioni e ne determinano una sua espansione interna, senza creare nuovi soggetti autonomi del mercato<sup>33</sup>.

Le stesse, rimangono delimitate all'interno della struttura organizzativa pubblica e non hanno personalità giuridica propria né una propria autonomia decisionale, ma solo legittimazione di diritto sostanziale e processuale. Vengono guidate e gestite dal personale, che pur essendo proprio dell'azienda organo, rimane strutturalmente inquadrato all'interno dell'amministrazione pubblica e, in parte, gerarchicamente subordinato alla dirigenza politica dell'ente da cui discendono, tramite l'assoggettamento al potere di direttiva e di controllo di quest'ultimo<sup>34</sup>.

E tuttavia, si distinguono dagli altri organi amministrativi in quanto sono dotate di competenza esterna e di amplissime autonomie funzionali, tra cui l'autonomia finanziaria (mediante l'assegnazione di un proprio patrimonio e la tenuta di un pro-

---

beni e servizi che si trovano, in via esclusiva, in mano al pubblico potere, il quale è l'unico legittimato a svolgerle. Dette attività sono definite dalla dottrina (GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 133 ss.) "collettivizzazioni" e comprendono sia quelle derivanti dal trasferimento in mano pubblica di attività prima gestite da soggetti privati, sia quelle che nascono di titolarità pubblica.

Viceversa, le società di diritto comune a partecipazione pubblica, svolgerebbero attività aventi ad oggetto beni o servizi che possono essere forniti o espletati anche da parte di altri soggetti sia privati che pubblici, e che, quindi, non godono di forme di esclusiva (c.d. assunzioni singolari).

<sup>32</sup> GALGANO, *Le Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988.

<sup>33</sup> GALGANO, *Le Società per azioni*, cit., 455.

prio bilancio da inserire all'interno del bilancio dell'ente da cui dipende), l'autonomia contabile (possono redigere propri regolamenti di spesa), l'autonomia contrattuale (possono redigere propri ordinamenti aventi ad oggetto le proprie attività contrattuali esterne) e l'autonomia organizzativa (possiedono ampi poteri di organizzazione interna)<sup>35</sup>.

Tali caratteristiche consentono alle aziende organo di essere considerate titolari di attività imprenditoriali<sup>36</sup> e, quindi, di poter rientrare nella suddetta qualificazione di impresa pubblica.

Si caratterizzano per combinare assieme l'organizzazione economica aziendale con il concetto pubblicistico di organo di una pubblica amministrazione e, pertanto, solamente la loro attività operativa che si rivolge verso i terzi viene regolata dal diritto privato, rimanendo, invece, regolata dal diritto pubblico la sola parte organizzativa, proprio in funzione della posizione di mero organo dell'amministrazione<sup>37</sup>.

Tale modello organizzativo è stato utilizzato principalmente a livello locale, al fine di organizzare e municipalizzare quei servizi pubblici locali che necessitavano di una gestione unitaria e sottratta al libero mercato, sebbene taluni esempi di aziende - organo si ebbero, agli inizi del Novecento anche a livello nazionale, quali ad esempio l'Ente che gestiva le ferrovie, nazionalizzato nel 1905, ovvero l'azienda delle Foreste demaniali e la gestione dei monopoli di stato, quali il tabacco e il sale<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> CASSESE, *Formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974.

<sup>35</sup> GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 235.

<sup>36</sup> Anche se secondo alcuni Autori tale qualificazione non è pertinente, in quanto sussiste comunque un obbligo dell'ente da cui l'azienda organo dipende, di ripianare le eventuali perdite di bilancio, disposizione che mal si concilia con la realtà di una impresa. In tal senso, si veda, *ex multis*, GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 236.

<sup>37</sup> MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit., 85.

<sup>38</sup> Sono aziende organi, secondo quanto ricostruito da GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., le aziende municipali, consortili, provinciali e regionali (ad es. l'Azienda delle ferrovie

Con i primi anni del XX secolo, tuttavia, lo Stato ravvisò l'esigenza di imporre un proprio intervento nell'economia più diretto e pregnante, non attuabile mediante la creazione delle sole aziende organo, ma attraverso l'introduzione e la nascita di differenti nuove forme organizzative.

Ciò soprattutto in considerazione del fatto che, proprio la doppia natura di impresa e di organo dell'amministrazione (e, quindi, l'assoggettamento delle procedure organizzative e decisorie interne, al diritto pubblico) rendeva questa particolare forma organizzativa ibrida, ambigua e inefficiente<sup>39</sup> nonché poco funzionale allo svolgimento di attività imprenditoriali da operarsi all'interno del libero mercato<sup>40</sup>.

---

dello Stato, l'Azienda delle Poste e delle telecomunicazioni, l'azienda dei telefoni di Stato, oggi trasformate in S.p.A.), mentre esulano da tale fattispecie quelle organizzazioni – da sempre molto diffuse – interne alle pubbliche amministrazioni dotate anch'esse di struttura organizzativa imprenditoriale, ma prive di propri proventi (se non in misura minima) - quali ad es. le Aziende forestali regionali, l'Anas, prima della trasformazione in Ente nazionale per le strade, le officine di restauro, i laboratori pubblici di analisi e le farmacie comunali – che si configurano come amministrazioni autonome o stabilimenti dell'ente di appartenenza.

<sup>39</sup> In tal senso frequenti critiche a tale modello organizzativo di gestione dell'attività imprenditoriale dell'amministrazione pubblica, si ebbe da parte sia di giuristi che di economisti dell'epoca, tra cui si ricorda, ad es. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1990 e DI FRANCESCO, *I modelli e i processi organizzativi. Il potere di autorganizzazione della P.A.*, in amm. it., 1990, 896.

<sup>40</sup> Si veda, in tal senso, OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, cit., 682, secondo cui “*la circostanza che tutte le volte che ne è presidente il Ministro manca un organo che abbia come suo compito specifico, al quale possa dedicarsi con tutte le sue energie, la sua gestione, ne limita la prontezza di decisione. Ugualmente la mancanza di disponibilità del patrimonio e di ricorso autonomo al risparmio, di un sistema di contabilità e di controllo del tutto aderente ad una gestione commerciale, possono limitarne l'efficienza dal punto di vista imprenditoriale*”.

E tuttavia, l'utilizzo e la fortuna delle aziende organo proseguì ancora a lungo, rappresentando tale fattispecie un compromesso politico ed economico (perdurato fino all'epoca delle privatizzazioni), attraverso il quale il legislatore cercava di ovviare alla situazione di costante passivo in cui si trovava l'impresa-organo, a causa di costi del personale estremamente elevati e produttività molto bassa. Ed infatti, se da un lato la circostanza per cui tali aziende espletavano sempre più spesso solamente attività prettamente imprenditoriali avrebbe, infatti, dovuto suggerire, da un punto di vista politico, la loro esternalizzazione rispetto all'apparato amministrativo, deputato al solo svolgimento di attività istituzionali di interesse pubblico, dall'altro lato, il mantenimento delle aziende-organo all'interno della struttura delle amministrazioni di pertinenza (e, quindi, la riconducibilità delle stesse, dal punto di vista economico, all'interno del bilancio dell'amministrazioni medesime) rendeva di gran lunga più facile ricorrere al ripianamento dei debiti da queste contratti, rispetto alla necessità di ricorrere ad elargizioni verso l'esterno, nel caso in cui detti soggetti fossero stati tra-

Dette nuove forme esterne di intervento nell'economia da parte dell'apparato amministrativo non si limitano più ad espandere l'ampiezza dell'apparato amministrativo medesimo, ma comportano una vera e propria "duplicazione del corpo amministrativo dello Stato italiano"<sup>41</sup>, in cui lo Stato imprenditore si separa e differenzia dallo Stato pubblica amministrazione<sup>42</sup>.

Le ragioni di detta nuova tendenza sono molteplici.

Lo Stato italiano, innanzitutto, come detto, viene mosso dal bisogno di intervenire in maniera più pregnante nell'economia privata, al fine di garantire una maggior cura di una serie di interessi ritenuti meritevoli di specifica tutela, rispetto a quella assicurata dall'applicazione degli strumenti ordinari di indirizzo e direttiva sui soggetti privati<sup>43</sup>.

Emerge la necessità di creare o sviluppare alcune imprese o addirittura alcuni settori di produzione fino ad allora inesistenti, ma rivestenti un particolare interesse pubblico, in maniera particolare in un contesto quale quello della prima metà del secolo XX, in cui le due guerre mondiali rendevano indispensabile la presenza di produzioni volte alla difesa del Paese.

Accanto a tale necessità, si fa forte, anche l'esigenza di intervenire in alcuni settori già esistenti sul mercato di diritto comune, ma in costante difficoltà e, pertanto, bisognosi di sostegni, anche in considerazione del costante aumento della concor-

---

sformati in soggetti autonomi esterni alla struttura amministrativa (in tal senso, si veda GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit. 236 e ss.).

<sup>41</sup> CASSESE, *Formazione dello Stato amministrativo*, cit.

<sup>42</sup> GALGANO, *Le Spa*, cit., p. 456

<sup>43</sup> In proposito si veda, CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 13, in cui si rimanda, tra gli altri, a LA MALFA, *La riorganizzazione delle partecipazioni economiche dello Stato*, in Ministero dell'Industria e del Commercio, *L'istituto per la ricostruzione industriale - I.R.I.*, Torino, 1955, I, p. 11; GRACCHI, *Schema di relazione*, in Ministero dell'Industria e del Commercio, *L'istituto per la ricostruzione industriale - I.R.I.*, Torino, 1955, I, p. 35-37, 41-45.

renza straniera<sup>44</sup>, così come quella di salvare da situazioni di emergenza singole imprese private che effettuano attività meritevoli di tutela.

Accanto alla necessità di soddisfare interessi pubblici e di tutelare determinate attività a servizio della collettività, emerge anche la tendenza degli enti pubblici di procurarsi, attraverso l'attività imprenditoriale, un guadagno o comunque un vantaggio economico<sup>45</sup>.

Vista l'ampiezza e la varietà del fenomeno, non pare strano che i tradizionali strumenti di intervento pubblico nell'economia non vengano più ritenuti adeguati al perseguimento dei fini fin qui accennati.

Come detto, infatti, fino a quel momento lo Stato italiano si era limitato a prevedere talune disposizioni *ad hoc* applicabili ad enti di fatto privati, ovvero alla creazione di organi interni all'amministrazione, che, in quanto tali, erano soggetti alla normativa propria di quest'ultima.

Di fronte al nascere e crescere delle nuove esigenze, pertanto, lo Stato italiano ha sentito l'esigenza di rendere la propria azione economica il più efficiente possibile e garantire condizioni di sicurezza giuridica per i terzi fruitori di tale azione, se non uguali, quantomeno simili a quelle garantite per i soggetti terzi fruitori dell'azione economica privata.

Ciò poteva essere conseguito solamente sottraendo l'azione economica pubblica, quanto più possibile, alla normativa pubblicistica regolante l'azione amministrativa nel suo complesso.

---

<sup>44</sup> In particolare, secondo CASSESE, in *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 13, "a) la necessità di sostenere alcune imprese o addirittura alcuni settori necessari all'economia del Paese, supplendo così alla mancanza di forze di iniziativa privata; b) le esigenze, in Italia dopo il 1935, della politica autarchica determinata dalla tensione che precedette il secondo conflitto mondiale; c) l'esigenza di svincolare, almeno in parte, l'approvvigionamento di materie prime essenziali dai monopoli stranieri o la necessità di aiutare determinate attività produttive che la pericolosa concorrenza straniera aveva precedentemente colpito; d) le necessità di difesa e strategiche che hanno obbligato lo Stato a sviluppare alcuni settori chiave della produzione".

<sup>45</sup> OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, cit., 670.

L'adozione di forme privatistiche per l'esercizio di attività economica (ma non solo, come si dirà nel corso del presente lavoro, negli anni più recenti l'utilizzo delle forme privatistiche ha investito anche attività di tipo prettamente pubblicistico<sup>46</sup>) da parte delle pubbliche amministrazioni presentava, infatti, "il grande vantaggio di permettere ai pubblici poteri di svolgere attività senza essere sottoposti alla pesante disciplina in materia di contratti e di contabilità propria dello Stato"<sup>47</sup>, ma applicando, al contrario le, ben più "agili", norme di diritto comune, al pari di qualsivoglia soggetto privato agente nel mercato.

Secondo altri Autori<sup>48</sup>, peraltro, alla base di tale costante espansione della privatizzazione dell'azione economica dello Stato era da ravvisarsi anche la volontà di creare dei soggetti autonomi ed esterni all'amministrazione, i quali, grazie al perdurante rapporto con questa (assicurato, come si vedrà nel prosieguo del presente lavoro, attraverso numerosi strumenti anche ulteriori rispetto a quelli garantiti dal diritto comune al socio), svolgessero una sorta di mediazione tra lo Stato e la società comune, tra potere politico e mercato.

In ogni modo, quali che fossero le ragioni alla base di siffatto inarrestabile processo, in detto periodo, alle aziende organo (considerate, come detto, organi interni dello Stato, seppur dotati di ampie forme di autonomia degli stessi<sup>49</sup>), vengono contrapposte nuove e parallele forme di organizzazione amministrativa: gli enti pubblici economici e le società di diritto comune partecipate da soggetti pubblici (quasi sempre società per azioni).

---

<sup>46</sup> CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit.

<sup>47</sup> CASSESE, *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, Bologna, 1976, p. 214, in tal senso si veda anche la Relazione al codice civile del 1942, in cui si legge - con riferimento all'introduzione del principio dell'applicazione, quasi integrale, della normativa in materia di società per azioni anche alle società a partecipazione pubblica - che "lo Stato medesimo si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza e nuova possibilità realizzatrici".

<sup>48</sup> GALGANO, *Le Società per azioni*, cit.

<sup>49</sup> GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.

## 2.2. *Gli enti pubblici economici*

Gli enti pubblici economici sorgono, per come li conosciamo oggi, agli inizi del XX secolo<sup>50</sup>, al fine di rendere più pregnante e diretto l'intervento sull'economia da parte dell'amministrazione pubblica, e durante detto secolo il loro sviluppo e la loro diffusione fu inarrestabile.

La loro genesi è stata varia, derivando gli stessi sia dalla trasformazione di soggetti privati già esistenti sia dalla creazione *ex novo* di nuovi soggetti.

Nel primo caso, lo Stato, soprattutto negli anni Trenta del secolo scorso, assunse la tendenza di rendere ente pubblico economico, sottoposto al proprio controllo ed indirizzo, qualsivoglia soggetto che svolgesse attività in qualche modo ritenute, anche indirettamente, di interesse pubblico. Si pensi, *in primis*, alle casse di risparmio, alle imprese elettriche private (riunite nell'ENEL), ai consorzi di bonifica, alle banche ...<sup>51</sup>.

Nel secondo caso, invece, lo Stato usò gli enti pubblici economici per supplire a carenze del mercato e, quindi, per porre in essere attività economiche che non venivano svolte dagli imprenditori privati, ma che venivano, in quel momento storico, ritenute indispensabili per l'attuazione dell'interesse pubblico.

In ogni modo, la creazione degli enti pubblici economici nel secolo scorso fu, almeno inizialmente, del tutto frammentaria e priva di qualsiasi sistematicità, rendendo difficile una loro configurazione giuridica, tanto da portare a lungo dottrina

---

<sup>50</sup> Anche se, come riporta GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit. 238, successivamente sono stati ricondotti a tale categoria anche altri enti esistenti in precedenza e non qualificati come tali. Tra questi si possono annoverare, secondo ROSSI (in *Gli enti pubblici*, cit., 154), alcuni istituti bancari preesistenti, quali il Banco di Sicilia, il Banco di Napoli, l'Istituto San Paolo di Torino e Monte dei Paschi di Siena e le casse di risparmio, ovvero alcuni enti creati in epoca giolittiana, quali l'INA (Istituto nazionale per le assicurazioni) e il Consorzio di credito per le opere pubbliche.

<sup>51</sup> MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit., 85.

(e legislatore) ad ignorarne l'esistenza. Tale "ritardo" nel riconoscimento dell'esistenza degli enti pubblici economici è dovuto, secondo alcuni Autori<sup>52</sup>, oltre che da fattori culturali, anche da un assetto complessivo dell'ordinamento che "non consentiva di configurare una nozione di ente pubblico economico con conseguenze giuridiche specifiche, in assenza di una giurisdizione amministrativa e con una disciplina del pubblico impiego non strutturata con caratteristiche stabilmente differenziate rispetto all'impiego pubblico".

Solamente con l'entrata in vigore della legge 16 giugno 1938, n. 1303, in materia di associazioni sindacali<sup>53</sup>, viene per la prima volta riconosciuta, quantomeno, l'esistenza di enti pubblici che svolgono attività imprenditoriale accanto agli enti pubblici ordinari deputati allo svolgimento di funzioni amministrative.

Tuttavia, pur riconoscendone l'esistenza, la norma citata (così come anche le successive disposizioni normative ove si trova un riferimento a siffatta tipologia di soggetti, facenti sempre parte dell'ordinamento giuslavoristico<sup>54</sup>) non forniva alcuna definizione della fattispecie, comportando, anche per gli anni a seguire, numerosi dubbi in merito alla qualificazione di molti enti pubblici quali enti pubblici economici o meno.

Ciononostante le citate norme hanno dato l'impulso alla dottrina ed alla giurisprudenza ad interrogarsi sia sull'inquadramento della figura quale ente pubblico o ente privato, sia sulla natura (pubblica o privata) degli atti da questi emanati, anche quale conseguenza del suo inquadramento.

---

<sup>52</sup> ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 155.

<sup>53</sup> Art. 1 della legge 16 giugno 1938, n. 1303, a mente del quale veniva concessa la possibilità di iscrizione alle associazioni sindacali da parte dei dipendenti di enti pubblici che "operino nel campo della produzione e svolgano un'attività economica in regime di libera concorrenza".

<sup>54</sup> Si fa riferimento ad es. all'art. 2093, 2221 e 2201 del c.c. ovvero allo statuto dei lavoratori di cui alla legge 20 luglio 1970, n. 300.

Orbene, al fine di addivenire ad un inquadramento dell'ente pubblico economico si deve partire da una comparazione dello stesso con la fattispecie dell'ente pubblico tradizionale.

Il primo si distingue dal secondo oltre che per la tipologia dell'attività svolta, che si sostanzia, evidentemente, non già in attività pubblicistiche, bensì in attività privatistiche di stampo economico industriale<sup>55</sup>, espletate, quindi, all'interno di un mercato concorrenziale, in posizione paritaria rispetto a tutti gli altri soggetti privati economici, anche per l'assenza, in detta fattispecie della c.d. doppia capacità, di diritto pubblico e di diritto privato.

Ed infatti, detta particolare tipologia di ente pubblico è priva di potestà di impero, non partecipa della sovranità dell'ente che lo ha creato ed è priva di autonomia normativa tipicamente pubblica (i suoi regolamenti sono accomunabili a regolamenti aziendali privati e non già a regolamenti pubblici), conservando solamente una capacità di diritto privato.

Dall'altra parte, invece, l'ente pubblico economico, ha in comune con l'ente pubblico tradizionale la circostanza per cui entrambi sono costituiti da capitale interamente pubblico e sono assoggettati alla direzione ed al controllo della pubblica amministrazione.

Sulla scorta di tali peculiarità del soggetto in parola, la dottrina si è, quindi, interrogata sulla sua riconducibilità o meno della figura dell'ente pubblico economico nell'alveo dei soggetti pubblici.

La dottrina più diffusa, facendo derivare la sua qualificazione dalla provenienza pubblica del capitale sociale dell'ente stesso nonché dal suo assoggettamento a

---

<sup>55</sup> Si veda in proposito quanto evidenziato precedentemente in merito alla ricostruzione di Ottaviano della disputa dottrinale relativa alla nozione di attività economica sia nell'ambito dell'attività imprenditoriale privata (fine di lucro almeno in astratto) sia nell'ambito dell'attività imprenditoriale pubblica (assenza di imposizione da parte del soggetto pubblico nei confronti del soggetto privato).

direzione e controllo della pubblica amministrazione<sup>56</sup>, ritiene che il soggetto in parola non possa che essere qualificato quale soggetto di diritto pubblico ed, in quanto tale, inquadrato all'interno della struttura organizzativa amministrativa.

Dall'altra parte, però, secondo un più risalente indirizzo dottrinale<sup>57</sup>, la definizione dell'ente pubblico economico dovrebbe derivare e prendere in considerazione non tanto il suo inquadramento all'interno dell'organizzazione amministrativa, bensì l'attività concretamente posta in essere, che si sostanzia in attività tipicamente privatistica, nonché il suo oggetto sociale riguardante lo svolgimento di un'attività economica industriale, da espletarsi all'interno di un mercato concorrenziale, al pari degli altri soggetti privati economici<sup>58</sup>.

Dal punto di vista dell'attività, quindi, il soggetto ente pubblico economico dovrebbe essere inquadrato quale soggetto privato, estraneo alla sfera pubblica dell'amministrazione.

Occorre però, in questa sede, anche ricordare che taluna dottrina ha messo in dubbio l'opportunità di qualificare detti soggetti come imprese, in quanto essi, pur avendo tutti gli elementi organizzativi propri delle imprese private, in realtà sono connotati anche dalla circostanza per cui l'elemento del rischio imprenditoriale risulta totalmente modificato – se non annullato – , quale conseguenza della previsione legislativa di copertura delle responsabilità patrimoniali da parte dell'ente pubblico a monte e di trasformazioni di dette responsabilità da patrimoniali a re-

---

<sup>56</sup> Si ricordi che oggi tali elementi non dovrebbero ritenersi sufficienti per qualificare un soggetto quale ente pubblico, stante che, come si vedrà nel corso della presente trattazione, esistono nel nostro ordinamento anche società di diritto comune (e in quanto tali, quindi, soggetti privatistici, del tutto estranei alla struttura organizzativa pubblica), il cui capitale è in mano pubblica e che sono soggette a poteri di direzione e controllo da parte dell'apparato amministrativo.

<sup>57</sup> In tal senso, ad es., si veda LEVI, *La persona giuridica pubblica*, in riv. trim. dir. pubbl., 1951, GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature, Napoli, 1974, secondo cui la mera origine pubblica del capitale sociale e delle decisioni gestorie, non sia di per sé idonea a giustificare nell'ambito dei soggetti pubblici anche enti che, di fatto, svolgono attività propriamente privatistiche e non sono assegnatari di alcuna funzione amministrativa in senso proprio.

sponsabilità amministrative e politiche degli amministratori sia dell'impresa nei confronti dell'ente che li nomina, sia dell'ente stesso<sup>59</sup>.

Appare evidente, quindi, che un soggetto siffatto - ovvero che mantiene la qualificazione di ente pubblico e rimane, pertanto inquadrato all'interno dell'ordinamento pubblico pur svolgendo attività prettamente privatistiche - abbia fatto nascere numerose questioni in merito alla compatibilità tra la natura giuridica dello stesso e l'attività da questo svolta.

O meglio, la dottrina prima e la giurisprudenza dopo, si sono a lungo interrogate sulla compatibilità tra la finalità di lucro tipica dell'attività economica in regime concorrenziale<sup>60</sup> e la natura pubblicistica, che di per sé comporta la necessità di perseguire un fine pubblico. Tali studi hanno, tuttavia, portato ad una conclusione pressoché univoca della dottrina prevalente<sup>61</sup> e della giurisprudenza di legittimità<sup>62</sup> secondo cui non si può ravvisare alcuna incompatibilità tra le due finalità.

Ciò in quanto un'attività può essere considerata attività economica anche in assenza di una finalità di lucro, stante che la stessa si qualifica tale qualora abbia carattere imprenditoriale secondo le disposizioni del codice civile e non tanto per il solo perseguimento di un fine di lucro. Nel caso, quindi, dell'ente pubblico economico, l'attività economica è lo strumento attraverso cui raggiungere il perseguimento del fine pubblico.

Semmai, più controversa fu la necessaria sussistenza, per la qualificazione di un ente pubblico come economico, della concorrenzialità.

---

<sup>58</sup> ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 157.

<sup>59</sup> GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

<sup>60</sup> E, come già più volte osservato, elemento necessario, sebbene non indispensabile per la distinzione dell'attività pubblica propriamente detta e l'attività imprenditoriale svolta da soggetti pubblici.

<sup>61</sup> GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., CASSESE, *Ente pubblico economico*, in *Novissimo digesto*.

<sup>62</sup> Ex multis, si veda Cass. S.U. 18 maggio 1968, n. 1543, in *giur. it.*, 1968, I; Cass S.U. 26 ottobre 1972, n. 3270, in *mass. giur. it.*, 1972; Cass. S.U. 3 novembre 1973, n. 2854, in *foro amm.*, 1974, I.

Ed infatti, ci si è a lungo chiesti se la concorrenzialità debba essere reale ovvero possa, in taluni casi essere anche solo potenziale (ovvero se sia, in astratto possibile che la medesima attività venga svolta anche da altri soggetti non pubblici, pur non avvenendo ciò nel concreto).

Tale interrogativo è nato sulla scorta del fatto che non pochi enti pubblici economici venutasi a creare nel corso del secolo XX, in realtà, svolgevano attività in regime di monopolio legale, quale scelta politica contingente.

Quanto, invece, al secondo profilo sopra citato (la natura degli atti emanati dagli enti pubblici), vi è da dire che la particolare struttura di tali enti (capacità e struttura di diritto privato, priva di capacità pubblica) non può non comportare, evidentemente, anche riflessi nella disciplina ad essi applicabile.

Ed infatti, trattandosi di soggetti formalmente privatistici, sprovvisti di potestà di imperio, gli atti da essi posti in essere nei confronti dei terzi, nell'ambito di esercizio della propria attività economica, sebbene siano volti all'adempimento dei fini pubblicistici determinati dall'ente pubblico da cui discendono, assumono natura privatistica e non già natura pubblicistica. Gli stessi sono "*manifestazione di autonomia contrattuale*"<sup>63</sup> e sono regolati dal diritto privato (codice del commercio prima e codice civile dopo la sua entrata in vigore)<sup>64</sup>.

Tali atti, essendo sottratti alla disciplina pubblicistica, proprio a fronte dell'assenza di potestà di impero in capo agli enti emananti, non sono nemmeno

---

<sup>63</sup> GALGANO, *Le spa*, cit., 457.

<sup>64</sup> Sul punto si segnala, per completezza, che l'espansione dell'utilizzo dello strumento dell'ente pubblico economico nel panorama giuridico italiano è stata tale da aprire un lungo dibattito dottrinale (MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in riv. dir. comm., 1942; GUARINO, *Enti strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in Scritti di diritto pubblico dell'economia, Milano, 1962; BENVENUTI, *Gli enti funzionali*, in arch. ISAP, I, Milano, 1972; BARDUSCO, *Ente pubblico*, in dig. pubbl., VI, Torino, 1991) in merito alla stessa nozione di ente pubblico, alla luce dell'affermarsi di una figura di ente pubblico caratterizzata dalla sottoposizione prevalente delle proprie attività al diritto privato.

preceduti da "*un preliminare momento di discrezionalità*", tipico dell'azione amministrativa, non potendo essere, pertanto, sottoposti ad alcun controllo in merito alla propria motivazione e legittimità, essendo espressione di "*arbitraria ed incensurabile autonomia contrattuale di diritto privato*"<sup>65</sup>.

Ciò anche in considerazione del fatto che gli enti pubblici economici si collocano nel mercato in concorrenza con le imprese private, il che renderebbe impossibile una diversa qualificazione rispetto a quella prevista per le altre imprese private, degli atti da questi posti in essere.

E tuttavia, non si può ignorare la circostanza per cui gli enti di che trattasi si ritrovano sovente ad adottare anche atti che hanno natura di provvedimenti amministrativi emanati a seguito di procedimenti soggetti alla disciplina pubblicistica. Ciò avviene quale conseguenza dell'attribuzione a detti enti da parte del legislatore anche di alcune funzioni integrative rispetto all'attività economica principale, che sono da connotarsi quali vere e proprie funzioni amministrative, da svolgersi mediante l'impiego di poteri autoritativi propri dell'ente pubblico non economico. La dottrina si è, quindi, interrogata sulla compatibilità dell'attribuzione di siffatte funzioni in capo agli enti pubblici economici e, quindi, dell'emanazione di provvedimenti amministrativi, con la qualificazione di soggetto avente natura economica, giungendo all'evidente e condivisibile conclusione per cui la compatibilità o meno di attività pubblicistiche con la natura economica dipende dall'incidenza che le prime hanno sull'attività interamente svolta dall'ente.

Ovvero si può ritenere che l'espletamento di alcune funzioni amministrative non sia di per sé idoneo e sufficiente a far perdere la natura di ente pubblico economico ad un soggetto che mantiene quale attività prevalente quella prettamente economico industriale. Dubbi possono invece emergere nel caso in cui le attività di

---

<sup>65</sup> GALGANO, cit., in cui si rimanda, per una completa analisi della forma di organizzazione di cui si tratta, a GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, I, 202.

carattere autoritativo dovessero, nel concreto, divenire maggiori e più frequenti rispetto a quelle privatistiche.

Ciò detto in merito alla natura dell'ente pubblico economico e dell'attività da questo espletata, appare necessario accennare, seppur brevemente, alla struttura giuridica propria di tale ente, la quale differisce radicalmente dalla struttura propria degli enti pubblici non economici e, pur essendo mutuata da quella tipica delle società di capitali, assume, rispetto ad essa caratteristiche molto peculiari<sup>66</sup>.

Ed infatti, la struttura degli enti pubblici economici si caratterizza, generalmente dalla presenza di un consiglio di amministrazione ed un presidente chiamati a gestire un patrimonio nell'interesse di terzi, nonché da un collegio dei revisori con funzioni di controllo dell'amministrazione, dell'osservanza delle leggi, della rispondenza del bilancio alle risultanze dei valori e delle scritture contabili. In alcuni enti pubblici economici può essere anche presente un organo assembleare deputato all'elezione dell'organo esecutivo ed all'adozione di decisioni fondamentali della vita dell'ente.

Nonostante la estrema similitudine con le strutture societarie di diritto comune, la disciplina applicabile all'organizzazione interna degli enti pubblici economici è regolata dal diritto pubblico<sup>67</sup> e non già dal diritto privato.

In tal caso, infatti, ciò che rileva al fine dell'assoggettamento ad una disciplina pubblicistica piuttosto che ad una disciplina privatistica è la circostanza per cui (come sopra detto) si tratta di un soggetto giuridico riconosciuto come pubblico e, quindi, facente parte dell'apparato amministrativo. Ciò non può che comportare

---

<sup>66</sup> Tanto che, come riporta GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 238, per gli economisti si tratterebbe di imprese vere e proprie (del tutto similari a quelle private e da queste differenziate solamente dalla circostanza per cui le prime sono in mano pubblica mentre le seconde in mano privata), mentre per i giuristi di enti pubblici titolari di un proprio patrimonio.

<sup>67</sup> CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 40.

che, almeno in parte, gli enti pubblici economici siano, al pari di tutti gli altri soggetti pubblici, sottoposti alla disciplina pubblicistica.

Ugualmente regolati dal diritto pubblicistico sono i rapporti intercorrenti tra gli enti di gestione e lo Stato che lo ha istituito, il quale mantiene poteri pregnanti con funzioni di indirizzo, direzione e controllo dell'attività da questi svolta (quali ad esempio il potere di nomina (o revoca) dei titolari degli uffici di vertice dell'ente pubblico economico, i poteri di direttiva o di approvazione di atti particolarmente rilevanti nella vita dell'ente - come bilanci o programmi di attività -)<sup>68</sup>.

### ***3. Il sistema delle partecipazioni pubbliche***

Come già accennato la terza ed ultima forma di organizzazione dell'impresa pubblica è rappresentata dalle società a partecipazione pubblica, ovvero da quelle società di capitali il cui socio (di minoranza o di maggioranza<sup>69</sup>) è un ente pubblico<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> GALGANO, *Le spa*, cit., 457.

<sup>69</sup> La diversa incidenza che hanno la posizione maggioritaria e la posizione minoritaria del socio privato sia sulla natura stessa della società a partecipazione pubblica, sia sulla conseguente regolamentazione sarà oggetto di particolare attenzione nel proseguo del presente lavoro. Si accenna, comunque, fin d'ora che parte della dottrina ha da sempre inteso le società a partecipazione minoritaria come fenomeno totalmente differente rispetto a quello delle società a partecipazione maggioritaria o totale. Tuttavia, altra parte della dottrina (GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.) ritiene che la distinzione abbia rilievo solamente "ai fini istituzionali: la partecipazione di minoranza ha una funzione di presenza, ossia il potere pubblico socio vuole, attraverso la partecipazione alla società, o conoscere un mercato o avere voce in un'attività produttiva. Invece la partecipazione di comando - che non necessariamente è di maggioranza: basta il pacchetto di azioni di comando - è in funzione di direzione. La partecipazione totale o quasi totale dà una sicurezza politica, poiché è come se la società facesse parte dei poteri pubblici, malgrado la sua forma privata".

<sup>70</sup> Per completezza occorre far menzione del contrasto dottrinale (per una completa disanima sul contrasto di cui si parla, si veda CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 59 e ss.) esistente in merito al reale significato di partecipazione pubblica in società per azioni.

Ed infatti, parte della dottrina (in tal senso, si veda BACHELET, *La istituzione del Ministero delle partecipazioni statali*, in riv. trim. dir. pubbl., 1958 e D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960) ritiene che vi sia partecipazione pubblica solamente nel momento in cui vi sia possesso

Le società a partecipazione pubblica rappresentano la forma più evoluta e pregnante di intervento pubblico nell'economia<sup>71</sup>, facendo venir meno qualsiasi resi-

---

di quote della società di che trattasi, mentre altra parte della dottrina (MENGONI, *Concetto di "azienda con prevalente partecipazione statale"*, in AA.VV. *Problemi di interpretazione e di attuazione dell'art. 3 legge 22 dicembre 1956, n. 1589*, Torino) ha ritenuto e ritiene che vi possa essere partecipazione in senso lato anche qualora la parte pubblica partecipi, pur non detenendo alcuna quota nella società, alla gestione della medesima.

La prima nozione, seppur molto estensiva, sembra essere, almeno con riferimento alle partecipazioni in società di cui si sta trattando, la più aderente al dettato normativo, stante che le norme generali (si fa riferimento, in particolare, agli artt. 2 e 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589, nei quali si legge letteralmente "per quanto attiene alle partecipazioni da esso gestite" (art. 2); "si intendono trasferite tutte le aziende patrimoniali e le quote di partecipazione" (art. 2, comma 4); "le partecipazioni di cui al presente articolo verranno inquadrare in enti autonomi di gestione" (art. 3) e speciali (si fa, tra gli altri, riferimento alle disposizioni relative alla gestione e funzionamento dell'IRI, quali ad esempio l'art. 4 del regio decreto 15 giugno 1933, n. 859 e all'art. 1 del d.lgs. 12 febbraio 1948, n. 51; alle disposizioni relative alla gestione e funzionamento dell'Eni, quali ad esempio, l'art. 3 della legge 10 febbraio 1953, n. 136 e gli artt. 34 e 35 della legge 11 gennaio 1957, n. 6) relative ai gruppi di gestione societaria pubblica parlano di partecipazione proprio nel senso di possesso di quote societarie da parte del pubblico, alle quali fanno discendere un conseguente potere gestorio.

Da una lettura approfondita delle singole disposizioni in materia di gruppi societari pubblici, non può che dedursi, infatti, che, almeno in questo caso, si debba intendere quale partecipazione, il possesso (sia esso indiretto o diretto) di quote in società di capitali da parte dell'ente pubblico.

Ciò anche in considerazione del fatto che, come evidenziato da taluni Autori (CASSESE, *Partecipazioni pubbliche e enti di gestione*, cit., 65, in cui si fa rinvio a FERRI, *L'ingerenza dei non soci negli affari della società*, in *Annuario di dir. comp. e di studi legisl.*, 1932), se in tale ambito il legislatore avesse voluto intendere quale partecipazione anche il mero concorso alla gestione della società, pur in assenza del possesso di qualsivoglia quota societaria, avrebbe fatto espresso riferimento all'art. 2459 del codice civile (successivamente recepito nell'art. 2450 del c.c. e poi abrogato dall'art 3, comma 1, del D.L. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito, con modificazioni, nella L. 6 aprile 2007, n. 46), a mente della quale era possibile che la legge o lo statuto di società prevedesse la possibilità per lo Stato o altri enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, di nominare uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, aventi i medesimi poteri gestori degli altri amministratori o sindaci nominati dai soci. Detta disposizione sembrerebbe supportare la seconda corrente dottrinale, potendosi in tal caso intendere la partecipazioni quale complesso di diritti sociali, di per sé e astrattamente distinto dal mero possesso di quote societarie.

<sup>71</sup> Ed, evidentemente, la fattispecie che comporta maggiori interrogativi in merito alla sua compatibilità con il fine pubblico, stante che la sua struttura è integralmente e inevitabilmente privata (si tratta di società di diritto privato, disciplinate dal codice civile ed in relazione alle quali, come previsto dall'art. 4, comma 13, del d.l. 95/2012 – su cui si tornerà -, "le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali").

duo assoggettamento alla normativa pubblicistica<sup>72</sup> e rendendo quasi nullo – almeno formalmente – il rapporto di dipendenza dal potere dell'amministrazione, la quale assume la mera posizione di socia al pari di qualsivoglia soggetto privato azionista<sup>73</sup>.

Le società a partecipazione pubblica rappresentano una figura mista, "*che tende a consentire il dominio dello Stato congiunto all'autonomia e all'elasticità dell'azienda privata e all'eventuale ricorso al capitale privato*"<sup>74</sup>.

In astratto, in detto gruppo di soggetti, può rientrare qualsiasi forma di società di capitali<sup>75</sup>, ma nell'esperienza concreta è stata sempre utilizzata solamente la forma della società per azioni<sup>76</sup>.

La nascita e proliferazione di tale strumento organizzativo deve la sua spinta alla circostanza per cui la stessa rappresenta, evidentemente, la forma più comoda e rapida di intervento pubblico nell'economia rispetto agli altri strumenti a disposi-

---

<sup>72</sup> Sul punto, vale la pena segnalare, tuttavia, come, l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica all'integrale normativa civilistica è una conclusione a cui la dottrina e la giurisprudenza sono approdate solo a seguito di numerosi dibattiti e contrasti. Basti ricordare (ma si ritornerà sul tema più approfonditamente più oltre) come, prima dell'entrata in vigore del codice civile la giurisprudenza amministrativa (Cons. St., sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, PASQUINI – SANDULLI (a cura di), Milano, 2001), in contrasto con quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione, in tema di giurisdizione amministrativa, ritenesse che la società AGIP, sebbene costituita in forma di società anonima commerciale, dovesse essere ascritta alla categoria degli enti pubblici, con le evidenti conseguenze relative alla disciplina applicabile. Sul punto si veda, GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, cit.

<sup>73</sup> L'effettiva influenza del potere pubblico sulle società di cui è partecipata e l'influenza che la partecipazione pubblica opera sulla concreta modalità di azione delle stesse saranno oggetto di approfondita analisi nel corso dei prossimi capitoli.

<sup>74</sup> TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, cit. 230.

<sup>75</sup> Si precisa, peraltro, che in origine era ammesso solamente che gli enti pubblici detenessero partecipazioni nelle sole società di capitali, al fine di mantenere il beneficio della responsabilità limitata dell'ente pubblico stesso al capitale di rischio. Con la riforma del diritto societario introdotta dal d.lgs. 17 gennaio 2003., n. 6, invece, è stata ammessa la partecipazione dei soggetti pubblici a qualsivoglia forma di società. In tal senso si veda ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008, 3.

<sup>76</sup> Pertanto, nel proseguo ci si riferirà spesso a detta tipologia di società mediante l'utilizzo della formula società per azioni a partecipazione pubblica.

zione delle amministrazioni pubbliche (aziende organo, enti pubblici economici...).

Ed infatti, perché l'ente pubblico possa influire sulle decisioni economiche di detta tipologia di soggetti è sufficiente, il più delle volte, l'utilizzo degli ordinari strumenti di diritto commerciale a disposizione del socio, senza che sia, invece, necessaria l'elaborazione ed emanazione di norme *ad hoc* volte a garantire le medesime prerogative in capo al soggetto pubblico.

Tutt'al più, come si dirà più avanti, possono essere (e sono effettivamente, tramite gli artt. 2458 e ss. del c.c., successivamente divenuti artt. 2449 e ss. del c.c. ed oggetto, come si vedrà nei prossimi capitoli, di numerose modifiche) previste alcune norme parzialmente derogatorie della normativa comune delle società per azioni<sup>77</sup>. Il fenomeno di che trattasi è, in realtà, un fenomeno la cui nascita, seppur in forma embrionale, risale al XIX secolo, periodo durante il quale in Italia e nel resto di Europa iniziano a manifestarsi le prime forme di partecipazione pubblica (nel caso, generalmente, di comuni) in società private titolari della gestione di taluni servizi pubblici locali.

Nel medesimo periodo le società di tal tipo venivano usate per fini di promozione di attività considerate di rilevante utilità sociale, per salvare società private in crisi operanti in settori considerati pubblicamente strategici ovvero semplicemente per garantire al potere pubblico una presenza nel mondo dell'economia<sup>78</sup>.

In Italia il fenomeno assunse nel corso del secolo scorso una diffusione enorme, anche a fronte della necessità per lo Stato italiano di intervenire nel salvataggio di numerose società private in crisi a causa della crisi economica del 1929.

---

<sup>77</sup> In realtà, come si vedrà in maniera approfondita nel corso del presente lavoro, nel corso degli anni le deroghe al diritto societario in funzione della presenza di un socio pubblico ovvero dell'attività ad interesse pubblico esercitata, sono divenute sempre più diffuse e stringenti, tanto da allontanare sempre di più dette società dal modello societario originario.

<sup>78</sup> GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.

In particolare, oggetto di acquisizione di azioni da parte del pubblico furono le banche, che, una volta risanate, venivano affidate alla gestione dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), istituito con Regio Decreto 23 gennaio 1933, n. 5, per provvedere al risanamento delle società in mano pubblica derivanti dal salvataggio di imprese precedentemente private.

Tuttavia, fatta salva l'attività svolta per l'appunto dall'IRI, fino agli anni '50 del XX secolo, lo sviluppo di detta tipologia organizzativa di intervento economico pubblico si verificò in maniera del tutto frammentaria e multiforme, senza che sussistessero né regole né un sistema organizzato per la gestione delle partecipazioni pubbliche. La stessa derivava dall'acquisizione casuale di singole partecipazioni in società, derivante dal verificarsi di situazioni contingenti.

Solamente con la creazione del Ministero delle Partecipazioni, avvenuta con legge 22 dicembre 1956, n. 1589, il legislatore prevede e disciplinò un nuovo sistema di controllo e gestione delle partecipazioni statali, il quale faceva venire meno, quasi totalmente, la partecipazione diretta dello Stato nelle società per azioni e rendeva detta partecipazione solamente indiretta.

Tale struttura<sup>79</sup> durò nella sua conformazione originale fino alla crisi delle partecipazioni statali medesime avvenuta nel corso degli anni '90 dello scorso secolo e che portò al fenomeno delle grandi privatizzazioni di cui si parlerà più oltre.

### **3.1. I soggetti**

La struttura venutasi a creare negli anni '50 è una struttura gerarchica che vede al vertice della piramide il suddetto Ministero delle Partecipazioni e alla base della piramide le società per azioni con partecipazioni pubbliche.

---

<sup>79</sup> Per una completa ricostruzione del sistema delle partecipazioni pubbliche si veda, tra gli altri, CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977 e VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.

Ciò che caratterizza il sistema così ideato, però, sono proprio i soggetti che stavano nel mezzo tra Ministero delle Partecipazioni e società partecipata, ovvero i c.d. enti di gestione<sup>80</sup>.

Vediamo le caratteristiche dei singoli soggetti facenti parte del sistema.

### ***3.1.1. Il Ministero delle Partecipazioni***

In un'epoca in cui nel resto di Europa vi era una forte spinta verso la nazionalizzazione delle società partecipate esercenti attività per svariati motivi considerate di interesse pubblico, in Italia si optò per una forma particolare di gestione di tali società, che aveva l'obiettivo di mantenere, come detto, da un lato il controllo pubblico su certe attività e dall'altro una flessibilità di azione che solo la struttura societaria di diritto comune era in grado di assicurare.

Tuttavia, si ritenne necessario riordinare il sistema delle partecipazioni pubbliche fino a quel momento estremamente vario e disorganico e darvi un assetto tale da consentire un maggior controllo statale sia sull'attività svolta dalle diverse società partecipate, sia sulla concreta gestione dei soldi pubblici impiegati in tale sistema di organizzazione economica pubblica.

Nasce così il Ministero delle Partecipazioni con la legge 22 dicembre 1956, n. 1589. L'*iter* che portò all'approvazione di tale norma fu molto lungo e contrastato, appunto, perché aveva come obiettivo quello di comporre le diverse tendenze nazionalizzatrici.

Il risultato fu la creazione di un soggetto pubblico come il Ministero delle partecipazioni deputato al coordinamento delle attività realizzate dalle società partecipate dallo stato e al controllo della gestione delle stesse. A fronte di tale generica

---

<sup>80</sup> L'art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589, recita che "*le partecipazioni di cui al presente articolo verranno inquadrare in enti di gestione, operanti secondo criteri di economicità*".

attribuzione di competenze, tuttavia, non veniva previsto alcun potere o compito specifico<sup>81</sup>.

### **3.1.2. Gli enti di gestione**

Gli enti di gestione sono degli enti pubblici economici di nuova costituzione<sup>82</sup>, il cui compito, a differenza di quello solitamente attribuito ai normali enti pubblici economici, ovvero quello di gestire un'attività economica imprenditoriale al pari dei soggetti privati, è quello, per l'appunto, di gestire le partecipazioni nelle società partecipate ad essi affidate.

In questo modo, gli enti di gestione divengono una sorta di *holding* di un gruppo societario unificato per materia oggetto dell'attività delle società per azioni partecipate.

Gli enti di gestione possono essere plurisettoriali ovvero mono settoriali a seconda che gli sia assegnata la gestione di gruppi di società operanti in differenti settori (quali, ad es. l'Iri, l'Eni e l'Efim) ovvero in un solo settore (quali ad es. l'Ente per le aziende termali e l'Ente per il cinema). A prescindere dalla loro mono settorialità o multifunzionalità, la loro attività deve, comunque, rimanere limitata ai settori

---

<sup>81</sup> CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit. 21.

<sup>82</sup> Sebbene si debba fare presente che, in realtà, i due più grossi enti di gestione sviluppatasi in Italia sono l'IRI e l'Eni, enti pubblici preesistenti alla formulazione del sistema di partecipazioni pubbliche e, quindi, anche dell'introduzione della figura propria dell'ente di gestione. Infatti, l'IRI è stato istituito nel 1933 e l'Eni (Ente nazionale idrocarburi) nel 1953 (legge 10 febbraio 1953, n. 136), originariamente con funzioni parzialmente differenti rispetto a quelle tipicamente attribuite poi agli enti di gestione. In ogni modo, successivamente all'entrata in vigore della disciplina sulle partecipazioni pubbliche di cui alla legge del 1956, fu, quasi unanimemente, riconosciuto che anche detti enti rientrassero a pieno titolo nella categoria degli enti di gestione (c.d. enti di gestione preesistenti). In tal senso, si espressero anche la Commissione Industria della Camera e il Governo medesimo, tramite apposita dichiarazione al senato, di cui si trova traccia in BACHELET, *L'istituzione del Ministero delle partecipazioni statali*, cit. Non mancarono, comunque, anche voci contrarie a tale classificazione per quanto riguarda l'IRI, sulla scorta della convinzione per cui la classificazione dovesse seguire criteri di omogeneità (non meglio identificati) tali da poter ricondurre nella categoria degli enti di gestione, non tanto l'IRI, bensì, eventualmente, talune società finanziarie da questo dipendenti (si veda DAVANZO, *I controlli sulle aziende a prevalente partecipazione statale*, in *Il diritto fallimentare*, 1960).

attribuiti per legge, non essendo valido alcun atto compiuto al di fuori di tale ambito funzionale (c.d. principio di specialità dell'ente pubblico<sup>83</sup>).

In quanto enti pubblici, gli enti di gestione sono soggetti di diritto pubblico ed hanno obbligo di esistere, non potendo fallire né disporre della propria esistenza. In tal senso, gli enti di gestione (al pari di qualsivoglia ente pubblico) sono enti strumentali e necessari all'ente territoriale che li ha costituiti e che, più o meno direttamente, li indirizza e controlla.

Dall'altra parte, però, in quanto inquadrati come una *holding* di un gruppo societario, gli stessi non godono di autonomia politica, del potere di autoregolamentazione e di autarchia, né svolgono attività funzionale, ma attività di diritto privato. Ed infatti, la loro attività è solamente quella di gestire le partecipazioni secondo, come si vedrà, i criteri di economicità, e non già quella di realizzare un fine pubblico, il quale, se esistente, con riferimento allo specifico settore in cui ciascun ente di gestione è inquadrato, è realizzato e perseguito dal Ministero delle Partecipazione o comunque dall'ente pubblico che sta a monte dell'ente di gestione<sup>84</sup>.

Gli enti di gestione godono di un proprio patrimonio (chiamato "*fondo di dotazione*") il cui utilizzo è vincolato alla gestione delle partecipazioni societarie. Pertanto, gli enti di gestione, con tale patrimonio possono unicamente acquisire azioni in società di capitali, che abbiano un oggetto sociale pertinente all'ambito di attività per il quale ciascun ente di gestione è stato creato ovvero finanziare società di cui abbiano già partecipazioni<sup>85</sup>. In tal senso, pertanto, il patrimonio degli enti di gestione è destinato a trasformarsi ed essere principalmente formato da partecipazioni<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, cit., 233.

<sup>84</sup> Sul tema si tornerà in maniera più approfondita quando si analizzerà il potere di direzione sia del Ministero delle Partecipazioni sugli enti di gestione, sia di questi ultimi nei confronti delle società partecipate.

<sup>85</sup> GALGANO, *La società per azioni in mano pubblica*, cit., 460.

<sup>86</sup> GUERRA, *Le società di partecipazione*, Milano, 1957.

Solo in casi del tutto eccezionali, gli enti di gestione potranno utilizzare il fondo di dotazione per svolgere attività differenti dalla predetta.

In maniera particolare, è escluso che possano svolgere attività di tipo economico industriale o di produzione diretta, dovendosi ritenere che dette attività possano essere espletate solamente attraverso le società per azioni dall'ente partecipate<sup>87</sup>.

Il fondo di dotazione, in ogni modo, deve essere gestito secondo il c.d. criterio di economicità, di cui si parlerà più diffusamente oltre<sup>88</sup>.

Quale esito dell'attività svolta dagli enti di gestione nei confronti delle società per azioni partecipate, il fondo di dotazione è destinato ad aumentare e/o diminuire in funzione degli utili ottenuti dalle singole società e dagli interessi che derivano dai finanziamenti concessi a queste, oltre che a seguito di eventuali stanziamenti di nuove risorse da parte del Ministero delle Partecipazioni.

Una volta liquidati in favore dell'ente di gestione *holding*, gli utili di gestione delle imprese del gruppo sono devoluti (secondo percentuali previste caso per caso dalla legge) al Ministero delle Partecipazioni.

Attraverso l'ammontare della devoluzione degli utili di anno in anno effettuata, il Ministero delle Partecipazioni è in grado di valutare l'efficienza o meno dell'intero gruppo ed eventualmente valutare interventi di direzione o controllo idonei a rendere il gruppo di che trattasi maggiormente produttivo<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> In proposito, vale la pena sottolineare che, secondo alcuni Autori (si veda ad es. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit. 111) in realtà le norme non sempre sono chiare in tal senso, dando talune volte adito ad alcune perplessità in merito all'effettiva interdizione totale per gli enti di gestione di svolgere direttamente attività di produzione.

<sup>88</sup> Basti al momento solo dire che il reale significato del criterio di economicità è stato a lungo oggetto di disputa dottrinale, non essendo chiaro se con lo stesso il legislatore abbia voluto riferirsi allo scopo di lucro tipico delle società di diritto comune ovvero ad un criterio differente che tenga conto della particolare natura pubblicistica degli enti di gestione medesimi.

<sup>89</sup> In tal senso, si veda la teoria della funzione di evidenziamento di CASSESE in *Partecipazioni Pubbliche ed enti di gestione*, cit.

I due principali enti di gestione sviluppatasi negli anni sono stati l'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI) e l'Ente nazionale idrocarburi (Eni).

Il primo, come accennato poco sopra, nacque nel 1933, e si caratterizzava, inizialmente, per avere carattere temporaneo. Il suo compito originario doveva essere solamente quello di recuperare e risanare le banche e le imprese da esse discendenti dagli effetti generati dalla crisi economica del 1929. Tuttavia, nel corso del secolo XX, l'ente venne piano piano trasformato fino ad assumere carattere definitivo e veste di ente di gestione, in conformità a quanto previsto dalla legge istitutiva del Ministero delle Partecipazioni del 1956.

Le funzioni ad esso originariamente attribuite passarono ad istituti pubblici di credito specializzati e regolati attraverso normativa *ad hoc*. L'IRI, invece, divenne la più grande *holding* pubblica italiana ed una delle più grandi del mondo, arrivando a controllare un rilevantisimo numero di società operanti in differenti settori, quali, ad es. il settore telefonico, il settore armatoriale, il settore siderurgico, il settore meccanico ed il settore cantieristico, parte del settore agricolo – alimentare, del settore infrastrutture e di quello dell'assetto del territorio.

Tutte le società da esso direttamente controllate erano società finanziarie, non svolgenti alcuna attività di carattere industriale, ma solamente attività di carattere finanziario, essendo anche loro, a loro volta *holding* di vastissimi gruppi societari. L'IRI rimase a lungo un esempio di efficienza dell'intervento statale nell'economia, copiato anche all'estero. L'efficienza era dovuta alla sua propria struttura di ente di gestione, che permetteva una cooperazione tra capitale pubblico e capitale privato.

Il successo dell'ente venne pian piano ad esaurirsi negli anni '80 dello scorso secolo a causa di numerosi fattori, di cui si parlerà più oltre, e venne definitivamente liquidato nel 2002.

L'Eni, istituito con legge 10 febbraio 1953, n. 136, aveva il compito di promuovere ed intraprendere iniziative di interesse nazionale nei settori degli idrocarburi e del gas naturale, nonché della chimica e dei combustibili nucleari.

Le società da esso direttamente partecipate erano società esercitanti anche attività di impresa e non solo attività finanziaria di *holding*, pur essendo anch'esse a capo di gruppi societari anche molto vasti.

Anche l'Eni, come l'IRI, nacque prima dell'istituzione del ministero delle partecipazioni e della struttura di gestione delle partecipazioni, non acquisendo, pertanto, da subito la qualifica di ente di gestione.

Accanto ai sopra detti due principali enti di gestione, si svilupparono negli anni anche numerosi altri enti di gestione, aventi dimensioni molto minori rispetto all'Eni e all'IRI, ma dotati della medesima struttura funzionale. Tra i tanti, si possono citare, ad es. l'Ente autonomo di gestione per le aziende termali (istituito con legge 21 giugno 1960, n. 649), l'ente autonomo di gestione per il cinema (istituito con legge 2 dicembre 1961, n. 1330), l'ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera (istituito con d.P.R. 27 gennaio 1962, n. 38).

### ***3.1.3. Le società per azioni gestite dagli enti di gestione***

A valle della piramide, invece, si collocano le società per azioni a partecipazione pubblica dipendenti dagli enti di gestione. Tali società sono vere e proprie società per azioni di diritto comune ed in quanto tali disciplinate in ogni loro parte dal diritto societario di cui al codice civile<sup>90</sup>, fatto salvo per le poche norme parzialmente derogatorie ivi previste per le società a partecipazione pubblica<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Anche se, come si vedrà più oltre, secondo alcuni autori (TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, cit. 230) le società a partecipazione pubblica si differenziano dalle società a partecipazione privata per il fatto che le prime non conseguono un fine di lucro, caratteristica che di per sé sarebbe sufficiente a far perdere alle stesse la prerogativa di società per azioni,

<sup>91</sup> Il cui contenuto sarà oggetto di attenta analisi nel corso dei prossimi capitoli.

Le società per azioni dipendenti dai singoli enti di gestione sono numerose e spesso, a loro volta, strutturate in maniera gerarchica, mediante la presenza di una società *holding* che coordina le altre società e che detiene le partecipazioni nelle stesse, facendo sì che si crei un fenomeno di partecipazioni pubbliche indirette.

Le partecipazioni dell'ente di gestione possono essere di vario tipo, variando da partecipazioni totalitarie, maggioritarie ovvero minoritarie. I diversi gradi di partecipazione alle società sono idonei a modificare la pregnanza dell'intervento pubblico e dell'influenza dell'ente pubblico sulla gestione delle società stesse.

### ***3.2. Le modalità di espletamento delle attività da parte dei diversi soggetti***

Riportate, fin qui, le caratteristiche di ciascun soggetto facente parte del sistema delle partecipazioni pubbliche, veniamo ora ad analizzare il rapporto intercorrente tra gli stessi.

Nella particolare struttura sopra descritta, ciascun soggetto era destinatario di compiti diversi e ben definiti.

Il Ministero delle Partecipazioni rappresentava lo Stato e, quindi, era il titolare dell'interesse pubblico sotteso all'intera struttura. Conseguentemente il suo ruolo era quello di assicurare che l'interesse pubblico di cui era titolare venisse effettivamente e concretamente perseguito dal gruppo pubblico di cui era a capo. Il Ministero delle Partecipazioni, pertanto, non svolgeva mai attività economiche in via diretta, le quali erano riservate alle sole società per azioni partecipate.

Queste ultime, a loro volta, esercitavano l'attività economica nel libero mercato ed in applicazione della disciplina di diritto comune, al pari di tutte le altre società per azioni detenute da privati. La loro attività, di conseguenza, doveva orientarsi e perseguire il maggior lucro possibile, senza curarsi, in via diretta,

dell'adempimento dei fini pubblici, che rimanevano competenza esclusiva del soggetto pubblico.

Tra i due soggetti si collocava l'ente di gestione incaricato della realizzazione dell'interesse pubblico tutelato dal Ministero delle Partecipazioni attraverso la gestione delle partecipazioni nelle società per azioni controllate. Il suo compito consisteva nello svolgere attività di coordinamento e gestione delle società partecipate, al pari di una *holding* privata che si pone a capo di un gruppo societario e la sua attività ricomprendeva compiti di mera organizzazione centrale, mediante l'espletamento di poteri di direzione, controllo e assistenza finanziaria<sup>92</sup>.

Onde consentire ad ognuno dei soggetti sopra individuati la effettiva realizzazione dei proprio compiti, erano previsti diversi strumenti di collegamento tra i diversi livelli, fermo restando che, salvo quanto ritenuto da minoritaria dottrina<sup>93</sup>, non erano previsti rapporti diretti tra il Ministero delle Partecipazioni e le società partecipate, dovendo sempre configurarsi il doppio passaggio attraverso l'ente di gestione<sup>94</sup>.

### ***3.2.1. Il rapporto tra Ministero delle Partecipazioni ed enti di gestione***

Il perseguimento dell'interesse pubblico da parte del Ministero delle Partecipazioni veniva assicurato mediante il controllo che questo esercitava sul gruppo, attra-

---

<sup>92</sup> La struttura che prevede una suddivisione tra compiti di gestione finanziaria e di indirizzo in capo ad un soggetto posto al vertice e attività di produzione e vendita è tipica di qualsiasi gruppo societario privato, composto di vari livelli. In tal senso, CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 33.

<sup>93</sup> D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, cit.

<sup>94</sup> Così, secondo la dottrina maggioritaria (MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.), si deduce dalla struttura disciplinata dalla legge 1589/33, relativa all'istituzione del Ministero delle partecipazioni medesimo.

verso diversi strumenti, raggruppabili, in linea generale in strumenti di indirizzo e strumenti di controllo<sup>95</sup>.

***a) L'indirizzo del Ministero delle Partecipazioni verso l'ente di gestione***

Con riferimento all'indirizzo che il Ministero delle Partecipazioni poteva imporre nei confronti degli enti di gestione, lo stesso poteva concretizzarsi in tre fondamentali poteri: la nomina degli organi direttivi dell'ente di gestione medesimo, l'approvazione della relazione programmatica presentata da parte dell'ente di gestione e l'emanazione delle direttive.

Quanto al potere di nomina, lo stesso si poteva concretizzare nella nomina degli organi direttivi dell'ente di gestione tra soggetti interni al Ministero stesso, tra soggetti esterni al Ministero, ma comunque interni ad una qualche altra istituzione

---

<sup>95</sup> La possibilità di porsi, per il Ministero delle Partecipazioni, in una posizione tale da poter impartire, nei confronti dell'ente di gestione, indirizzo e controllo deriva dalla posizione che quest'ultimo assume nei confronti del primo.

Ed infatti, come riportato da autorevole dottrina (MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.), la tipologia di rapporto che si può instaurare tra due soggetti pubblici in posizione di supremazia-subordinazione, dipende dalla natura di quest'ultimo, ovvero se il secondo possa ricomprendersi tra gli enti pubblici funzionali ovvero tra gli enti pubblici in posizione di dipendenza esecutiva.

Nel primo caso, anche l'ente pubblico subordinato svolge, già di per sé, attività funzionalizzate alla realizzazione dell'ente pubblico e, pertanto, il soggetto sovraordinato potrà esercitare sul soggetto subordinato solamente attività di controllo volte ad assicurarsi che l'attività espletata sia coerente alla funzione allo stesso attribuita.

Nel secondo caso, invece, la funzione pubblica connessa con l'interesse pubblico da realizzare rimane di competenza esclusiva del soggetto sovraordinato, mentre il soggetto sottostante deve svolgere le sole attività concretamente individuate dal soggetto titolare della funzione. In tal caso, pertanto, il rapporto tra i due soggetti sarà caratterizzato dalla possibilità per il primo di intervenire sull'attività del secondo non solo attraverso un mero controllo, ma anche attraverso attività di indirizzo e direzione del concreto svolgimento dell'attività del secondo.

Orbene, gli enti di gestione, non sono titolari di attività finalizzate all'espletamento della funzione pubblica, ma, come si dirà meglio più oltre, sono incaricati di svolgere attività tipicamente economiche al servizio della realizzazione dell'interesse generale da parte del Ministero delle Partecipazioni.

Conseguentemente, appare indubbio che gli stessi siano da ricomprendersi nella citata seconda tipologia di soggetti, ovvero soggetti sottoposti a dipendenza esecutiva rispetto al soggetto sovrastante.

pubblica, nonché tra soggetti del tutto esterni ed estranei all'amministrazione e connotati di qualifiche o posizioni particolari e necessarie in funzione della tipologia di attività svolta dall'ente di gestione destinatario della nomina.

Orbene, appare evidente che, a prescindere dal tipo di rapporto che veniva ad instaurarsi, a seconda del tipo di nomina, tra il Ministero ed i soggetti incaricati della gestione dell'ente di gestione<sup>96</sup>, la sola possibilità di attribuire la gestione a soggetti individuati, così come la possibilità di rimuoverli dalla carica o non rinnovarli, consentiva al Ministero delle Partecipazioni un controllo ed intervento diretto sull'operato di tali soggetti e, quindi, indirettamente, sulla gestione dell'ente di gestione. Ciò ulteriormente rafforzato dalla possibilità di formalizzare nei confronti degli organi di gestione apposite direttive, di cui si parlerà poco oltre.

Quanto alla relazione programmatica la stessa rappresentava uno strumento fondamentale per l'attività di indirizzo compiuta dal Ministero delle Partecipazioni, stante che la stessa, redatta da ciascun ente di gestione ed approvata dal Ministero delle partecipazioni, rappresentava non solo lo strumento di programmazione dell'attività dell'ente di gestione medesimo (permettendo, in tal modo, un controllo preventivo dell'operato che l'ente intendeva porre in essere nell'anno a venire) bensì anche il documento con cui il Ministero delle Partecipazioni si assumeva la responsabilità dell'attività dell'intero gruppo pubblico davanti al Parlamento.

Tuttavia, lo strumento di indirizzo per eccellenza utilizzato dal Ministero delle Partecipazioni era rappresentato dalle direttive<sup>97</sup> che quest'ultimo poteva emanare nei confronti di ciascun ente di gestione.

---

<sup>96</sup> Secondo alcuni il rapporto, in ogni caso, era da ritenersi configurabile come rapporto fiduciario di tipo politico, con tutte le conseguenze del caso. In tal senso, si veda BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano 1957; *contra* MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.

<sup>97</sup> Per una completa ricostruzione delle direttive all'ente di gestione, si veda, MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.

In generale, la direttiva amministrativa<sup>98</sup> è indirizzata ad un soggetto funzionalizzato, il quale è già di per sé titolare di un interesse pubblico da tutelare. Tale sog-

---

<sup>98</sup> Le direttive amministrative sono provvedimenti amministrativi di cui è difficile dare una concreta definizione, stante la totale assenza di norme in tal senso. La dottrina si è a lungo interrogata sulla portata e natura delle stesse, giungendo spesso a soluzioni diametralmente opposte. L'unico punto di contatto, condiviso da tutta la dottrina, è che l'espressione "direzione" rinvia alla necessaria esistenza di un rapporto di disuguaglianza "tra entità giuridicamente e distintamente apprezzabili in rapporto all'essere o all'agire dell'amministrazione pubblica" (sul tema, si veda, ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in Jus, 1988 e D'ALBERGO, *Direttiva*, in enc. dir. 1964).

La nozione di direttiva, come intesa oggi, è abbastanza recente, in quanto, in origine la dottrina (PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma, 1917; ZANOBINI, *Corso di diritto*, Milano, 1936) tendeva ad attribuirvi un significato del tutto atecnico e, pertanto, a ricondurre la figura di che trattasi tra i moduli amministrativi utilizzati per realizzare e regolare il rapporto di gerarchia tra organi o uffici. In tal senso, pertanto, la direttiva, al pari degli ordini, presupponeva l'esistenza di un rapporto amministrativo connotato dalla subordinazione totale di un soggetto su un altro.

La direttiva, in detta prospettiva, assumeva carattere vincolante e non lasciava alcun margine di discrezionalità in capo al soggetto destinatario, in ordine alla sua concreta applicazione o meno. Appare evidente che un siffatto provvedimento avrebbe dovuto essere puntuale e preciso, onde consentirne l'immediata esecuzione.

Tuttavia, con il passare degli anni la dottrina si è orientata per una nozione radicalmente diversa della direttiva, riscontrandone l'evidente diversità rispetto agli ordini. Vi è stato, inizialmente, chi ha semplicemente ritenuto che la stessa fosse sicuramente strumento per la regolazione di rapporti di subordinazione, ma che riguardasse solamente rapporti differenti e meno intensi rispetto alla gerarchia (DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931). Tale teoria è stata, successivamente, fatta oggetto di approfondimenti volti ad identificare l'assoluta estraneità della direzione dal rapporto di gerarchia.

In particolare, alcuni Autori (AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano 1936) hanno ritenuto che il rapporto di direzione non miri a sollecitare un dovere di obbedienza del subordinato, ma solamente a condizionarne l'attività, senza vincolarla. In tal modo, il soggetto destinatario della direzione ben potrebbe discostarsene senza con ciò incorrere in violazioni, ma dovendo, tutt'al più rendere conto al soggetto da cui promana la direttiva delle motivazioni per cui se ne discosta. Il contenuto delle direttive non dovrebbe, pertanto, mai essere puntuale ma dovrebbe riguardare unicamente l'indicazione dei fini da perseguire e, talvolta, dei mezzi con cui perseguirli.

Tale ultima definizione appare sicuramente più coerente con la prassi in materia di direttive. Ed infatti, solitamente l'attività di direzione è stata individuata dal legislatore nelle ipotesi in cui vi sia un rapporto di subordinazione non tra organi o uffici, bensì tra soggetti autonomamente individuati, in cui il soggetto dipendente mantiene una propria autonomia organizzativa e decisionale.

La direzione, in buona sostanza, si configura non come forma di imposizione della volontà di un soggetto su un altro, ma come forma di coordinamento contraddistinta dalla sopraordinazione o disuguaglianza di chi dirige, ma anche dall'autonomia di chi è diretto (BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957).

Per completezza, si ricorda che, per taluni Autori (OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959), la direzione sarebbe strumento tipico e connotante il rapporto tra gli enti pubblici ed gli enti strumentali, ove la separazione dell'attività verrebbe, in qualche modo,

getto deve recepirla, quindi, in maniera critica, operando una ponderazione tra gli interessi pubblici a lui assegnati e gli interessi pubblici contenuti nella direttiva medesima.

Nel caso delle direttive ministeriali nei confronti degli enti di gestione, la situazione appare parzialmente differente, in quanto questi ultimi non sono soggetti funzionalizzati, ma soggetti c.d. neutri il cui fine istituzionale è quello di gestire un'impresa<sup>99</sup>.

L'attività da questo posta in essere non è, quindi, attività discrezionale, ma attività libera. Tale attività diviene discrezionale solamente con il recepimento della direttiva, la quale introducendo l'interesse pubblico come fine dell'azione, limita e vincola l'attività dell'ente di gestione all'interesse medesimo ed impone allo stesso di operare una ponderazione di interessi nell'espletamento della propria attività.

Non essendo l'ente di gestione, tuttavia, incaricato della tutela di alcun altro interesse pubblico, se non quello imprenditoriale, la ponderazione dovrà essere compiuta con gli interessi privati delle società partecipate e dall'ente gestite.

#### ***b) Il controllo del Ministero delle Partecipazioni sull'ente di gestione***

Accanto agli strumenti appena descritti il Ministero delle Partecipazioni era titolato ad esercitare, nei confronti degli enti di gestione da lui discendenti, anche un potere di controllo sull'operato degli enti medesimi.

Il controllo<sup>100</sup> dell'attività degli enti di gestione aveva ad oggetto la verifica della rispondenza tra l'operato degli enti di gestione e la realizzazione dell'interesse

---

compensata dal mantenimento di un rapporto, appunto di coordinamento tra il soggetto titolare della funzione e l'ente che svolge attività a ciò strumentali.

<sup>99</sup> Sul tema si veda anche MERUSI, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in riv. trim. dir. pubbl., 1972.

<sup>100</sup> Per un'analisi completa delle modalità di controllo dell'operato dell'ente di gestione, si veda, MERUSI, cit.

pubblico sotteso, indirizzata tramite gli strumenti sopra enunciati e si concretava nell'analisi dell'attività esercitata e nell'eventuale introduzione di strumenti correttivi rispetto all'attività fino ad allora esercitata.

Il potere di controllo poteva espletarsi in varie forme, che si possono suddividere in strumenti di controllo c.d. esterno al sistema delle partecipazioni e strumenti di controllo c.d. interno al sistema delle partecipazioni.

I primi strumenti (di controllo esterno al sistema delle partecipazioni) consistevano nelle attività svolte da parte di soggetti esterni alla struttura delle partecipazioni pubbliche, ed in particolare da parte della Corte dei Conti<sup>101</sup>, del Parlamento, nonché di eventuali Commissioni appositamente investite di tale compito. Dette tipologie di controllo avevano ad oggetto non la sola attività svolta dall'ente di gestione, ma l'attività svolta dal gruppo nel suo complesso e la sua aderenza al raggiungimento dei fini pubblici, nonché il suo complessivo rispetto delle disposizioni contabili pubbliche.

La seconda categoria di controllo (interno al sistema delle partecipazioni) veniva, invece, effettuata, per l'appunto, direttamente, all'interno del sistema stesso ed, a sua volta, si articolava in controllo interno all'ente di gestione ovvero a controllo esterno all'ente di gestione.

Il controllo interno all'ente di gestione si esplicava nell'attività propria del collegio sindacale nominato in seno all'ente di gestione stesso. Il collegio sindacale degli enti di gestione, nominato al pari di tutti gli altri organi dal Ministero delle Partecipazioni, era generalmente composto da un funzionario del Ministero stesso – incaricato, pertanto, del controllo della rispondenza dell'attività all'indirizzo del Ministero - e da due sindaci selezionati da appositi elenchi – incaricati del control-

---

<sup>101</sup> Relativamente alla funzione del controllo contabile da parte della Corte dei Conti si tornerà più avanti.

lo della regolarità amministrativa e contabile dell'attività svolta dall'ente controllato -.

Il controllo esterno all'ente di gestione veniva, invece, operato direttamente dal Ministero delle Partecipazioni, mediante tre fondamentali strumenti, ovvero: l'approvazione del bilancio consultivo dell'ente di gestione, l'adozione di apposite autorizzazioni aventi ad oggetto l'alienazione delle partecipazioni detenute e l'emissione di obbligazioni, nonché nel controllo sostitutivo sugli organi direttivi dell'ente stesso.

### ***3.2.2. Le modalità di esercizio degli enti di gestione***

Come detto, l'attività svolta dagli enti di gestione si sostanziava nella composizione dell'interesse pubblico contenuto nelle direttive del Ministero delle Partecipazioni con l'interesse privato al raggiungimento del massimo utile sulla base del quale agiscono le società partecipate dal primo<sup>102</sup>.

A tal fine, non avendo le direttive del Ministero delle Partecipazioni, a differenza degli ordini, contenuto totalmente vincolante per l'ente di gestione, quest'ultimo ben poteva (e, anzi, talvolta doveva) disapplicarle, nel caso in cui la realizzazione di quanto da queste indicato fosse stato idoneo a contrastare con l'interesse economico delle società partecipate, determinando una potenziale perdita economica in capo alle società stesse.

In tal caso, la mancata applicazione delle direttive doveva essere giustificata dall'ente di gestione attraverso l'esplicazione delle motivazioni che lo avevano condotto a discostarsi da quanto indicato dal Ministero delle Partecipazioni. Ciò al fine di permettere al Ministero medesimo di valutare l'operato dell'ente di gestio-

---

<sup>102</sup> VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit., 215 e ss.

ne e l'utilità e convenienza del gruppo stesso in funzione dell'interesse pubblico che il gruppo era destinato a tutelare.

Orbene, appare evidente che, nonostante il limite appena detto, l'attività dell'ente di gestione era in ogni modo condizionata e volta al raggiungimento dell'interesse pubblico per come determinato ed individuato dal Ministero delle Partecipazioni. Di conseguenza, l'attività svolta dall'ente di gestione, sebbene sotto taluni profili potesse essere parificata a quella svolta dalle *holding* di diritto privato e, quindi, da un certo punto di vista, considerata quasi un'attività economica, in realtà sarebbe inevitabilmente da ritenere qualificabile come vera e propria attività amministrativa<sup>103</sup>.

Il che sarebbe ulteriormente confermato dalla circostanza per cui, nel rapporto con le società partecipate, gli strumenti utilizzabili dall'ente di gestione per far entrare l'interesse pubblico determinato dal Ministero delle Partecipazioni nelle società per azioni, non sarebbero solamente quelli tipici del diritto privato, bensì anche quelli del diritto amministrativo, quale appunto le direttive.

Prima di analizzare nel concreto le forme del rapporto tra ente di gestione e società partecipate, occorre soffermarsi brevemente sui c.d. criteri di economicità, individuati dal legislatore quali principi ispiratori dell'attività svolta dagli enti di gestione medesimi.

### ***Il criterio di economicità***

Il principio di economicità riferito alle imprese pubbliche compare per la prima volta nella legge istitutiva del Ministero delle Partecipazioni statali<sup>104</sup>, la quale

---

<sup>103</sup> VISENTINI, cit. 103.

<sup>104</sup> Ad essere precisi, occorre ricordare che il testo originario della disposizione in parola non faceva alcun cenno al principio di economicità, ma l'inserimento dello stesso fu conseguenza dell'accettazione di un emendamento proposto dall'on. Dominedò, il quale recitava testualmente "*operanti secondo criteri di economicità nei confronti delle azioni vincolate a partecipazione statale per fini di utilità generale*".

imponere agli enti di gestione di operare nel rispetto appunto di detto principio<sup>105</sup> e, quindi, di gestire le proprie partecipazioni nelle società di diritto comune secondo tale principio. Nello stesso senso, il principio è stato successivamente riutilizzato dal legislatore per la regolamentazione dell'attività degli enti di gestione successivamente istituiti.

Non solo. Il medesimo principio è stato, altresì utilizzato con riguardo alla disciplina di altri enti pubblici economici non di gestione, quali, ad esempio, l'Ente nazionale per l'energia elettrica, la cui legge istitutiva<sup>106</sup> assoggettava la gestione delle imprese partecipate dall'Enel al rispetto del principio di economicità<sup>107</sup>.

Le disposizioni citate, pertanto, imponevano il rispetto del criterio di economicità agli enti di gestione e non al Ministero delle Partecipazioni o alle imprese a partecipazione pubblica. L'applicazione del principio, però, aveva un evidente ricaduta anche sulla concreta operatività di questi ultimi soggetti, in quanto, come si vedrà più dettagliatamente nel proseguo, gli stessi venivano gestiti mediante direttive e controllo dagli enti di gestione medesimi, i quali dovevano, pertanto, emanare anche le direttive ed effettuare i controlli nei confronti delle società pubbliche nel rispetto del criterio di economicità. Indirettamente, pertanto, anche l'attività delle società di diritto comune era sottoposta a tale limite.

---

<sup>105</sup> L'art. 3, comma 1, della legge 22 dicembre 1956, n. 1589, prevedeva, infatti, che *“le partecipazioni di cui al precedente articolo verranno inquadrare in enti autonomi di gestione, operanti secondo criteri di economicità”*.

<sup>106</sup> L'art. 3 della legge 6 dicembre 1962, n. 1643 prevedeva che le funzioni inerenti alla gestione delle imprese esercitanti attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica da qualsiasi fonte prodotta, trasferite in proprietà all'Ente nazionale per l'energia elettrica (Enel) *“saranno esercitate con criteri di economicità”*.

<sup>107</sup> La sua diffusione in quel periodo fu tale da essere considerato da alcuni (MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., 329) quasi *“una clausola di stile da inserire nello statuto di ogni ente pubblico economico”*.

E tuttavia, dette disposizioni normative, si limitavano ad una mera enunciazione del principio, senza occuparsi di svilupparne i contenuti e le caratteristiche proprie.

In effetti, così come enunciato, il principio di economicità sembra costituire un modulo organizzatorio differente rispetto a quello, tipicamente privatistico, del perseguimento di un fine di lucro; in caso contrario, infatti, verrebbe meno anche l'utilità stessa di una sua enunciazione.

La differenziazione tra i criteri di gestione deriva dalla natura stessa dell'ente pubblico, il quale, seppur agente mediante strumenti privatistici, mantiene la prerogativa di perseguire fini pubblici prima che fini personali.

Ne consegue che, ferma restando la necessità di garantire la remunerazione del capitale investito, ond'evitare perdite di capitale pubblico - sicuramente contrastanti con qualsivoglia interesse pubblico -, l'obiettivo dell'azione pubblica mediante società è quello di conseguire la massimizzazione dell'utilità sociale, facendo venire in rilievo, quindi, non solo il perseguimento di un interesse meramente economico, bensì anche di un interesse propriamente sociale<sup>108</sup>.

In un siffatta impostazione, si potrebbe, quindi, dire che il legislatore abbia inteso che le società a partecipazione pubblica debbano privilegiare il raggiungimento di una utilità sociale ed un fine pubblico, al raggiungimento di un guadagno economico.

E tuttavia, tale conclusione non è sempre stata condivisa e non sembra derivare da nessuna norma di diritto positivo.

---

<sup>108</sup> ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit., 87.

In effetti, è emersa un'evidente difficoltà nell'attribuire un contenuto certo e determinato ai criteri di economicità di che trattasi, pur essendo stati gli stessi oggetto, nel corso degli anni, di numerosi studi da parte della dottrina<sup>109</sup>.

Le ipotesi e teorie che si sono succedute sono molteplici e spesso contrastanti. Inizialmente, vi fu chi<sup>110</sup> attribuì a tali criteri il carattere della redditività, intendendo che l'ente pubblico economico, nella gestione delle partecipazioni in società di diritto comune, dovesse assicurare l'assenza di passività nei bilanci, senza necessariamente conseguire guadagni, ma evitando, in ogni caso, qualsiasi perdita.

Similmente, altri Autori<sup>111</sup>, ritenendo che l'economicità dovesse effettivamente corrispondere alla redditività, intesero quest'ultima non tanto come assenza di

---

<sup>109</sup> Si veda, sul tema, *ex multis*, PASTERIS, *Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957; SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in riv. soc., 1958; COLTELLI, *Attribuzioni patrimoniali ad enti e contributi statali*, in riv. trim. dir. pubbl., 1960; D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, cit.; CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit. 151; ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1970; CAPACCIOLI, *Cenni sul criterio di economicità nella gestione delle partecipazioni statali*, in impr. amb. p. a., 1976; MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.; GALGANO, *Le Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit.; CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, in foro. it., 2003; ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit.

<sup>110</sup> PASTERIS, *Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, cit.

<sup>111</sup> COLTELLI, *Attribuzioni patrimoniali ad enti e contributi statali*, cit.

passività, bensì come autosufficienza della gestione<sup>112</sup>, ovvero come pareggio tra entrate ed uscite<sup>113</sup>.

Nel medesimo periodo, vi fu anche chi<sup>114</sup> ritenne, invece, che il criterio di economicità non fosse unico, ma che variasse a seconda del concreto interesse perseguito dal soggetto tenuto alla sua applicazione, sulla scorta della considerazione per cui ciò che può essere economicamente vantaggioso per il perseguimento di un determinato obiettivo potrebbe non esserlo in relazione al perseguimento di un fine differente. Con il che sembrerebbe, inevitabilmente, riferirsi alla necessità di perseguire non il mero utile economico, ma un obiettivo che contemperi e soppesi il profitto con il raggiungimento di un fine non di utilità economica, ma di utilità pratica e sociale. Ed infatti, è stato rilevato, che alla massimizzazione del profitto economico corrispondono generalmente dei costi sociali il cui valore varia di volta in volta<sup>115</sup> e che, probabilmente, come possono essere ignorati da parte dell'imprenditore privato, la cui azione è volta al solo soddisfacimento di interessi personali, non possono essere ignorati dal potere pubblico, il quale, sebbene agisca mediante strumenti di diritto privato, deve, in ogni caso, indirizzare il proprio operato al soddisfacimento di interessi della collettività.

---

<sup>112</sup> Come si dirà poco oltre, siffatta ipotesi fu considerata come consolidata ed acquisita da GALGANO, *Le Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., secondo cui "l'attività produttiva deve, per essere conforme ai "criteri di economicità", tendere ad alimentarsi con i suoi stessi ricavi e non comportare erogazione a fondo perduto della dotazione patrimoniale dell'ente e dei contributi che l'ente riceve dallo Stato. Produrre beni o servizi secondo "criteri di economicità" significa – a voler usare una formula sintetica – tendere, quanto meno, al pareggio di bilancio, ad evitare che le uscite rappresentate dai costi di produzione siano superiori alle entrate, costituite dai ricavi della produzione".

<sup>113</sup> Si noti che secondo CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit. 151, le definizioni che facevano risalire il criterio di economicità alla redditività non sarebbero stati utili a chiarire la reale portata del principio di che trattasi, in quanto la redditività ben avrebbe potrebbe riferirsi sia alla ricerca di un massimo utile in termini economici aziendali, sia di un massimo utile in termini di maggior vantaggio per la comunità.

<sup>114</sup> SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extra-sociale*, cit.

<sup>115</sup> ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit., 91.

In tale panorama, merita un accenno anche quella dottrina<sup>116</sup> che intese accomunare il criterio di economicità alla produttività ed efficienza, ritenendo che lo stesso avesse quale obiettivo quello di raggiungere il massimo risultato con il minimo costo. Anche in questo caso, tuttavia, la definizione così come posta, appare di ben poca utilità, in quanto il massimo risultato da raggiungere potrebbe essere sia quello economico che quello sociale, a seconda, appunto, di cosa si intenda per criterio di economicità.

Il proliferare di teorie così variegata non aiutò a dare una consistenza al criterio di cui si parla, tanto che autorevole dottrina contemporanea<sup>117</sup> giunse alla conclusione per cui, con i dati normativi a disposizione, non è possibile riempire di contenuto il termine economicità.

Ciononostante la dottrina, sia amministrativistica che civilistica continuò ad interrogarsi in merito, giungendo a conclusioni non sempre condivisibili, ma utili al tentativo di dare una qualche forma al principio di cui si discute.

Vennero, in particolare elaborate due teorie, una riconducibile alla dottrina amministrativistica<sup>118</sup> ed una alla dottrina civilistica<sup>119</sup>.

Nell'elaborare la prima, l'Autore<sup>120</sup>, muovendo dal presupposto per cui, in considerazione della natura dell'ente pubblico e della sua conseguente necessità di volgere verso la realizzazione dell'interesse pubblico, il principio di economicità non può in alcun modo coincidere con il mero fine di lucro, evidenzia come lo stesso

---

<sup>116</sup> D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, cit.

<sup>117</sup> In tal senso, si veda CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit. 151, il quale, dopo una rapida enunciazione delle diverse teorie apparse in dottrina all'indomani dell'introduzione di siffatto principio, conclude ritenendo impossibile, con i dati normativi a disposizione, "dare un contenuto preciso al termine economicità" e "la circostanza che si siano potute produrre così numerose interpretazioni è prova del fatto che il termine non ha un significato determinato".

<sup>118</sup> Il cui maggior esponente è da ravvisarsi in MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.

<sup>119</sup> GALGANO, *Le Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit.

in realtà debba essere fatto coincidere con l'“*obbligo di gestire le partecipazioni azionarie in modo imprenditoriale*”. Ed infatti, il criterio di gestione, che si rivolge solamente all'ente di gestione e non all'ente pubblico (in quel caso al Ministero delle Partecipazioni), che lo controlla e dirige, ha valenza solamente con riferimento alla modalità di espletamento delle azioni, le quali, in quanto dirette e controllate appunto da un ente pubblico sovraordinato e non economico, saranno scelte ed orientate al fine di realizzare l'interesse pubblico medesimo.<sup>121</sup>

L'economicità, e, quindi, secondo l'Autore<sup>122</sup>, l'imprenditorialità, è criterio che regola solamente l'azione dell'ente intermedio e non inficia la ricerca del soddisfacimento dell'interesse generale dell'intera struttura.

La seconda teoria sopra accennata, derivante dalla dottrina civilistica commerciale<sup>123</sup>, vede nei criteri di economicità uno strumento di contrasto dell'eccessivo intervento pubblico nell'economia e, quindi, di tutela delle leggi di concorrenza e mercato.

---

<sup>120</sup> MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.

<sup>121</sup> In particolare, secondo l'Autore, i criteri di economicità si articolerebbe in due differenti principi: 1) gli enti di gestione esercitano un'impresa e non un servizio pubblico nonché 2) gli enti di gestione sono sottoposti, in quanto enti pubblici, al c.d. onere di buona amministrazione, che, nel caso specifico, corrisponderebbe evidentemente nel buon esercizio dell'impresa pubblica.

Orbene, con riferimento al primo dei due principi che compongono il criterio di economicità, quest'ultimo, avendo come destinatario l'ente di gestione e non il Ministero delle Partecipazioni, consentirebbe a quest'ultimo di operare nell'ottica del perseguimento degli interessi pubblici, pur impartendo direttive nei confronti dell'ente di gestione sottoposto aventi contenuto prettamente imprenditoriale. In buona sostanza, l'interesse pubblico rimane esterno rispetto alla *holding*, la quale contribuisce, solo in via diretta e senza far venir meno la sua imprenditorialità, al raggiungimento del fine pubblico.

Il secondo principio, invece, si riferisce alle modalità con cui l'ente di gestione deve operare, ovvero in maniera tale da garantire il massimo risultato con il minor costo, pur in un'ottica di azione tipicamente imprenditoriale.

Da ciò ne conseguirebbe che, i criteri di economicità devono essere ricondotti al generale obbligo di agire in maniera imprenditoriale e non politica.

<sup>122</sup> MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.

<sup>123</sup> GALGANO, *Le Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit.

La stessa muove dal presupposto<sup>124</sup> per cui l'economicità equivalga all'autosufficienza di gestione<sup>125</sup>, ovvero alla copertura dei costi con i ricavi. In tal senso, quindi, l'enunciazione di siffatto principio escluderebbe in maniera categorica la possibilità che l'ente di gestione possa amministrare le società partecipate secondo criteri politici.

L'applicazione dei criteri di economicità così intesi, quindi, rappresenterebbe un limite alla possibilità di realizzare l'interesse pubblico, stante che lo stesso potrebbe essere conseguito solamente qualora ciò non si ponga in evidente contrasto con il raggiungimento dell'autofinanziamento della gestione. In caso contrario, l'ente di gestione dovrebbe disattendere il fine pubblico ovvero identificare strumenti e strade diverse per il suo raggiungimento.

L'imposizione di un siffatto limite risponderebbe alla necessità di garantire il rispetto da parte dell'ente pubblico operante in un mercato concorrenziale delle leggi sottese al funzionamento del libero mercato, contrastando l'eccessivo intervento pubblico nell'economia, il quale provoca una distorsione proprio delle regole della concorrenza e della libertà del mercato economico.

Purtroppo, secondo l'Autore, i criteri di economicità non vengono nella prassi rispettati ed, anzi, spesso il loro obiettivo viene concretamente vanificato da parte del legislatore, il quale, mediante l'emanazione di norme di bilancio volte ad im-

---

<sup>124</sup> Secondo l'Autore tale orientamento è da considerarsi ormai acquisito, secondo quanto esposto da ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, cit., FERRI G.B., *L'idea di programmazione*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica* (Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata il 22-24 maggio 1970), Milano, 1971 e FERRI, *Le società*, Torino, 1987. In realtà, come si dirà a breve, la dottrina non è ancora oggi arrivata ad un punto fermo relativamente alla definizione del principio di economicità.

<sup>125</sup> Sul punto, si evidenzia come, secondo taluna dottrina (ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit., 88) la definizione del principio di economicità come autosufficienza di gestione, in realtà, risulterebbe assolutamente neutrale rispetto all'identificazione del fine che la gestione pubblica dovrebbe perseguire. Ed infatti, tale definizione non aiuta a comprendere se il fine della stessa debba essere economico ovvero se debba corrispondere alla massimizzazione dell'interesse sociale, a discapito del profitto e fermo restando, evidentemente, il divieto di passività.

porre regole particolari e speciali per la redazione dei conti delle società partecipate, introduce la discrezionalità politica nella gestione delle società di capitali in mano pubblica, contribuendo all'evidente disparità di trattamento tra i diversi soggetti operanti nel medesimo mercato.

Orbene, nonostante le numerosissime, e sopra velocemente riportate, teorie elaborate dalla dottrina nel corso degli anni onde consentire una definizione unitaria del criterio di economicità, ancora oggi la sua reale portata non è chiara, rischiando da un lato di essere confuso ed equiparato al principio di efficienza proprio dell'agire dell'amministrazione pubblica<sup>126</sup> e dall'altro di essere ritenuto, fondamentalmente, una scatola vuota non del tutto differente dallo scopo di lucro proprio delle società private<sup>127</sup>.

### ***3.2.3. I rapporti tra enti di gestione e società partecipate***

Una volta chiarito come l'ente di gestione dovesse operare al suo interno e quali fossero i limiti e i principi che ne regolamentavano l'azione medesima, occorre ora brevemente accennare a come il medesimo ente, secondo la disciplina dell'epoca, dovesse porsi nei confronti delle società che amministrava.

Ed infatti, come già accennato più volte, le società partecipate erano soggetti formalmente privati (società per azioni) che svolgevano attività<sup>128</sup> prettamente eco-

---

<sup>126</sup> E contenuto nell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a mente del quale "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

<sup>127</sup> In tal senso, si veda, CAFFÉ, *Considerazioni intorno al settore pubblico dell'economia*, in riv. trim. dir. proc. civ., 1958.

<sup>128</sup> Sul punto, vale la pena ricordare che la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate in merito alla natura delle società per azioni controllate dall'ente pubblico e sulla natura dell'attività da esse poste in essere.

nomiche ed industriali, il cui azionariato, molto spesso, era composto non solo dall'ente pubblico, ma anche da soggetti privati.

Questi ultimi, ovviamente, operavano al pari di ogni altro soggetto privato azionista in un'impresa economica, ovvero spinti dalla necessità di realizzare il massimo profitto possibile con l'attività svolta tramite la società.

Ciò non poteva che determinare l'inevitabile conseguenza per cui alle società di che trattasi dovesse essere applicato interamente il diritto comune e, pertanto, i soci delle stesse avessero a disposizione i soli strumenti del diritto societario onde indirizzare e condizionare l'azione della società nel suo complesso. In particolare, i soci potevano nominare gli amministratori e gli altri organi sociali in seno alla società ed eventualmente decidere di costituire con essi rapporti<sup>129</sup> tali da far sì

---

Una primo filone di pensiero sosteneva che l'attività delle società di che trattasi, essendo, anche se indirettamente, volta a realizzare un interesse pubblico, dovesse connotarsi come attività pubblica e non già come attività privata. Per giungere a tale considerazione la dottrina e la giurisprudenza intrapresero due differenti strade.

La prima (Consiglio di Stato 19 gennaio 1938, n. 38 e, nello stesso senso, CAMMEO, *Società commerciali ed ente pubblico*, Firenze, 1947) partiva dal presupposto per cui la mera partecipazione all'azionariato sociale da parte dei poteri pubblici fosse di per sé idonea a modificare la natura stessa della società, rendendolo un soggetto che, seppur costituito in forma privatistica, dovesse rientrare nel novero dei soggetti pubblici.

La seconda (GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1960), invece, pur ritenendo che il soggetto mantenesse carattere di impresa privata, riteneva che lo stesso svolgesse attività pubblica o attività in ogni modo connotata da interesse pubblico. E ciò sulla scorta della considerazione per cui se la società poteva essere destinataria di direttive di stampo pubblicistiche da parte dell'ente di gestione suo socio, ciò non poteva che comportare che anche l'attività che ad esse doveva (almeno nei limiti di cui sopra) conformarsi, non poteva che assumere a sua volta connotazione tipicamente pubblicistica.

A tali teorie, si opponeva, invece, chi (CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit.) riteneva che l'attività svolta dalle società per azioni mantenesse sempre ed in ogni modo connotazione tipicamente privatistica, non potendo gli interessi contingenti di un socio (sia esso pubblico o privato) essere sufficienti a modificarne la natura stessa. L'impresa diviene pubblica solamente nel momento in cui sia direttamente l'ente pubblico a compierla (NICOLÒ, *Impresa pubblica, impresa privata e le c.d. aziende con prevalente partecipazione statale*, in dir. lav., 1959).

<sup>129</sup> Si noti, ancora una volta, privatistici. Non era certamente possibile in questo caso, a differenza di quanto ipotizzato da taluno con riferimento agli organi direttivi dell'ente nominati dal Ministero delle partecipazioni, che si instaurasse un rapporto fiduciario di tipo politico.

che fossero quanto più possibile vincolati ad adempiere, nella maniera più aderente possibile, alle indicazioni fornite dall'ente.

E tuttavia, per quanto vincolati potessero essere gli amministratori al socio di riferimento, gli stessi, in virtù della propria posizione e del proprio compito assunto nei confronti della società nel suo complesso, avrebbero comunque dovuto operare nel rispetto della regola propria delle società per azioni, ovvero del perseguimento del massimo utile possibile.

Nel caso in cui le indicazioni provenienti dall'ente di gestione socio non fossero valutate dagli stessi convenienti e remunerative per la società<sup>130</sup>, l'amministratore era tenuto a disapplicarle onde evitare la possibilità di essere chiamato a risponderne nei confronti dell'assemblea dei soci nel suo complesso.

Ciò detto, è necessario sottolineare che, onde consentire un effettivo controllo della gestione da parte dell'ente di gestione attraverso gli strumenti privatistici, era pertanto necessario che quest'ultimo detenesse nella società una partecipazione tale da assicurare nel concreto il controllo (o dominio) dell'assemblea. Non era, quindi, necessario né sufficiente il possesso della quota maggioritaria di partecipazioni, ma non dovevano nemmeno sussistere strumenti alternativi (quali possibili patti parasociali tra i soci privati) volti a vanificare il possesso della maggioranza delle azioni.

---

<sup>130</sup> In proposito, è importante rilevare come, in questo caso, a differenza di quanto detto per la disapplicazione delle direttive del Ministero delle partecipazioni da parte dell'ente di gestione, la disapplicazione dell'indicazione del socio era possibile per l'amministratore in ogni caso in cui l'indicazione non fosse considerata coerente con il raggiungimento del massimo utile possibile. Viceversa, nel primo caso, il contenuto della direttiva, per essere disapplicato, doveva contrastare con il criterio di economicità, che, come detto, si sostanzia in un principio ben meno stringente, dal punto di vista economico, rispetto al perseguimento dell'utile. Era necessario, quindi, che l'applicazione della direttiva portasse ad un disequilibrio della gestione e, quindi, alla totale mancanza di un pareggio tra entrate ed uscite, non che la stessa consentisse un utile, ma non il maggiore possibile.

Tale dominio consentiva all'ente di gestione di operare una influenza diretta sul consiglio di amministrazione della società e “*di dare vita a un'organizzazione comune che prescinde dall'autonomia giuridica delle singole società*”<sup>131</sup>.

Appare del tutto evidente, quindi, che l'operare degli enti di gestione nei confronti delle società partecipate fosse più simile all'operare di una *holding* privata che non quello di un ente pubblico portatore di interessi diffusi.

A tale generale impostazione era possibile, in taluni casi, apportare lievi deroghe, consistenti nella possibilità per l'ente di gestione di emanare direttive di stampo pubblicistico direttamente nei confronti della società per azione onde adeguare il suo operato all'interesse pubblico individuato dal Ministero delle Partecipazioni.

---

<sup>131</sup> CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 36.



## CAPITOLO II

### LE IMPRESE PUBBLICHE A CAVALLO TRA IL XX E IL XXI SECOLO - DALLE PRIVATIZZAZIONI AD OGGI.

SOMMARIO: 1. Verso le grandi privatizzazioni degli anni '90 – 1.1. La crisi del sistema economico pubblico e le spinte verso la privatizzazione – 2. Le fasi della privatizzazione: privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale - 2.1. La privatizzazione formale (o privatizzazione fredda) – 2.1.1. La privatizzazione degli istituti di credito pubblici e la nascita delle fondazioni bancarie – 2.1.2. La privatizzazione degli enti pubblici economici – 2.2. La privatizzazione sostanziale (o privatizzazione calda) - 3. Successi e fallimenti delle privatizzazioni - 3.1. Sul completamento del processo di privatizzazioni formali - 3.2. Alcune considerazioni in merito ai risultati delle privatizzazioni sostanziali - 3.2.1. Sul mancato completamento del processo di privatizzazione sostanziale - 3.2.2. Sul raggiungimento degli obiettivi di risanamento delle finanze pubbliche - 3.2.3. Sul parziale fallimento del raggiungimento degli obiettivi di efficienza – 4. L'influenza della disciplina comunitaria – 4.1. L'estensione della nozione di amministrazione pubblica: l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico - 4.1.1. L'impresa pubblica - 4.1.2. L'organismo di diritto pubblico - 4.2. La società *in house* - 4. Cenni sull'attuale sistema delle imprese pubbliche

#### ***1. Verso le grandi privatizzazioni degli anni '90.***

I sistemi di intervento pubblico sull'economia descritti nei precedenti paragrafi, dopo un periodo di massima estensione ed efficienza, hanno cominciato via via a mostrare i primi segni di cedimento sotto molteplici aspetti, generalmente riconducibili, come si vedrà, alla troppo pressante ed invadente presenza del soggetto pubblico nel mondo economico privato.

Tale “*crisi*” del sistema economico pubblico ha, quindi, spinto il legislatore, sull'onda di quanto stava avvenendo negli altri paesi europei, ad avviare un lento

processo di privatizzazione delle aziende speciali, degli enti pubblici economici e dell'intero sistema delle partecipazioni.

Con il processo c.d. di privatizzazione, uno Stato (o un qualsiasi ente pubblico) avvia programmi di dismissione delle proprie iniziative nel mondo economico imprenditoriale, al fine di ridurre - fino ad annullare in taluni casi - l'interferenza dei poteri pubblici sul sistema economico privato<sup>132</sup>.

Il fenomeno della privatizzazione, a seconda di quanto si intenda limitare la suddetta interferenza del pubblico, può assumere la veste della privatizzazione formale e quella della privatizzazione sostanziale. Come si illustrerà a breve, in Italia, furono adottati entrambi i processi, anche se in tempi diversi.

L'analisi che segue, quindi, ha l'intento di mettere in evidenza ed analizzare i differenti motivi che hanno portato nel nostro paese all'avvio del processo di privatizzazione.

### ***1.1. La crisi del sistema economico pubblico e le spinte verso la privatizzazione***

Come sopra accennato, il sistema di governo pubblico dell'economia fin qui descritto e caratterizzato dalla compresenza, in un sistema c.d. misto, di diversi soggetti quali aziende organo, enti pubblici economici e società per azioni gestite da soggetti pubblici, ognuno con il proprio grado di indipendenza dallo Stato, ha avuto la sua massima espansione intorno agli anni '70 del secolo scorso.

Già nel corso del decennio successivo, tuttavia, e fino agli inizi degli anni '90, iniziarono ad emergere diverse problematiche connesse a detti sistemi organizzativi e sopraggiunsero talune nuove esigenze nella gestione dell'intervento pubblico nell'economia.

Innanzitutto si sentì sempre più estesamente il bisogno di rendere il più efficiente e competitivo possibile l'operato dell'amministrazione in ambito economico. Tale

esigenza, come già accennato precedentemente, era stata alla base anche della progressiva sostituzione, nel corso del XX secolo, da parte delle amministrazione pubblica delle aziende organo, prima con gli enti pubblici economici e poi con il sistema delle partecipazioni pubbliche.

Ed infatti, se all'inizio dello scorso secolo la maggior parte dell'attività economica pubblica era svolta attraverso strumenti più controllabili, seppur meno flessibili, come appunto le aziende organo prima e gli enti pubblici economici poi, negli anni '60 e '70 del medesimo secolo il sistema di gestione più diffuso era divenuto quello delle partecipazioni pubbliche in società per azioni gestite da enti di gestione.

Ciò proprio al fine di poter rendere l'attività economico industriale delle amministrazioni pubbliche il più efficiente possibile, sottoponendo tutta l'azione dei soggetti agenti in prima persona alla disciplina privatistica e rendendo l'attività pubblica solamente indiretta.

Orbene, con l'avvento degli anni '80, tuttavia, nel momento di massima espansione del sistema di partecipazioni pubbliche come descritto, emersero i primi dubbi in merito all'effettiva efficienza e concorrenzialità anche di tale strumento giuridico. Ed infatti, pur potendo le società partecipate agire sul mercato, sottoponendo la propria azione alle norme di diritto comune al pari di tutti gli altri soggetti privati, le stesse rimanevano comunque soggette al controllo ed alla direzione esclusiva di enti di gestione pubblici, a loro volta guidati dal Ministero delle Partecipazioni.

L'attività da queste svolta, pertanto, non poteva ritenersi unicamente orientata, come per i soggetti privati, al perseguimento del fine di lucro, bensì anche al raggiungimento di obiettivi ed interessi tipicamente e propriamente pubblici, talvolta in netto contrasto con il medesimo fine di lucro.

---

<sup>132</sup> GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 246

Tale circostanza non poté che far emergere la necessità di svincolare ancora di più la gestione di determinate attività dall'indirizzo politico e riportarla all'interno di un indirizzo economico e industriale.

Accanto a tale esigenza, che è da buona parte della dottrina ritenuta la prima e maggiore spinta verso il fenomeno delle privatizzazioni<sup>133</sup>, si possono enucleare numerose altre motivazioni - di cui, in questa sede, ci limiteremo ad elencare le principali - che hanno portato all'avvio del processo di privatizzazione<sup>134</sup>.

Innanzitutto, si deve ricordare che, dopo un primo periodo in cui la struttura di partecipazione pubblica all'economia aveva il fine ultimo di tutelare determinati e limitati settori economici, connotati da pregnanti interessi pubblici, la tendenza

---

<sup>133</sup> In tal senso si veda, oltre alla relazione predisposta dal governo Amato nel novembre 1992, avente ad oggetto il Programma di riordino di IRI, ENI, ENEL, IMI, BNL, INA, nella quale si legge che "*le privatizzazioni possono e debbano essere uno strumento per ammodernare il sistema industriale del paese, per recuperare competitività, per contribuire alla creazione di complessi aziendali capaci di competere in Europa*", PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in riv. soc., 1992, 91; BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; DRAGHI, *Le privatizzazioni: riflessioni sui risultati della prima fase*, relazione al Convegno Privatizzazioni e riforma del diritto societario, Roma 28 settembre 1994; PEDONE, *Le privatizzazioni in Italia: una riflessione sui risultati della prima fase*, relazione al Convegno Privatizzazioni e riforma del diritto societario, Roma 28 settembre 1994, poi in *Privatizzazioni e riforma del diritto societario*, Quaderno 10, 1995, Consob.

<sup>134</sup> Ci si limita in questa sede ad enucleare le motivazioni ritenute principali da dottrina e legislatore dell'epoca, ma si deve, in ogni modo ricordare che accanto a queste, sono state spesso ravvisate altre cause che hanno portato alla privatizzazione dell'attività economica pubblica, non certamente di minore importanza, quali ad es. l'entrata in funzione delle Regioni a statuto ordinario, con il conseguente trasferimento a queste ultime delle funzioni loro riservate dall'art. 117 Cost. (nel testo all'epoca vigente), prima esercitate dagli enti pubblici ovvero la riconsiderazione dell'interesse pubblico a suo tempo invocato per l'istituzione dell'ente.

In merito, un accenno particolare merita quanto riportato da CASSESE, in *Relazione al IX Convegno italo-tedesco*, tenutosi a Berlino nel maggio 1996, nella quali vengono menzionate anche: l'inadeguatezza del diritto pubblico ai nuovi compiti affidati dallo Stato a tali soggetti (con particolare riferimento, quindi, alle aziende organo ed agli enti pubblici economici, disciplinati, almeno al loro interno, ancora dal diritto pubblico), l'esigenza di porre un freno all'eccesso di politicizzazione ed al conseguente bisogno di disintermediare il governo e i partiti, l'evoluzione tecnologica (che consente l'utilizzo di più reti per i medesimi servizi e di separare la gestione della rete da quella del servizio stesso), l'eccesso di dimensione dello Stato e il sovraccarico di governo che esso produ-

divenne quella di espandere l'azione dei pubblici poteri a sempre più numerose attività industriali spesso del tutto svincolate ed aliene rispetto a qualsivoglia interesse pubblico diretto o indiretto.

L'attività svolta dai soggetti "*pubblici*" nel mercato (e per pubblici, in questo caso, si vuole intendere anche quelle società per azioni che pubbliche non sono ma che, essendo partecipate e gestite da enti pubblici di gestione, risultano comunque connotate di un qualche profilo di pubblicità) segue, quindi, sempre più, una politica di potenza economica e non già una politica di direzione politica<sup>135</sup>, comportandosi come un gruppo privato industriale più che come gruppo pubblico di intervento nell'economia.

A ciò faceva, tuttavia, da contraltare un sempre più costante abbandono, quantomeno per quanto riguarda le società per azioni in mano pubblica, di quella struttura originaria che prevedeva un sistema che, pur costituendo uno strumento per il perseguimento, tra l'altro, di fini pubblici e sociali, doveva comunque operare in assoluta autonomia rispetto all'ente pubblico e nel rispetto dei principi di economicità e di lucro<sup>136</sup> ed un sempre maggiore utilizzo degli strumenti speciali di carattere pubblicistico.

In particolare, venne sempre più spesso utilizzato lo strumento della copertura di bilancio da parte dello Stato delle passività venutasi a creare a causa di evidenti inefficienze del sistema gestorio delle società partecipate dal pubblico.

Emerse, in proposito, in quel periodo la c.d. teoria degli oneri impropri<sup>137</sup> secondo la quale poiché le società pubbliche partecipate devono essere utilizzate per il raggiungimento di fini pubblici, lo Stato deve necessariamente farsi carico dei costi e delle diseconomie generati dagli investimenti. In tal modo, pertanto, le imprese

---

<sup>135</sup> GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 245.

<sup>136</sup> DI STEFANO, *Privatizzazioni e sistema delle partecipazioni statali*, Roma-Milano, 1994, 46.

così connotate dovevano svolgere la propria attività con l'unico obiettivo del perseguimento del fine pubblico, senza necessariamente applicare nella gestione criteri imprenditoriali puri, anche qualora ciò fosse idoneo a generare "oneri impropri" per la società, ovvero investimenti antieconomici.

Tali oneri dovevano essere coperti dall'ente pubblico, proprio in funzione del fine pubblico a cui le società medesime erano, anche se in misura minima, assoggettate.

Orbene, è evidente che, se una siffatta costruzione poteva essere astrattamente compatibile con quelle società partecipate il cui oggetto sociale era principalmente costituito dall'espletamento di attività, quantomeno indirettamente, pubbliche o ad interesse pubblico, sicuramente diveniva del tutto incompatibile con l'espletamento da parte di siffatti soggetti, di attività interamente economico industriali, prive di qualsivoglia interesse sociale per lo stato.

Ne consegue che, la sempre più evidente espansione dell'ambito di attività delle società partecipate, insieme all'affermarsi della teoria dei c.d. oneri impropri (il tutto aggravato da una generale crisi verificatasi a partire dagli anni '80, dei grandi sistemi imprenditoriali pubblici<sup>138</sup>), non poteva che generare un costante peggioramento della condizione economica dei gruppi pubblici e, quindi, delle finanze statali.

Tale situazione portò, conseguentemente ad un incessante incremento del debito pubblico<sup>139</sup>, a cui le spinte di privatizzazione volevano fare fronte.

---

<sup>137</sup> Espressa legislativamente la prima volta con la legge 12 agosto 1977, n. 675, avente ad oggetto "Provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore".

<sup>138</sup> In tal senso, si veda anche DI STEFANO, *Privatizzazioni e sistema delle partecipazioni statali*, cit.

<sup>139</sup> Documentato secondo DI STEFANO, *Privatizzazioni e sistema delle partecipazioni statali*, cit., dalla sempre più diffusa tendenza del legislatore ad emanare leggi finanziarie che prevedevano il rientro rateizzato delle passività delle società partecipate.

Accanto alle due precedenti motivazioni fondamentali poste alla base delle tendenze privatistiche del sistema di partecipazione pubblica, vale la pena di ricordare come, secondo molti Autori,<sup>140</sup> a tale situazione venne ad affiancarsi anche una emergente esigenza di diffusione dell'azionariato al fine di rafforzare il sistema borsistico italiano, il cui sviluppo stentava a decollare, rispetto a quanto invece accadeva nei sistemi economici degli altri paesi europei, e che diveniva di importanza sempre più strategica per la competitività internazionale delle nostre imprese.

Non solo. L'imprenditoria privata, già sotto pressione per l'accennata crisi del settore emersa negli anni '80 del secolo scorso, spingeva al fine di diminuire se non addirittura eliminare l'apporto pubblico nel mercato. Ed infatti, è evidente come la presenza di grandi gruppi imprenditoriali pubblici, connotati dalle specificità di cui si è parlato, ed in particolare dalla copertura economica statale, sfalsavano la concorrenza e ponevano i gruppi e le società private in una situazione di inferiorità e svantaggio rispetto al mercato. La necessità del mondo economico era, quindi, quella di riequilibrare la situazione e rendere il mercato quanto più omogeneo e concorrenziale possibile.

Accanto alle pressioni da parte dell'imprenditoria privata verso un ridimensionamento del ruolo pubblico nell'economia, emersero, con sempre maggior vigore, anche le pressioni in tal senso da parte della Comunità europea.

Ed infatti, sebbene non esistessero all'epoca disposizioni normative con cui la Comunità europea vietasse o limitasse in maniera diretta il ricorso all'imprenditoria pubblica, non può non sfuggire come l'attività svolta dalla Direzione IV Concorrenza della Commissione avesse il preciso intento di condannare l'eccessivo intervento dei poteri pubblici nell'economia.

---

<sup>140</sup> BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit., 9; DI STEFANO, *Privatizzazioni e sistema delle partecipazioni statali*, cit.

In particolare, ciò che veniva condannato non era la presenza in quanto tale del pubblico nell'economia, rimanendo scelta di diritto meramente interno il regime di proprietà delle imprese esistenti e nascenti negli Stati membri<sup>141</sup>, bensì la circostanza per cui le società o comunque i soggetti operanti nel mercato, ma, direttamente o indirettamente, dipendenti da un potere pubblico, godessero di prerogative speciali, proprio come conseguenza della loro particolare natura.

Ed infatti, la convinzione della Commissione era che le imprese pubbliche, solo per il fatto di essere pubbliche, e, quindi, a prescindere dall'effettivo assoggettamento o meno a normative speciali, godessero di forme di sovvenzione da parte dei poteri pubblici, tali da sfalsare il mercato concorrenziale e porre dette società in posizione privilegiata rispetto agli altri operatori economici privati.

Conseguentemente, attraverso diversi provvedimenti, la Commissione impose vincoli operativi ed obblighi informativi in capo alle società pubbliche sempre più invasivi e tali da rendere la loro attività sempre più complicata<sup>142</sup>.

Si fa, in particolare, riferimento a quanto previsto dall'art. 107 del TFUE, con cui la Comunità europea vietava qualsiasi aiuto di stato nei confronti di soggetti operanti nel libero mercato<sup>143</sup>, ovvero all'art. 106 del medesimo TFUE, con cui veniva imposta l'applicazione della disciplina della concorrenza anche a tutte quelle imprese che, pur svolgendo servizi di interesse generale, si trovavano ad operare all'interno di un - anche solo potenziale - libero mercato (in Italia, ad es. le Ferrovie dello stato, le Poste o l'ENEL), ovvero a quei principi di risanamento della

---

<sup>141</sup> Così l'art. 222 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TFUE) stipulato a Roma il 25 marzo 1957, a mente del quale "*il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*".

<sup>142</sup> Per una ricostruzione dei primi interventi europei sulle modalità operative delle società pubbliche, si veda, DI STEFANO, *Privatizzazioni e sistema delle privatizzazioni statali*, cit. 59 ss.

<sup>143</sup> Come sopra accennato, si riteneva che anche la sola presenza dei poteri pubblici e, quindi, del loro patrimonio, all'interno della compagine sociale, rendesse il soggetto partecipato implicitamente soggetto ad aiuti di stato.

finanza pubblica previsti dal patto di stabilità europeo siglato a Maastricht il 7 febbraio 1992.

Tutti gli adempimenti imposti dalle sopra citate disposizioni comunitarie, configurando un disincentivo all'utilizzo degli strumenti stessi di partecipazione all'attività economica da parte dello Stato (società partecipate, enti pubblici economici e aziende organo), hanno comportato, evidentemente, un forte e crescente ridimensionamento dell'ente pubblico imprenditore monopolista a fronte dell'espandersi, in tutti i paesi europei, di una politica di privatizzazione volta a superare i suddetti divieti e, contestualmente, a ridurre il debito pubblico esistente mediante la dismissione del patrimonio pubblico sociale.

Orbene, per poter dare una risposta a tutte le citate problematiche, l'iter di privatizzazione delle imprese italiane fu lento e connotato da varie fasi, via via più incisive. Si procede ora alla ricostruzione dello stesso.

## ***2. Le fasi della privatizzazione: privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale***

Il processo di privatizzazione, così come lo conosciamo, ha preso formalmente avvio agli inizi degli anni '90, anche se, secondo taluni Autori<sup>144</sup>, talune forme di privatizzazione si manifestarono anche nel corso degli anni '80 dello scorso secolo<sup>145</sup>.

Ed infatti, pur non essendovi alcun progetto unitario in tal senso, nel corso del citato decennio gli enti di gestione, detentori delle partecipazioni pubbliche in socie-

---

<sup>144</sup> CASSESE, *Privatizzazioni annunciate, mezze privatizzazioni e pseudo privatizzazioni in Italia*, in *Economia e Credito*, 1992 e GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit. 245.

tà per azioni e titolari dei più ampi poteri di gestione delle stesse, più volte disporo la dismissione, attraverso alienazione a privati, di quote, spesso anche consistenti, di partecipazioni pubbliche in società di diritto comune.

Ciò in un'ottica di investimento puramente economico, ma anche, talune volte, al fine di reintegrare, almeno in parte, il proprio fondo economico messo in crisi dalla mala gestione dei gruppi pubblici e dall'avvio della crisi dell'imprenditoria di cui si è già accennato nelle pagine che precedono. Ovviamente, in tale epoca, la dismissione di azioni possedute dagli enti di gestione nelle società di diritto comune, veniva, almeno in parte<sup>146</sup>, compensata, sia dal punto di vista economico che dal punto di vista quantitativo, da contestuali acquisizioni di partecipazioni in altre società di diritto comune, nell'ambito di una normale attività di gestione di un gruppo societario da parte della *holding* finanziaria.

Tuttavia, proprio in quanto dette cessioni avvenivano in maniera saltuaria ed erano dettate, per lo più, da fini ed interessi contingenti e legati alla particolare società o al particolare gruppo oggetto dell'operazione medesima, la dottrina è ormai concorde nel riconoscere che il fenomeno della privatizzazione, così come descritto nelle pagine che seguono, ebbe il suo reale e formale avvio solamente con l'avvento degli anni '90.

Le prime discussioni in merito alla razionalizzazione ed al ridimensionamento del sistema delle partecipazioni pubbliche, volti alla risoluzione delle problematiche emerse in tale ambito e riportate nel capitolo precedente, si ebbero già negli anni '70 del secolo scorso, quando fu nominata un'apposita commissione richiesta dal-

---

<sup>145</sup> Per una completa ricostruzione storica del processo di privatizzazione, si rinvia, tra gli altri, a IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in MARCHETTI (a cura di) *Le privatizzazioni in Italia: Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995.

<sup>146</sup> Ma per alcuni Autori (PEDONE, *Le privatizzazioni in Italia: una riflessione sui risultati della prima fase*, cit.) la compensazione era totale se non addirittura le acquisizioni, almeno fino agli anni '80, superavano le dismissioni, in maniera tale da rendere di per sé il fenomeno di alienazione delle partecipazioni del tutto irrilevante di per sé solo.

la Camera dei Deputati (Commissione Chiarelli del 1976), la quale, evidenziate ed analizzate le problematiche emerse nella gestione del sistema delle partecipazioni pubbliche, suggerì che venisse posto in essere tutto quanto necessario per garantire un ritorno all'applicazione, da parte degli enti di gestione e delle imprese a partecipazione pubblica, del criterio di economicità in luogo di quello del fine di lucro, nonché una limitazione delle nuove acquisizioni ai soli casi eccezionali di concreta e reale esigenza di salvataggio di una o più imprese private operanti in settori strategici.

Tale analisi fu poi seguita da un vivo dibattito dottrinale<sup>147</sup>, mediante l'organizzazione di numerosi convegni ed incontri di studio sull'argomento, nonché da ulteriori relazioni e rapporti<sup>148</sup>, i quali rimasero, tuttavia, fino agli anni '90 del secolo scorso senza alcun seguito concreto.

### ***2.1. La privatizzazione formale (o privatizzazione fredda)***

Con l'avvento degli anni '90, ebbe finalmente avvio la prima fase delle privatizzazioni, la c.d. privatizzazione formale o privatizzazione fredda, consistente nella privatizzazione del solo assetto giuridico del soggetto oggetto di privatizzazione e non nella privatizzazione dell'assetto proprietario.

---

<sup>147</sup> Si tennero, come riporta GIANNINI in *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 245, numerosi convegni sull'argomento, tra cui il convegno di Firenze del 1976, i cui atti sono pubblicati con titolo il *Governo democratico dell'economia*, Bari, 1976; il convegno di Napoli del 1976, i cui atti sono pubblicati con titolo *Partecipazioni statali: strategie e assetto*, in Quad. 8 giur. comm, 1976. In argomento, si ricorda anche CAMERA DEI DEPUTATI, *L'indirizzo e il controllo del Parlamento sulle partecipazioni statali*, Roma, 1976 e CHIRICO - DE MARCO, in foro amm. 1978, I.

<sup>148</sup> Quali, ad es. il Rapporto sulle partecipazioni statali predisposto dal ministero delle partecipazioni statali nel 1981, la Commissione ministeriale Amato composta nel 1981 al fine di affrontare l'esame delle strutture di governo del sistema delle partecipazioni pubbliche, la risoluzione del 6 giugno 1984 della Camera dei deputati con cui si dava mandato al Governo di riformare il sistema medesimo, alla relazione del Ministero delle partecipazioni del 1987 ecc.

### ***2.1.1. La privatizzazione degli istituti di credito pubblici e la nascita delle fondazioni bancarie***

I primi provvedimenti normativi di rilievo furono le c.d. leggi Amato, ovvero la legge 30 luglio 1990, n. 218 e il d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356.

Con tali disposizioni il legislatore disciplinò una generale ristrutturazione delle banche e degli istituti di credito in generale detenuti, direttamente o indirettamente da soggetti pubblici<sup>149</sup>. La ristrutturazione doveva passare per operazioni di trasformazione, fusione o di conferimento volte a dismettere la loro struttura pubblicistica ed assumere la veste formale di società per azioni.

Le disposizioni appena citate prevedevano, in particolare, la privatizzazione degli enti creditizi pubblici iscritti all'albo di cui all'art. 29 del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, convertito in legge 7 marzo 1938, n. 141, mediante una procedura di progressiva trasformazione delle aziende bancarie in società per azioni.<sup>150</sup>

Con la legge Amato, infatti, il legislatore aveva elaborato un complesso procedimento volto a dividere l'attività bancaria dall'attività pubblicistica, attraverso il conferimento della prima in apposite società per azioni (società conferitarie), che assumevano conseguentemente, la qualifica di banche vere e proprie, nonché il

---

<sup>149</sup> Sull'argomento si veda, *ex multis*, GALGANO, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in contr. e impr., 1996; MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000; CLARICH – PISANESCHI, *Fondazioni bancarie e regioni*, in giorn. dir. amm., 2002.

<sup>150</sup> Il comma 1 dell'art. 1 della legge 218/90 prevedeva, infatti, che “*gli enti creditizi pubblici iscritti nell'albo di cui all'articolo 29 del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141, e successive modificazioni e integrazioni, nonché le casse comunali di credito agrario e i monti di credito su pegno di seconda categoria che non raccolgono risparmio tra il pubblico possono effettuare trasformazioni ovvero fusioni con altri enti creditizi di qualsiasi natura, da cui, anche a seguito di successive trasformazioni o conferimenti, risultino comunque società per azioni operanti nel settore del credito*”.

mantenimento della seconda attività in soggetti di diritto pubblico (enti conferenti)<sup>151</sup>, ovvero nelle c.d. fondazioni bancarie.

Per incentivare il processo appena descritto il legislatore aveva previsto uno speciale regime tributario applicabile alle operazioni di fusione, scissione, trasformazione e conferimento, poste in essere in quella sede<sup>152</sup>.

Il processo di trasformazione era previsto dal legislatore come meramente facoltativo, confidando sul fatto che i destinatari della disposizione percepissero l'obiettivo per il quale lo stesso era stato posto, ovvero la sottoposizione del settore bancario alla disciplina privatistica, al fine di consentirne l'ingresso nel mercato concorrenziale creditizio<sup>153</sup>, nonché la creazione delle condizioni per un processo di ristrutturazione del sistema bancario pubblico, mediante la separazione della sfera di operatività degli enti conferenti da quella delle società per azioni derivate. Ed infatti, l'operazione prevista riuscì pienamente, anche a dispetto della mancata obbligatorietà legislativa.

Nel caso di scorporo o di fusione dell'attività bancaria in apposita società per azioni (a differenza del caso di trasformazione), gli enti conferenti avrebbero conservato una partecipazione maggioritaria in seno alla società bancaria e, quindi, il controllo della gestione della medesima<sup>154</sup>. Detta circostanza portò il legislatore ad introdurre un obbligo di vigilanza in capo al Ministero del Tesoro sulle attività espletate dalle fondazioni bancarie.

---

<sup>151</sup> L'art. 11, comma 2 del d.lgs. 356/90 disponeva che *“a tali enti, che hanno piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato”*.

<sup>152</sup> Il comma 2 dell'art. 1 della legge 218/90 prevedeva che: *“alle operazioni di cui al comma 1 nonché ai conferimenti dell'azienda, effettuati dai medesimi enti creditizi pubblici, in una o più società per azioni già iscritte nell'albo suddetto ovvero appositamente costituite anche con atto unilaterale e aventi per oggetto l'attività svolta dall'ente conferente o rami di essa, si applicano le norme fiscali di cui all'articolo 7”*.

<sup>153</sup> In tal senso vedi, SCHLESINGER, *Le c.d. “fondazioni bancarie”*, in banca borsa tit. cred., 1995.

<sup>154</sup> L'art. 19, comma 1 del d.lgs. 356/90, disponeva che *“nelle società bancarie risultanti dalle operazioni di cui all'art. 1, la maggioranza delle azioni con diritto di voto nell'assemblea ordina-*

Il complesso normativo attribuiva alle fondazioni bancarie compiti differenti rispetto a quelli tipicamente bancari, ovvero il perseguimento di scopi di interesse pubblico e di utilità sociale nei settori della ricerca scientifica, della istruzione, dell'arte e della sanità. Onde realizzare tali fini, gli stessi erano assegnatari di un patrimonio piuttosto ingente derivante dal possesso della maggioranza delle azioni nelle società per azioni bancarie conferitarie ed i conseguenti profitti da queste ottenuti, a fronte del quale era quindi previsto anche l'affidamento dell'amministrazione della partecipazione stessa.

Ne conseguiva, pertanto, un sistema in cui la società conferitaria era incaricata di gestire l'attività bancaria propria e l'ente conferente di amministrare la partecipazione, nonché di espletare tutte quelle attività ulteriori di interesse pubblico appositamente affidategli.

La partecipazione nelle società bancarie da parte delle fondazioni originariamente prevista dalle leggi Amato come obbligatoria, è stata successivamente fatta rientrare nell'ambito delle privatizzazioni sostanziali, mediante la sua inclusione tra i soggetti di cui alla legge 474/94 in materia di privatizzazioni sostanziali (di cui si parlerà diffusamente nel seguito), divenendo a carattere temporaneo.

Ciò in coerenza con l'obiettivo di essere volta solamente ad accompagnare i nuovi soggetti da un regime pubblicistico ad un regime privatistico in regime di libera concorrenza<sup>155</sup>.

La disciplina appena descritta in materia di fondazioni bancarie è stata negli anni profondamente e ripetutamente modificata, in un'ottica di rendere sempre più forte il distacco tra l'attività bancaria esercitata dalle società per azioni di nuova co-

---

*ria deve appartenere a enti pubblici o a società finanziarie o bancarie nelle quali la maggioranza delle azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria appartenga ad uno o più enti pubblici".*

<sup>155</sup> Sulla temporaneità della partecipazione, si veda, tra gli altri, TANZI, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in banca borsa tit. cred., 2013

stituzione o conferimento e l'attività di interesse pubblico di cui, invece, erano titolari le fondazioni bancarie.

In particolare, in questa sede, vale la pena di ricordare la legge delega 23 dicembre 1998, n. 461 (c.d. "legge Ciampi"), nonché il successivo decreto legislativo attuativo 31 maggio 1999, n. 153 con cui le fondazioni bancarie sono state definitivamente trasformate in soggetti di diritto privato<sup>156</sup>, con piena autonomia statutaria e gestionale, nonché sottoposti al rispetto del principio di economicità e alla necessità di ottenere un'adeguata redditività nella gestione del proprio patrimonio<sup>157</sup>.

Il citato decreto ribadiva, inoltre, che alle fondazioni era vietato l'espletamento di attività bancaria, essendo le stesse volte al solo perseguimento di fini di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico nei seguenti settori rilevanti<sup>158</sup>: ricerca scientifica, istruzione, arte, sanità, conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, assistenza alle categorie sociali più deboli. In tale ottica, venivano, anche in questa sede, previste talune agevolazioni fiscali per le fondazioni medesime.

Infine, ancora una volta, il legislatore evidenziava la necessità che le partecipazioni detenute dalle fondazioni nelle società per azioni bancarie avessero carattere temporaneo e provvisorio, imponendo la dismissione delle partecipazioni di con-

---

<sup>156</sup> In proposito si ricorda che la Corte Costituzionale 29 settembre 2003, n. 300 ha rilevato che *"l'evoluzione legislativa ha spezzato quel «vincolo genetico e funzionale», di cui parlano le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 di questa Corte, vincolo che in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 153) della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante"*.

<sup>157</sup> L'art. 2 comma 2 del d.lgs. 153/99, disponeva che *"Le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale. Perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti"*.

<sup>158</sup> In questo senso l'art. 3 del d.lgs. 153/99.

trollo in dette società entro e non oltre quattro anni dalla sua entrata in vigore<sup>159</sup> (in realtà poi la possibilità di dismissione è stata più volte prorogata fino al 31 dicembre 2005, con il decreto legge 24 giugno 2003, n. 143 e fino al 15 giugno 2006 con l'art. 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448).

Ulteriore profonda riforma delle fondazioni bancarie è stata introdotta mediante l'emanazione dell'art. 11 da ultimo citato, con cui sono stati, ancora una volta, ampliati gli ambiti di azione delle fondazioni bancarie, con riferimento alle attività di utilità sociale, nonché è stato inasprito ulteriormente il limite delle stesse alla detenzione del controllo in società per azioni bancarie, mediante l'introduzione del divieto di controllo anche congiunto tra più fondazioni.

In questa sede, rileva riportare il dibattito<sup>160</sup> emerso in merito alla possibilità di considerare le fondazioni bancarie quali soggetti esclusivamente operanti in ambiti di utilità sociale, ovvero quali soggetti comunque incaricati dell'esercizio dell'attività bancaria e creditizia.

La discussione prende inizialmente le mosse dalla giurisprudenza comunitaria<sup>161</sup> chiamata a verificare la compatibilità della normativa in parola con le disposizioni europee in materia di aiuti di Stato. In particolare, alla Corte è stata sottoposta la valutazione in merito alla circostanza per cui il possesso da parte della fondazione bancaria della partecipazione maggioritaria in capo alle società bancarie potesse configurare un'ipotesi di aiuto di Stato da parte delle prime verso le seconde.

La Corte ha ritenuto che il mero possesso azionario, anche in considerazione della possibilità per gli altri soci della società di stipulare appositi patti parasociali o sindacati di voto, non può essere di per sé considerato lesivo del divieto di aiuto di

---

<sup>159</sup> Così l'art. 25 del d.lgs. 153/99, con cui veniva disciplinato il periodo transitorio prima della dismissione delle partecipazioni.

<sup>160</sup> Per una completa ricostruzione dell'argomenta, si veda, TANZI, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, cit.

<sup>161</sup> Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, C-222/04, in Foro it., 2006.

stato, potendosi limitare il soggetto detentore della partecipazione all'esercizio dei soli diritti connessi alla sua qualità di azionista ed alla percezione dei dividendi.

Tuttavia, rileva la Corte, la suddivisione in due differenti soggetti, quali il soggetto che svolge direttamente l'attività economica ed il soggetto che controlla il primo non può, al contrario, essere considerato sufficiente a far venir meno in via generale la possibilità di ricadere nei divieti degli aiuti di stato.

Ne consegue che la verifica dell'effettiva sussistenza di una violazione del diritto comunitario di cui trattasi, è possibile solamente avendo riguardo al caso di specie, individuando se nella prassi effettivamente il soggetto detentore della partecipazione maggioritaria provveda in realtà anche all'effettiva gestione della società medesima e dell'attività dalla stessa svolta, consentendo a quest'ultima di beneficiare di aiuti da parte della prima idonei a sfalsare la concorrenza nel mercato in cui opera.

La posizione assunta dalla Corte di Giustizia non è, tuttavia, condivisa dalla giurisprudenza interna<sup>162</sup>, la quale, al contrario, ha ritenuto che l'operazione di divisione dei soggetti operanti nel settore creditizio pubblico, nonché la successiva volontà di provvedere alla progressiva dismissione della partecipazione della fondazione nella società per azioni bancaria, fosse da considerare solamente una sorta di "operazione di facciata"<sup>163</sup>. E ciò in quanto, nella sostanza, la situazione venutasi a creare ad esito delle operazioni di rassetto del settore, non si sarebbe discostata dalla situazione preesistente e l'assetto proprio del potere sarebbe rimasto immutato, in quanto la titolarità di partecipazioni di controllo deve essere considerata di

---

<sup>162</sup> Corte di Cassazione 10 settembre 2007, nn. 18978, 18980 e 18981; Corte di Cassazione, sez. unite, 29 dicembre 2006, n. 27619 e Corte di Cassazione, sezioni unite, 22 gennaio 2009, n. 1576. Con tali sentenze la Corte si è interrogata sulla legittimità del mantenimento di benefici fiscali in capo alle fondazioni bancarie operanti nel settore creditizio. Ed infatti, le agevolazioni sarebbero da ritenere adeguate solamente ove le fondazioni medesime si limitassero ad espletare attività di utilità sociale e non attività economiche.

<sup>163</sup> Così TANZI, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, cit.

per sé sufficiente a garantire al soggetto partecipante il controllo diretto della società e, quindi, dell'attività dalla stessa svolta.

Proprio in tale ottica, quindi, va vista la progressiva intensificazione del legislatore nazionale del divieto assoluto di detenere partecipazioni azionarie di controllo da parte delle fondazioni nelle società per azioni bancarie.

Ne consegue che, ove la partecipazione di che trattasi sia dismessa, effettivamente, venendo meno il nesso del controllo e della direzione, le fondazioni potrebbero ben essere considerate del tutto estranee dall'attività economica, e, quindi, operanti unicamente nel settore dell'utilità sociale.

Viceversa, laddove il controllo venisse mantenuto, le fondazioni potrebbero ben considerarsi soggetti operanti anche nel settore economico ed in quanto tali andrebbero sottratti dalla disciplina fiscale speciale prevista per le stesse<sup>164</sup>.

### ***2.1.2. La privatizzazione degli enti pubblici economici***

Successivamente all'avvio del processo di privatizzazione degli enti pubblici creditizi, l'attenzione del legislatore si spostò anche sulla trasformazione in società di diritto comune degli enti pubblici economici, ovvero quei soggetti pubblici operanti sul mercato che, assieme alle aziende autonome organi, maggiormente presentavano quelle problematiche connesse alla "*doppia identità*" pubblico privata. Ed infatti, come sopra ampiamente illustrato, gli stessi si caratterizzavano per operare, al pari di qualsivoglia altro soggetto privato, nel mercato concorrenziale mediante applicazione, nei confronti di terzi, di numerose disposizioni di diritto co-

---

<sup>164</sup> In tal senso, il legislatore, con il d.lgs. 153/99, aveva previsto, infatti, che ove entro il termine ivi previsto le fondazioni non avessero provveduto alla dismissione delle partecipazioni di controllo nelle aziende bancarie, sarebbe venuta meno la possibilità per le prime di essere assoggettate al regime fiscale agevolato previsto per gli enti non commerciali. Disposizione poi ribadita con l'art. 11 della legge 448/2001, a mente della quale ove entro il termine finale (qui differito) le fondazioni avessero dismesso la partecipazione nelle banche conferitarie la fondazione avrebbe conservato le descritte agevolazioni fiscali.

mune. Ciò, tuttavia a fronte di una struttura interna totalmente modellata sull'ente pubblico non economico e, in quanto tale, sottoposta alla normativa di diritto pubblico.

E' evidente, quindi, che la prima operazione da avviare onde consentire il superamento dell'invasiva presenza pubblica sul mercato, non poteva che essere proprio quello di dare veste totalmente privatistica a tali tipologie di soggetti.

Con il decreto legge 5 dicembre 1991, n. 386, convertito in legge 29 gennaio 1992, n. 35, il legislatore italiano prevede, quindi, la possibilità di trasformare gli enti di gestione (quali ENI e IRI), nonché tutti gli altri enti pubblici economici e le aziende organo (o meglio, di auto trasformarsi) in società per azioni, le quali venivano, conseguentemente assoggettate alla disciplina alla di diritto comune, fatta eccezione per le disposizioni relative alla revisione del bilancio di esercizio<sup>165</sup>.

Detta disposizione prevedeva, inoltre, che, una volta operata la trasformazione, l'ente proprietario delle nuove società di diritto comune potesse procedere ad una progressiva alienazione delle partecipazioni a soggetti privati<sup>166</sup>.

Ebbene, purtroppo, la disposizione in parola, prevedendo una mera facoltà in capo all'ente pubblico non economico titolare di siffatti enti, rimase lettera morta, in quanto, per lungo tempo, nessun ente pubblico diede avvio alla trasformazione degli enti pubblici economici<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> L'art. 1 della 35/92, prevedeva, infatti, che "1. Gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali, possono essere trasformati in società per azioni. [...] 5. Le società di cui al comma 1 sono sottoposte alla normativa generale vigente per le società per azioni; è fatta salva la disposizione di cui all'articolo 14 della legge 12 agosto 1977, n. 675, in materia di revisione dei bilanci d'esercizio".

<sup>166</sup> Il comma 9 del medesimo art. 1 della legge 35/92, disponeva che "le partecipazioni, risultanti dalle trasformazioni di cui al comma 1, [...] possono essere alienate [...]".

<sup>167</sup> Come ipotizza BONELLI, in *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001, 1, facendo riferimento a quanto riportato da COSSU, Commento all'art. 15 della L. n. 359/1992, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, 1221, le ragioni di tale fallimento "devono probabilmente essere ricercate sia in talune incertezze interpretative originarie dal testo della legge, sia nella contrarietà degli enti pubblici ad assumere l'iniziativa di trasformarsi in società per azioni".

Per ovviare alla stasi venutasi a creare, intervenne ancora una volta il legislatore, il quale pose in essere una frammentaria ed articolata disciplina di privatizzazione formale, *ex lege*, dei diversi soggetti interni all'apparato amministrativo svolgenti attività non rientranti nelle funzioni amministrative proprie dell'ente pubblico.

Innanzitutto fu disposta la trasformazione degli enti pubblici economici (ivi compresi, quindi, anche gli enti di gestione), mediante l'emanazione del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, con cui venne disposta la trasformazione automatica *ex lege* di alcuni tra i più importanti enti pubblici economici esistenti all'epoca<sup>168</sup> (ovvero IRI, ENI, INA e ENEL) e la semplificazione del processo di privatizzazione di tutti gli altri enti pubblici economici, attuabile attraverso la mera autorizzazione da parte del CIPE<sup>169</sup>.

In attuazione di detta norma, furono prontamente trasformati in società per azioni altri due relevantissimi enti pubblici economici quali l'ente Ferrovie dello Stato (delibera CIPE del 12 agosto 1992) e l'Ente Poste Italiane (delibera CIPE del 18 dicembre 1997).

Successivamente, con legge 15 marzo 1997, n. 59, fu avviata anche la privatizzazione formale degli enti pubblici nazionali non economici operanti in settori diversi dall'assistenza e dalla previdenza. Con tale disposizione, infatti, il Parlamento ha delegato il Governo all'adozione di una o più disposizioni normative volte al riordino ed alla trasformazione di siffatte tipologie di enti<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> L'art. 15, comma 1, infatti, prevedeva che "*L'istituto per la ricostruzione industriale - IRI, l'Ente nazionale idrocarburi - ENI, l'Istituto nazionale assicurazioni - INA e l'Ente nazionale energia elettrica - ENEL sono trasformati in società per azioni con effetto dalla data di entrata in vigore del presente decreto*".

<sup>169</sup> L'art. 18 prevedeva che "[...] *previa comunicazione da inviare alle Camere con un anticipo di almeno quindici giorni, il CIPE potrà deliberare la trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici, qualunque sia il loro settore di attività*".

<sup>170</sup> In forza di tale legge furono trasformati in società per azioni l'Ente Autonomo Acquedotto pugliese e l'Istituto Poligrafico dello Stato.

Infine, venne rinnovata anche la procedura di privatizzazione delle aziende autonome degli enti locali (aziende municipalizzate) mediante l'emanazione della legge 15 giugno 1997, n. 127, poi refluita nell'art. 115 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, contenente il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Le sopra menzionate norme furono seguite da numerosissime ulteriori disposizioni generali e speciali, con cui venne disposta *ex lege* la trasformazione in società per azioni delle aziende organo e degli enti pubblici economici e non<sup>171</sup>.

Ad esito di tali trasformazioni, venne, evidentemente, meno la necessità e le funzioni del Ministero delle Partecipazioni, il quale, dopo alcuni precedenti tentativi non andati a buon fine (decreto legge 22 febbraio 1993, n. 41, mai convertito in legge), dal 22 febbraio 1993 venne soppresso con decreto legge 23 aprile 1993, n. 118 convertito con legge 23 giugno 1993, n. 202. Le azioni in possesso del Ministero delle Partecipazioni furono, così, trasferite al Ministero del Tesoro che divenne il titolare dei diritti patrimoniali e di controllo per conto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministero del Bilancio e della Programmazione Economica e il Ministero dell'Industria.

In considerazione di quanto sopra, si può, concludere che la privatizzazione formale è consistita sostanzialmente nella trasformazione in società di diritto comu-

---

<sup>171</sup> Si fa riferimento, ad es., a - con deliberazioni CIPE del 18 febbraio 1993 e 2 aprile 1993, sono stati stabiliti i criteri per la trasformazione in società per azioni dell'Azienda autonoma dei monopoli di Stato ed i criteri generali di riassetto del settore delle telecomunicazioni; - con delibera del Consiglio dei Ministri del 30 dicembre 1993 sono state dismesse le partecipazioni di IRI nel Credito Italiano e di ENI nel Nuovo Pignone; - con direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 giugno 1993 sono state dismesse le ulteriori partecipazioni nella Banca commerciale italiana, nel Credito italiano, Enel, Imi, Stet, Ina ed Agip; - con legge 9 agosto 2002, n. 178, è stata disposta la trasformazione dell'Ente nazionale per le strade ANAS in società per azioni; - con il d.lgs. 18 novembre 1997, n. 426 si è trasformato l'ente pubblico "Centro sperimentale di cinematografia" nella fondazione "Scuola nazionale di cinema"; - con il d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19 l'ente pubblico "La Biennale di Venezia" è stato trasformato in persona giuridica privata denominata "Società di cultura La Biennale di Venezia".

ne, ed al loro conseguente assoggettamento alla relativa disciplina<sup>172</sup>, di quei soggetti (enti pubblici economici, enti di gestione e aziende autonome) che erano ancora strutturati come enti pubblici o addirittura come organi pubblici e, quindi, sottoposti, con riferimento alla organizzazione interna ed al rapporto con l'ente pubblico non economico di appartenenza, alla disciplina pubblicistica.

L'adeguatezza di tale intervento a risolvere le problematiche alla base del processo di privatizzazione nel suo complesso, fu al centro di numerose discussioni dottrinali.

Secondo alcuni, infatti, anche la mera trasformazione di detti soggetti in società per azioni sarebbe potuta potenzialmente essere idonea e sufficiente a costituire, per sé sola, un obiettivo di carattere strategico nell'ambito del più vasto processo di allontanamento dell'ente pubblico dalla gestione dell'economia, in quanto *"la forma della società per azioni di per sé è infatti in grado sia di conferire certezza e maggiore trasparenza all'attività e alle informazioni fornite all'esterno, sia di aumentare il livello di autonomia, responsabilità e managerialità: fatti tutti essenziali per competere, senza essere emarginati, in mercati sempre più correlati e indipendenti"*<sup>173</sup>.

Tale linea di pensiero venne criticata da chi<sup>174</sup> riteneva invece che la mera trasformazione dei soggetti pubblici operanti nel mercato in società per azioni rischiava di rendere inutile l'intero processo di privatizzazione e svuotare di significato la privatizzazione sostanziale, vero ed unico obiettivo dell'intero processo.

---

<sup>172</sup> In proposito occorre, tuttavia, accennare alla circostanza per cui, in realtà la giurisprudenza costituzionale, così come quella penale e amministrativa, avessero, all'epoca ritenuto che alle società risultanti dalla privatizzazione formale e, quindi, sottoposte a controllo pubblico, andassero applicate disposizioni normative speciali e non già quelle contenute nel codice civile. Ciò in quanto la mera trasformazione della veste giuridica non poteva essere considerata sufficiente a cancellare le *"connotazioni proprie della loro originaria matrice pubblicistica"* (BONELLI, in *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., 9). Sull'argomento si tornerà più diffusamente in seguito.

<sup>173</sup> Nota illustrativa della legge 29 gennaio 1992, n. 35 redatta dalla Commissione Cappugi.

In realtà, come sostenuto da altri Autori<sup>175</sup>, la trasformazione, seppur non rappresentando il fine ultimo del processo di privatizzazione, che doveva essere quello di cedere buona parte delle partecipazioni pubbliche ai privati onde consentire, tra l'altro, il risanamento della finanza pubblica, consentiva, in ogni modo, un primo passo verso il completamento della privatizzazione (senza trasformazione in società per azioni, la alienazione delle stesse diveniva molto più complicata) e la possibilità di assoggettare le società derivanti dalle trasformazioni alla disciplina privatistica.

In particolare, a fronte della nuova natura privatistica, le società in parola erano tenute all'applicazione dei vincoli di bilancio civilistici e delle regole privatistiche di gestione del capitale sociale da parte degli amministratori, rendendo l'intera gestione economica maggiormente trasparente ed accessibile per i soggetti terzi che intendessero entrare in contatto con tali società, oltre alla necessità di indirizzare la propria attività al perseguimento del fine di lucro e non già al principio di economicità, evitando, in tal modo, i fenomeni di pesante indebitamento provocati dalla gestione pubblica del periodo precedente.

E tuttavia, in tale contesto, non può non evidenziarsi come le società derivanti dalla trasformazione (così come le società per azioni partecipate dai soggetti pubblici preesistenti a tale processo) non potevano integralmente essere parificate alle ordinarie società commerciali di cui assumevano la forma, stante che erano state previste per le prime talune caratteristiche del tutto peculiari rispetto alle comuni società per azioni in mano ai privati. Ed infatti, legislatore e giurisprudenza assoggettarono le società di che trattasi a normative del tutto peculiari, affiancando alla disciplina del codice civile, talune disposizioni speciali, sia relativamente alla ge-

---

<sup>174</sup> JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in giur. comm., 1992.

<sup>175</sup> BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit.

stione delle società stesse sia relativamente al rapporto di queste con i soggetti terzi, tali da rendere le stesse società, società c.d. di diritto speciale<sup>176</sup>.

Orbene, qualunque sia la considerazione in merito alla bontà ed utilità del processo di privatizzazione formale, è apparso, in ogni modo evidente che, se questa trasformazione non fosse stata poi seguita da una progressiva alienazione delle quote delle nuove società di capitali (così come di quelle preesistenti e sottoposte al controllo ed alla gestione degli enti di gestione), non sarebbe stato comunque possibile il raggiungimento degli obiettivi posti alla base dell'avvio delle privatizzazioni. Ed infatti, è indubbio che la mera trasformazione della veste giuridica in società per azioni di un soggetto pubblico (per quanto idonea ad assoggettare il medesimo ad una differente disciplina), senza la contestuale o immediatamente successiva alienazione della partecipazione (e, conseguentemente, con il mantenimento di prerogative forti in merito all'indirizzo ed alla gestione del soggetto stesso) pubblica, non può considerarsi sufficiente ad ottenere quel progressivo e agognato allontanamento del potere pubblico dalla gestione economica delle imprese operanti sul mercato, modificando solamente le modalità di intervento del pubblico nell'economia e non facendolo venire meno. Con ciò rendendo vana ogni speranza di risanamento delle finanze pubbliche e di trasformazione dei soggetti di che trattasi in società efficienti e produttive.

Fu proprio in considerazione di ciò che il legislatore pose quasi subito in atto anche la seconda fase del processo di privatizzazione, ovvero la c.d. privatizzazione sostanziale.

---

<sup>176</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, MINERVINI, *La privatizzazione nel settore elettrico*, in Quaderno n. 12 della Rassegna giuridica dell'energia elettrica, 1995.

## **2.2. La privatizzazione sostanziale (o privatizzazione calda)**

A seguito dell'avvio della privatizzazione formale degli enti pubblici economici e delle aziende autonome, emerse la necessità di una privatizzazione più incisiva e, soprattutto dell'elaborazione di un programma che consentisse una razionalizzazione e riduzione della presenza delle imprese pubbliche nell'economia.

A tal fine, quindi, il Presidente del Consiglio nel novembre 1992 trasmise alle commissioni parlamentari una relazione (chiamato «*Libro verde sulle partecipazioni dello Stato*») contenente un programma con cui venivano identificati gli enti di gestione che necessitavano di un riordino e di una privatizzazione, oltre che formale, anche sostanziale, attraverso la progressiva alienazione delle quote detenute dai soggetti pubblici negli enti di gestione medesimi e di quelle detenute da quest'ultimi nelle molteplici società partecipate.

Tra tali soggetti emersero, in particolare, l'IRI, l'ENI, l'ENEL, l'IMI, la BNL e l'INA, ovvero quegli enti che erano posti a capo dei maggiori gruppi pubblici in settori economici di elevata rilevanza.

Per la prima volta, in Italia, veniva, quindi, elaborato un programma organico e completo di risistemazione del sistema economico pubblico e delle partecipazioni pubbliche.

Detto programma, nonostante alcune resistenze iniziali, venne approvato da parte del Parlamento, e divenne il testo di riferimento della politica del governo in materia di privatizzazioni.

Obiettivo delle nuove privatizzazioni diveniva, pertanto, non più la mera trasformazione dei soggetti pubblici in soggetti privati, con conseguente assoggettamento alla relativa disciplina del codice civile, bensì il vero e proprio abbandono da parte dei soggetti pubblici del controllo sulle società per azioni, da realizzarsi me-

dianche l'alienazione a soggetti privati<sup>177</sup> delle partecipazioni pubbliche in dette società.

La cessione da parte del soggetto pubblico di una quota di partecipazioni tale da consentire il mantenimento del controllo pubblico sulle società medesime, infatti, non poteva considerarsi una reale privatizzazione della società, la quale, in tal modo, rimaneva sottoposta a controllo e gestione da parte del socio pubblico<sup>178</sup>.

Fondamentali, nel processo di privatizzazione formale delle società pubbliche, furono, due testi normativi: la delibera del CIPE del 30 dicembre 1992, contenente le “*Direttive concernenti le modalità e le procedure di cessione delle partecipazioni dello Stato nelle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici e delle aziende autonome*”<sup>179</sup> e il decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474, contenente “*Norme per*

---

<sup>177</sup> In proposito occorre ricordare che l'alienazione della maggioranza delle partecipazioni in favore di soggetti pubblici, anche qualora si tratti di soggetti pubblici differenti ed indipendenti rispetto all'azionista pubblico alienante, non può essere considerata in alcun modo una forma di privatizzazione.

<sup>178</sup> In tal senso, si veda BONELLI, in *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., 18. Relativamente alla definizione di privatizzazione sostanziale è opportuno in questa sede ricordare che, dal punto di vista meramente letterale, si potrebbe considerare “privatizzazione sostanziale”, per contrasto con la privatizzazione formale, qualsivoglia forma di alienazione di azioni pubbliche detenute in società di diritto comune, anche in misura minoritaria, che consenta l'ingresso nell'azionariato di un soggetto, anche di minoranza, privato. E tuttavia, tale definizione non appare coerente con l'obiettivo stesso della privatizzazione sostanziale, il quale si deve identificare nella necessità per cui il soggetto, già formalmente privato, perda la sostanza pubblica e si trasformi in soggetto, anche sostanzialmente privato. A tal fine, è, quindi, necessario che la società oggetto di privatizzazione sostanziale si svincoli dal controllo pubblico e sia sottoposta, conseguentemente, ad un controllo privato. Occorre, in proposito, evidenziare come la perdita del controllo pubblico non intervenga solamente allorché si verifichi la dismissione di una quota totalitaria o di maggioranza delle azioni della società medesima, ma in ogni caso in cui le azioni cedute, anche qualora siano minoritarie, garantiscano, attraverso eventuali strumenti societari e contrattuali quali patti parasociali o previsioni statutarie *ad hoc*, l'effettivo passaggio del controllo dell'attività e della gestione della società medesima. Per una compiuta disamina in materia, si veda, sulla scia di Merusi, SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006, 160 e ss.

<sup>179</sup> Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale italiana del 4 febbraio 1993, n. 28.

*l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*".

La delibera del CIPE del 1992 dettava e disciplinava, per la prima volta, le modalità con cui operare la dismissione delle partecipazioni azionarie pubbliche, individuando, in particolare, tre possibili ed alternative procedure, ovvero l'offerta pubblica di vendita (che poteva essere svolta mediante l'imposizione di un prezzo fisso predeterminato dall'ente alienante ovvero mediante la selezione dell'acquirente sulla base, tra l'altro, dell'offerta economica per l'acquisto formulata attraverso il meccanismo dell'asta pubblica), l'asta pubblica vera e propria (che poteva essere bandita tra tutti i soggetti che ne avessero concretamente interesse oppure solamente tra un numero limitato di soggetti preselezionati dall'ente pubblico alienante, onde consentire la formazione di un nucleo stabile di azioni di riferimento) ovvero, da ultima, la trattativa diretta con alcuni soggetti privati preselezionati dall'azionista pubblico<sup>180</sup>.

La legge 474/94, invece, considerata il vero caposaldo delle privatizzazioni formali in Italia, stabiliva (e, in parte stabilisce ancora, seppur più volte modificata ed integrata) i principi generali alla base delle alienazioni delle partecipazioni pubbliche, tra cui, il più importante, l'assoluta e totale disapplicazione della normativa sulla contabilità dello Stato (contenuta nel Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440 "*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato*" e nel Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827, "*Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*") alle procedure di alienazione delle partecipazioni pubbliche, nonché riproduceva,

---

<sup>180</sup> Si veda, in tal senso, l'art. 3 della Delibera medesima, a mente del quale: "*le dismissioni dovranno essere effettuate mediante: offerta pubblica di vendita, sia a prezzo fisso sia a prezzo determinato con sistema d'asta; Asta pubblica, con eventuale preselezione dei partecipanti, anche finalizzata alla formazione di un nucleo stabile di azionisti di riferimento; Trattativa privata*".

con talune modifiche, le procedure da utilizzare per tale processo, già previste nella precedente delibera CIPE.

In particolare, vi è da evidenziare come, con tale disposizione normativa, il legislatore abbia affermato il principio dell'assoluta preferenza per l'utilizzo del procedimento di offerta pubblica di vendita per l'alienazione delle partecipazioni pubbliche, mantenendo, invece, la trattativa privata diretta con i privati, come procedura residuale, da utilizzarsi solamente in casi particolari e qualora l'offerta pubblica di acquisto non fosse concretamente attuabile<sup>181</sup>. La trattativa diretta poteva, in ogni modo, essere attuata sia mediante contrattazione da operarsi con tutte quelle società potenziali acquirenti interessate all'acquisto delle partecipazioni, sia a seguito di una sorta di preselezione dei potenziali acquirenti sulla base di requisiti preselezionati, onde consentire la costituzione di un nucleo stabile di azionisti di riferimento<sup>182</sup>.

Accanto a tali alternative, il legislatore aveva previsto anche la possibilità di alienazione delle partecipazioni mediante il ricorso alla procedura c.d. mista tra offerta pubblica di acquisto e trattativa privata, nonché la facoltà, per l'ente competente, di scegliere di volta in volta anche ulteriori e differenti modalità di vendita da applicarsi alla fattispecie concreta.

---

<sup>181</sup> Il testo originario dell'art. 1, comma 2 della legge di conversione 474/94, prevedeva, infatti che *"l'alienazione delle partecipazioni di cui al comma 1 viene effettuata di norma mediante offerta pubblica di vendita disciplinata dalla legge 18 febbraio 1992, n. 149, e relativi regolamenti attuativi; può inoltre essere effettuata mediante cessione delle azioni sulla base di trattative dirette con i potenziali acquirenti ovvero mediante il ricorso ad entrambe le procedure"*.

<sup>182</sup> Il comma 3 dell'art. 1 dispone, infatti, che *"in caso di cessione mediante trattativa diretta di partecipazioni in società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, [...] possono essere individuate le società per le quali, al fine di costituire un nucleo stabile di azionisti di riferimento, la cessione della partecipazione deve essere effettuata invitando potenziali acquirenti, che presentino requisiti di idonea capacità imprenditoriale, ad avanzare, agendo di concerto, offerte comprensive dell'impegno, da inserire nel contratto di cessione, di garantire, mediante accordo fra i partecipanti al nucleo stabile, determinate condizioni finanziarie, economiche e gestionali. Il contratto può altresì prevedere, per un periodo determinato, il divieto di cessione della partecipazione, il divieto di cessione dell'azienda e la determinazione del risarcimento in caso di inadempimento ai sensi dell'articolo 1382 del codice civile"*.

Inoltre, con la legge di conversione del decreto legge, il legislatore ha introdotto l'obbligo di far precedere la privatizzazione delle società pubbliche esercenti pubblici servizi dalla costituzione di appositi organismi di vigilanza destinati alla fissazione delle tariffe e al controllo della qualità che tali società, una volta privatizzate, avrebbero dovuto mantenere nei confronti dell'utenza<sup>183</sup>. Ciò, ovviamente, fu dettato dalla necessità per cui, svolgendo, la maggior parte delle imprese che dovevano essere fatte oggetto di privatizzazione, attività di interesse generale, le stesse dovessero rimanere, almeno in parte, sottoposte ad una qualche forma di controllo da parte dell'apparato pubblico, onde garantire l'effettiva realizzazione del medesimo interesse pubblico.

In proposito, vale la pena ricordare che la distinzione tra società esercenti servizi pubblici e società svolgenti mere attività imprenditoriali non era, già a quell'epoca, di facile individuazione.

Ciò comportò, inevitabilmente che, onde poter procedere all'alienazione delle partecipazioni detenute dallo Stato in talune società aventi ad oggetto attività di sicuro interesse generale (quali ad. es., l'ENI S.p.A., Autostrade S.p.A., Aeroporti di Roma S.p.A), fu necessario acquisire apposito parere del Consiglio di Stato onde individuarne l'assoggettabilità o meno alla disposizione citata (art. 1bis della legge 474/94, ovvero alla necessaria costituzione di una Autorità di vigilanza nel settore prima dell'avvio della procedura di privatizzazione medesima).

---

<sup>183</sup> In tal senso, si veda, l'art. 1bis della legge 474/1994, a mente del quale “*le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società di cui all'articolo 2 sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico*”, dove all'art. 2 della medesima legge si identificavano le seguenti 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*”.

In particolare, si ricorda il parere della sezione prima del Consiglio di Stato<sup>184</sup> relativo al procedimento di privatizzazione di Autostrade S.p.A. con cui il Consiglio di Stato ha affermato che per ritenere necessaria la previa costituzione di un ente di regolazione non potesse essere sufficiente la circostanza per cui la società oggetto di privatizzazione espletasse attività di interesse pubblico, bensì fosse necessario che il soggetto pubblico azionista fosse anche destinato a mantenere i poteri speciali di cui all'art. 2 della legge 474/94, nei confronti della società oggetto di cessione. In particolare, la cessione doveva essere preceduta dall'istituzione dell'Autorità di regolazione in tutti i casi in cui fosse stato previsto un assoggettamento della società privata risultante dalla privatizzazione ad una regolamentazione tariffaria esterna ed all'introduzione, nel proprio statuto, dei poteri speciali riservati all'ente pubblico, individuati all'art. 2 della legge 474/94<sup>185</sup>.

Non solo. Altro caposaldo in materia fu il parere della sezione prima del Consiglio di Stato<sup>186</sup> in merito alla prima cessione delle quote detenute in ENI S.p.A., con cui il Supremo Giudice ha chiarito, in linea generale, che sono assoggettate alla disciplina di cui all'art. 1bis della legge 474/94 e, quindi, vincolate, per la loro privatizzazione, alla previa istituzione di un'autorità di regolazione, non tutte le società di cui all'art. 2 della medesima norma (come detto, quindi, 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), bensì solamente quelle che fossero state espressamente individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, al fine di prevedere l'inserimento nei rispettivi statuti delle clausole contenenti i poteri speciali di cui

---

<sup>184</sup> Parere n. 2228 del 9 ottobre 1996, in *Privatizzazione senza autorità di regolazione?*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, n. 5, 487, con commento di DELLA CANANEA.

<sup>185</sup> In tal caso, il Consiglio di Stato concluse nel senso della non necessità di istituzione dell'Autorità di regolazione prima della privatizzazione di Autostrade S.p.A.

<sup>186</sup> Parere n. 330 del 20 settembre 1995, in *Foro it.*, 1996, III, con nota di PERNA, *L'eccesso di tutela nella privatizzazione delle "public utilities"*.

al medesimo art. 2, e che fossero titolari della gestione di servizi di rilevante interesse pubblico<sup>187</sup>.

Come si vedrà, la creazione di siffatti organismi di vigilanza, volti a limitare e condizionare l'attività delle società risultanti dalle privatizzazioni, contribuì al parziale fallimento dell'intera operazione di privatizzazione.

La disciplina della legge 474/1994 venne successivamente specificata dall'art. 66 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 contenente misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo, ed, infine, modificata dall'art. 4, commi 218 e 227-231 della legge 24 dicembre 2003 n. 350<sup>188</sup>.

Orbene, con l'entrata in vigore della normativa appena citata (delibera CIPE prima e legge 474/94 poi) iniziarono le prime operazioni di alienazione delle partecipazioni pubbliche che riscossero, almeno in un primo momento, un grosso successo, contribuendo, almeno in parte, al risanamento delle finanze pubbliche attraverso l'immissione di capitale privato nelle casse dello Stato.

Ciò permise, ad esempio, la quotazione dell'ENI che avvenne alla fine del 1995, a seguito di un processo, avviato nel 1992, di profonda ristrutturazione e trasformazione da *holding* (a capo di un gruppo esteso e molto variegato per quanto riguarda i settori di attività) a società operante esclusivamente nel settore degli idrocarburi; la dismissione della partecipazione nel Banco di Napoli S.p.A. completata il 18 gennaio 1997; la privatizzazione di SEAT S.p.A., mediante trattativa diretta, avvenuta nel 1997; la cessione di Lloyd Triestino S.p.A. e di Italia Navigazione S.p.A., partecipate indirettamente dallo Stato, avvenuta tra il 1997 e il 1998; la privatizzazione delle maggiori società partecipate nazionali, tra cui molte società

---

<sup>187</sup> Sulla scorta di tali considerazioni, quindi, il Consiglio di Stato ha concluso la non assoggettabilità di ENI S.p.A. alla disposizione in parola, autorizzando la cessione delle relative quote anche in assenza della creazione ed istituzione di un'apposita Autorità di regolazione.

<sup>188</sup> Di cui si parlerà più diffusamente nel proseguo del presente lavoro.

esercenti servizi pubblici, quali INA S.p.A. (1995), IMI S.p.A. (1995), ENEL S.p.A. (1995), Telecom Italia S.p.A. (1997) e BNL S.p.A. (1998), Autostrade S.p.A. (1997), Aeroporti di Roma S.p.A. (1997), Finmeccanica S.p.A. (1999) e Acquedotto Pugliese S.p.A. (1999)<sup>189</sup>.

Le società per azioni derivanti dall'alienazione delle partecipazioni pubbliche si differenziano dalle società per azioni costituite tra privati, in quanto le prime trovano fondamento nella legge (quella che ha disposto la costituzione del soggetto pubblico preesistente, ove discendano dalla trasformazione di enti pubblici economici o di aziende pubbliche, e dalla successiva legge che ne dispone la dismissione) e non in un contratto.

A prescindere dall'origine, a dette società si applica la disciplina del codice civile, fatto salvo per le eventuali deroghe costituite da c.d. poteri speciali<sup>190</sup> (o *golden share*) attribuiti per legge o per statuto, in favore dell'ente pubblico rimasto socio di maggioranza, di minoranza o addirittura esterno alla medesima, dei quali di parlerà diffusamente nei capitoli che seguono.

L'introduzione di tali poteri speciali in favore dello Stato ha interessato, come si vedrà nei capitoli che seguono, principalmente, ma non solo, le società privatizzate che svolgono servizi pubblici o comunque attività che rivestano un interesse generale (le quali furono oggetto di apposita regolamentazione mediante l'emanazione della legge 14 novembre 1995, 418, in materia di "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*").

---

<sup>189</sup> Per una completa disanima sulle modalità di alienazione delle citate partecipazioni pubbliche, si veda, BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., 58.

<sup>190</sup> Le prime tipologie di poteri speciali furono previsti direttamente dagli artt. 2 e ss. della stessa legge 474/1994. Una disanima sui poteri speciali attribuiti a dette società sarà oggetto dei capitoli successivi.

Ciò proprio in funzione del fatto che tali attività, a differenza delle altre attività economiche più prettamente imprenditoriali, configurano attività che devono necessariamente essere garantite a favore del pubblico e che debbono rispettare determinati standard di qualità minima, a prescindere dall'effettiva remunerabilità ed economicità della loro gestione. Si pensi ad es. ai servizi di difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia e altri pubblici servizi.

### ***3. Successi e fallimenti delle privatizzazioni***

Il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche italiane, come detto, si è svolto in due differenti fasi, la prima caratterizzata dalla mera trasformazione degli enti pubblici economici (e non, in taluni particolari casi) e delle aziende organo in società per azioni a partecipazione pubblica e la seconda caratterizzata dalla progressiva cessione delle partecipazioni - e quindi come detto del controllo (sia azionario che gestionale) - pubbliche in favore di soggetti privati.

#### ***3.1. Sul completamento del processo di privatizzazione formale***

Come riconosciuto dalla maggior parte della dottrina, la prima fase di privatizzazione (formale) ha raggiunto i propri obiettivi di progressiva diminuzione ed eliminazione della gestione di determinate attività attraverso aziende organo o enti pubblici economici in favore di una più efficiente organizzazione attraverso società per azioni in mano pubblica.

Il processo si può, quindi, considerare sostanzialmente terminato<sup>191</sup>, in quanto, appunto, si a livello nazionale che a livello locale<sup>192</sup>, la maggior parte degli enti

---

<sup>191</sup> SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., 168.

<sup>192</sup> Proprio la privatizzazione formale a livello locale era il maggior obiettivo conseguito dal legislatore che ne ha avviato il processo. Ed infatti, fino alla fine degli anni '90 la gestione dei servizi

pubblici economici e delle aziende organo (o aziende municipalizzate) sono stati ormai trasformati in soggetti formalmente di diritto comune, attraverso l'adozione di norme generali, con cui il legislatore ha previsto le modalità con cui provvedere alla trasformazione e di norme speciali volte alla diretta trasformazione di determinati soggetti pubblici.

### ***3.2. Alcune considerazioni in merito ai risultati delle privatizzazioni sostanziali***

Mentre, quindi, la privatizzazione formale ha raggiunto nel corso degli anni in buona parte il suo obiettivo, non altrettanto si può dire della privatizzazione sostanziale delle società in mano pubblica (siano esse derivanti dalla predetta trasformazione ovvero originariamente costituite quali società per azioni).

Ciò sia dal punto di vista del completamento del processo a livello quantitativo, sia dal punto di vista del concreto raggiungimento degli obiettivi posti da legislatore, dottrina e mercato all'avvio della privatizzazione medesima.

#### ***3.2.1. Sul mancato completamento del processo di privatizzazione sostanziale***

A livello quantitativo basti evidenziare come a fronte di un numero consistente di privatizzazioni, anche di enti pubblici e/o società pubbliche di estrema rilevanza nazionale (si veda la privatizzazione di ENI, ENEL, IRI, AUTOSTRADE e tante altre), avvenute nel corso degli anni '90 e fino agli inizi del presente secolo XXI

---

pubblici locali si caratterizzava proprio dall'utilizzo, per la maggior parte, di aziende locali ovvero di gestione in economia. Solo molto raramente la stessa veniva organizzata mediante la creazione di società per azioni in mano pubblica. Ed infatti, come si dirà anche più oltre, l'originario testo dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000, in materia, appunto, di gestione dei servizi pubblici locali, prevedeva la possibilità di gestire le infrastrutture a ciò dedicate, ove gestite in maniera autonoma rispetto al servizio stesso, in economia, ovvero attraverso aziende speciali e, solo in via residuale, mediante società per azioni. Nell'ottica di intensificare la privatizzazione formale delle aziende gestorie di servizi pubblici locali, tale disposizione fu presto e più volte modificata, eliminando del tutto la possibilità per gli enti locali di ricorrere all'utilizzo della formula in economia ovvero delle aziende speciali e permettendo la sola allocazione della gestione a terzi soggetti privati ovvero la

(l'ultima grande privatizzazione registrata in quegli anni fu quella dell'Ente Nazionale Tabacchi avvenuta nel 2003), con l'avvento del nuovo secolo, quale conseguenza di numerosi fattori, il processo ha iniziato a subire un forte rallentamento e le privatizzazioni formali si sono arrestate quasi interamente.

Solo sporadicamente il legislatore tornò a favorire ed incentivare nuovamente la dismissione delle imprese pubbliche o la limitazione dell'utilizzo delle stesse da parte dei soggetti pubblici (come ad esempio nel caso dell'emanazione dell'art. 26 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, chiamato, per l'appunto, taglia enti, ovvero dell'art. 2, comma 634 della legge finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244, con cui vengono riordinati, trasformati e soppressi taluni soggetti statali<sup>193</sup>).

E ciò tanto più se si considera che le privatizzazioni sostanziali avvenute a livello nazionale non furono accompagnate da un parallelo fenomeno di privatizzazione da parte degli enti pubblici locali.

Questi ultimi, infatti, nei medesimi anni in cui si compiva la privatizzazione sostanziale nazionale delle imprese in mano pubblica, diedero vita ad un fenomeno radicalmente opposto e consistente in una vera e propria esplosione di società pubbliche controllate e partecipate dagli enti pubblici locali (risultato anche della consistente campagna a favore della privatizzazione formale della gestione dei servizi pubblici locali), aventi ad oggetto, in maniera particolare, ma non solo, la gestione dei servizi pubblici locali<sup>194</sup>.

Ed infatti, inizialmente, in ottemperanza a quanto disposto dalla legge 29 marzo 1903, n. 103 (c.d. legge Giolitti), i servizi pubblici locali potevano essere gestiti attraverso una delle seguenti modalità: gestione diretta in economia da parte

---

gestione diretta attraverso la costituzione di società partecipate (in misura maggioritaria prima e totalitaria poi) dall'ente locale medesimo.

<sup>193</sup> Sulle quali si tornerà più avanti.

dell'ente pubblico (ovvero gestione affidata ad un ufficio o organo interno all'amministrazione), gestione a mezzo di aziende municipalizzate ovvero mediante affidamento a soggetti terzi tramite stipulazione di apposita concessione<sup>195</sup>. Pertanto la gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali avveniva unicamente attraverso soggetti pubblici ovvero in affidamento diretto a soggetti interamente privati.

Con la riforma intervenuta negli anni '90 in materia di enti pubblici locali, invece, la prospettiva cominciò a cambiare.

Innanzitutto, con la legge 8 giugno 1990, n. 142, il legislatore ha previsto che la gestione dei servizi pubblici locali<sup>196</sup>, oltre che in economia, mediante aziende speciali<sup>197</sup> e affidamento a terzi soggetti privati, potesse avvenire anche attraverso società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale

---

<sup>194</sup> Sul punto si veda, tra gli altri, CHIEPPA, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

<sup>195</sup> La gestione attraverso la concessione a terzi era, tuttavia, scarsamente utilizzata in quanto, in quegli anni, la tendenza era proprio quella di sottrarre la gestione di taluni servizi a rilevanza pubblicistica alla gestione privatistica. Pertanto, nella prassi detti servizi furono generalmente gestiti in via diretta dall'amministrazione e, solo saltuariamente, da soggetti privati. In tal senso, si veda MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in dir. amm., 2004. In ogni modo, il concessionario veniva individuato senza ricorrere ad alcuna procedura ad evidenza pubblica.

<sup>196</sup> L'art. 22 della legge 142/90 disponeva che *"i comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati"*.

<sup>197</sup> In realtà anche la previsione di utilizzo di aziende speciali al posto di aziende municipalizzate, come precedentemente previsto, era indice del cambiamento di impostazione in atto nel legislatore, in quanto le prime, a differenza delle seconde, erano enti economici pubblici, dotati di personalità giuridica e funzionalmente legati all'amministrazione.

costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio<sup>198</sup>, nel caso in cui si fosse ravvisata la necessità di far partecipare alla gestione anche altri soggetti pubblici o privati, in funzione alla natura del servizio da erogare.

La disposizione venne successivamente recepita nell'art. 113<sup>199</sup> del d.lgs. 267/2000, con cui è stata introdotta la possibilità di gestione di taluni servizi pubblici locali anche attraverso società non aventi partecipazione maggioritaria pubblica.

Successivamente, a partire dall'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (legge 28 dicembre 2001, n. 448) la tendenza all'utilizzo delle società di capitali partecipate da enti pubblici per la gestione dei servizi pubblici locali si accentuò maggiormente<sup>200</sup>.

La stessa ha, infatti, limitato le modalità di espletamento della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali (ove separata dall'attività di erogazione dei servizi connessi) arrivando a consentire solamente l'utilizzo di soggetti esterni all'amministrazione, aventi forma di società di capitali, con partecipazione maggioritaria dell'ente medesimo ovvero all'individuazione

---

<sup>198</sup> La versione originaria della disposizione in parola prevedeva, in realtà, che la gestione potesse essere espletata anche attraverso “*società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati*”. Le previsioni riguardanti la possibilità di utilizzo della società a responsabilità limitata, nonché l'obbligo che le società (sia di capitali che a responsabilità limitata) fossero partecipate dall'ente locale erogante, sono state introdotte con l'art. 17, comma 58 della legge 15 maggio 1997, n. 127) la modifica dell'art. 22, comma 3, lettera e).

<sup>199</sup> Il testo originario dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000 prevedeva, in particolare che “*i servizi pubblici locali sono gestiti nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati; f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'art. 116*”.

di soggetti privati gestori attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica<sup>201</sup> ed escludendo, contestualmente, la possibilità di provvedere a detta gestione in economia ovvero mediante soggetti interni alla struttura amministrativa dell'ente, quali le aziende autonome<sup>202</sup>.

Un siffatto impianto normativo ha, conseguentemente, portato ad un proliferare di società commerciali partecipate da enti pubblici locali, proprio nel periodo in cui, a livello nazionale, tali fattispecie andavano (almeno teoricamente) via via diminuendo per effetto del processo di privatizzazione medesimo.

La permanenza di moltissime società per azioni in mano pubblica, sia nazionale che locale, non fece altro che accentuare gli effetti negativi che l'esistenza di tali tipologie di società creavano al sistema economico ed al sistema pubblico italiano. Le stesse, infatti, pur assumendo una forma giuridica privatistica non si svincolavano sostanzialmente dal soggetto pubblico azionista, il quale, in quanto tale, ne manteneva privilegi e vantaggi, ad evidente detrimento del mercato concorrenziale e della finanza pubblica dell'ente medesimo.

Come sopra ampiamente detto, infatti, onde consentire una reale ristrutturazione del sistema di gestione pubblica dell'economia era di fondamentale rilevanza che gli enti pubblici e le aziende organo, una volta trasformate in società di diritto

---

<sup>200</sup> L'evoluzione della normativa in parola sarà trattata più dettagliatamente nel proseguo.

<sup>201</sup> Il comma 4 del nuovo art. 113 del d.lgs. 267/2000, prevedeva infatti che *“qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività; b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7”*.

<sup>202</sup> La disposizione di che trattasi, come si vedrà, subì successivamente ulteriori notevoli modifiche - anche dietro la spinta delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concorrenza - parzialmente di segno opposto, ovvero volte a limitare, quanto più possibile, l'utilizzo diretto di società di capitali a partecipazione mista pubblica privata (o, quantomeno, di sottoporre la loro utilizzazione a regole rigide), a favore dell'utilizzo di società a totale partecipazione pubblica, aventi i requisiti dell'*in house providing*.

comune, fossero fatte oggetto di una progressiva alienazione in favore di soggetti privati, onde consentire la concreta separazione del potere pubblico dall'attività imprenditoriale.

### ***3.2.2. Sul raggiungimento degli obiettivi di risanamento delle finanze pubbliche***

Non solo. Come sopra accennato il “fallimento” del processo di privatizzazione è emerso anche in rapporto al mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati dal legislatore e non solo, in fase di avvio delle privatizzazioni sostanziali medesime. Riprendendo quanto illustrato nel corso del precedente capitolo, il sistema delle partecipazioni pubbliche entrò in crisi nel corso degli anni '70 e '80 del secolo scorso a causa di numerosi fattori.

I più importanti e quelli che concretamente furono posti quali obiettivi della privatizzazione sostanziale del sistema delle partecipazioni pubbliche furono, in buona sostanza, la necessità di garantire una gestione delle attività da questi svolte più efficiente e depurata dei privilegi derivanti dalla natura pubblicistica del socio di maggioranza, nonché la volontà di risanare le finanze pubbliche, pesantemente gravate da inefficienze costanti del sistema e dalla generale previsione dell'obbligo, per il socio pubblico, di risanare i disavanzi economici derivanti dalla mala gestione delle imprese in mano pubblica.

Orbene, con riferimento al secondo degli obiettivi da conseguire attraverso le privatizzazioni, il bilancio del processo, già agli inizi del XXI secolo, fu decisamente positivo.

Le grandi privatizzazioni nazionali degli anni '90 furono decisamente consistenti e portarono, nelle casse dello Stato italiano, un'ingente somma di denaro liquido privato tale da alleviare il sempre crescente debito pubblico statale.

E ciò anche se si considera che, secondo alcuni, dopo un iniziale arricchimento delle finanze pubbliche risultante dalle grandi entrate derivanti dalla cessione del-

le imprese pubbliche ai privati, la situazione finanziaria del sistema delle partecipazioni pubbliche sarebbe stata inevitabilmente destinata ad un rapido peggioramento, se possibile anche maggiore rispetto alla previgente situazione. Tale convincimento si fondava sulla circostanza per cui l'alienazione a soggetti privati delle imprese pubbliche non poteva che avere ad oggetto solamente quelle società che, almeno potenzialmente, fossero società produttive e idonee ad una gestione in attivo. Le società prive di qualsivoglia appetibilità sul mercato sarebbero, infatti, rimaste in seno all'apparato amministrativo, comportando un sempre maggior aggravio della finanza pubblica.

### ***3.2.3. Sul parziale fallimento del raggiungimento degli obiettivi di efficienza***

Ciò detto in merito al raggiungimento, almeno iniziale, dell'obiettivo di risanamento delle finanze pubbliche, occorre ora soffermarsi ad analizzare l'effetto di tale processo di privatizzazione sul secondo e forse ancora più importante obiettivo della cessione delle partecipazioni pubbliche: l'efficientamento del sistema ed il suo allontanamento dall'influenza del potere pubblico.

In proposito, è necessario in questa sede iniziare a distinguere tra società pubbliche aventi ad oggetto l'espletamento di attività imprenditoriali/ industriali non connotate da alcun interesse generale pubblico e le società in mano pubblica svolgenti servizi pubblici o comunque attività ritenute di interesse generale e, quindi, necessarie per la comunità.

#### ***a) Società aventi ad oggetto lo svolgimento di attività imprenditoriali industriali***

Nel primo caso, ovvero nella privatizzazione delle imprese pubbliche svolgenti attività di carattere meramente imprenditoriale, è del tutto evidente che la loro privatizzazione ha avuto esiti positivi sotto il profilo sia dell'efficienza nella gestione sia nell'allontanamento dall'influenza dei poteri pubblici.

Ed infatti, la gestione da parte di soggetti privati di attività tipicamente industriali in un mercato concorrenziale non può che essere migliore rispetto all'attività gestita dallo Stato. Quest'ultimo, anche qualora rivesta il ruolo di imprenditore puro, dovrà in ogni modo operare nel rispetto dei limiti giuridici e fattuali propri di un ente pubblico. Tale circostanza rende più difficoltosa e macchinosa la gestione dell'impresa medesima<sup>203</sup>.

Non solo. Nel sistema di partecipazioni pubbliche venutosi a creare nel corso del secolo scorso, l'influenza pubblica e i relativi strumenti di interferenza sulla gestione delle società in mano pubblica (ivi compresa la copertura dei debiti) non faceva distinzione in relazione all'oggetto dell'attività espletata dalla società medesima. In tal modo, anche società svolgenti attività interamente svincolate da qualsivoglia interesse pubblico generale, subivano le interferenze del potere pubblico e contribuivano a distorcere il mercato concorrenziale in cui operavano, a tutto detrimento, non solo dell'efficienza delle società medesime, ma anche degli altri soggetti privati operanti nel medesimo mercato.

Accanto a tale efficientamento delle società imprenditoriali derivato dal passaggio alla proprietà (ed alla conseguente gestione) privata, quindi, si assiste ad un miglioramento anche dello stesso mercato in cui le società privatizzate operavano a tutto beneficio dell'imprenditoria privata.

***b) Società aventi ad oggetto l'espletamento di servizi pubblici o di attività ad interesse pubblico***

Diverso discorso, invece, riguarda la privatizzazione delle società che svolgevano servizi pubblici o di interesse pubblico.

---

<sup>203</sup> In proposito, si noti che successivamente, con l'art. 3 della legge 244/2007, il legislatore ha vietato l'istituzione e l'utilizzo da parte dei soggetti pubblici di società di diritto comune per l'espletamento di attività che siano prive di qualsivoglia interesse pubblico. Sul tema si tornerà più oltre.

In tale caso, infatti, le privatizzazioni sostanziali non diedero i risultati sperati e portarono, pertanto, nel primo decennio di questo secolo, ad una lenta e graduale inversione di tendenza, mediante il riavvicinamento alla gestione pubblica di tali attività.

Tale tendenza fu ulteriormente incentivata dall'arrivo in Italia della grande crisi economica degli ultimi anni, la quale, determinando numerosi fallimenti delle imprese operanti in taluni settori, ha richiesto – così come era successo negli anni '20 del secolo scorso – l'intervento massiccio dei soggetti pubblici in quei settori ritenuti fondamentali e strategici, in quanto relativi ad attività connotate dal perseguimento di interessi pubblici<sup>204</sup>.

Le cause del parziale “fallimento” delle privatizzazioni sostanziali sono molteplici, ma si possono tendenzialmente raggruppare in tre differenti macro filoni di cui si va a parlare nel proseguo.

#### ***(i) dal monopolio pubblico al monopolio privato***

Innanzitutto occorre osservare come la maggior parte delle società pubbliche che gestivano servizi pubblici o attività di preminente interesse pubblico, operavano in condizione di monopolio legale, onde consentire al potere pubblico il controllo in esclusiva dell'attività da queste svolta.

La trasformazione delle società pubbliche in società per azioni e, soprattutto, la loro cessione a soggetti privati fece, quindi nascere il problema della conservazione del monopolio in determinate attività<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> Tale fenomeno di “salvataggio” delle imprese in crisi non è caratteristico solamente del nostro Paese, ma si è ravvisato, forse anche in misura maggiore a fronte di una più elevata disponibilità economica statale, in altri Paesi europei e non.

<sup>205</sup> In proposito vale la pena segnalare che, secondo alcuni Autori (BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., 23), la problematica emerse già in sede di mera trasformazione dell'ente pubblico economico gestore in monopolio del servizio pubblico in società per azioni, mentre secondo altri Autori (PIRAS, *Commento alla L. n. 359 dell'8 agosto 1992*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994) la sola privatizzazione formale del soggetto gestore non poteva consi-

Ed infatti, come noto, l'art. 43 della costituzione consente la previsione ed il mantenimento di monopoli legali solamente qualora gli stessi siano volti alla gestione di servizi di interesse generale e, soprattutto, siano gestiti da soggetti pubblici (Stato, enti pubblici o comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese)<sup>206</sup>, escludendone la legittimità in capo a soggetti privati.

Conseguentemente, la dismissione della qualifica di società pubbliche comportava l'immediata illegittimità del mantenimento del monopolio legale in capo a tali società.

Per ovviare a siffatta problematica, il legislatore prevede che l'ente pubblico azionista potesse mantenere la situazione di monopolio legale attraverso la stipula di apposita concessione/convenzione con la società derivante dalla privatizzazione<sup>207</sup>, avente ad oggetto l'espletamento, in via esclusiva, del servizio pubblico o dell'attività di preminente interesse pubblico<sup>208</sup>.

Il mantenimento del monopolio legale da parte delle società risultanti dalla privatizzazione delle società e degli enti pubblici, però, si poneva in evidente contrasto

---

derarsi idonea e sufficiente a far perdere a detto soggetto la qualifica pubblica necessaria per essere titolare, ai sensi dell'art. 43 della Cost., di un monopolio legale, ma tale problematica sarebbe emersa solamente nel momento in cui il soggetto di cui trattasi fosse diventato sostanzialmente pubblico, ovvero solo in seguito ad una sua privatizzazione sostanziale.

<sup>206</sup> L'art. 43 della costituzione testualmente recita che: *"a fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale"*.

<sup>207</sup> L'art. 14 del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, prevedeva, infatti, che *"con riferimento agli enti di cui al presente capo ed alle società da essi controllate, tutte le attività, nonché i diritti minerari, attribuiti o riservati per legge o con atti amministrativi ad amministrazioni diverse da quelle istituzionalmente competenti, ad enti pubblici, ovvero a società a partecipazione statale, restano attribuiti a titolo di concessione ai medesimi soggetti che ne sono attualmente titolari"*.

<sup>208</sup> Sull'argomento si veda SCHLESINGER, *Procedure di trasferimento del controllo di s.p.a. in mano pubblica e contenuti del contratto di cessione*, in Problemi giuridici delle privatizzazioni, Milano, 1994 e GATTI, *Privatizzazione dell'ENEL e riforma del sistema elettrico. Alcune considerazioni preliminari*, relazione al Convegno del 28 giugno 1994 dell'Associazione Italiana Economisti dell'energia.

con le ragioni fondanti del processo di privatizzazione stesso, non essendo idoneo a garantire una maggiore efficienza ed economicità della gestione, a causa del mancato assoggettamento alla concorrenza.

Non solo. La sostituzione di un monopolio pubblico con un monopolio privato poteva potenzialmente comportare addirittura un peggioramento della situazione preesistente, quantomeno con riferimento alla tipologia di beni e servizi offerti all'utenza.

Ed infatti, se con un monopolio pubblicistico, in funzione delle caratteristiche proprie del soggetto gestore, veniva sempre conseguito o quantomeno ricercato l'interesse generale, anche a detrimento di una positiva gestione economica della società medesima, con un monopolio privatistico l'interesse della collettività veniva posto, inevitabilmente, in secondo piano rispetto al perseguimento del fine di lucro del soggetto privato socio. In tal modo, pertanto, ci si trovava di fronte ad un costante peggioramento sia qualitativo che economico dei servizi e dei beni offerti dal privato agli utenti.

Conseguentemente, al fine di consentire una effettiva funzionalità e convenienza al processo di privatizzazione sostanziale, la stessa doveva essere accompagnata, se non addirittura preceduta, da forme di liberalizzazione del settore in cui la società operava, volte, appunto, ad eliminare le barriere ed i limiti legali alla concorrenza ed a ristabilire oltre all'efficienza di gestione anche un determinato standard minimo dei servizi sia a livello quantitativo che a livello qualitativo<sup>209</sup>.

Ebbene, vi è però da segnalare come la liberalizzazione di un settore di attività è sufficiente ad eliminare una situazione monopolistica solamente qualora la stessa

---

<sup>209</sup> In tal senso si veda, BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., 24; ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Le privatizzazioni in Italia: Saggi, leggi e documenti*, MARCHETTI (a cura di), Milano, 1995; MAZZONI, *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *riv. soc.*, 1996, 34.

dipenda dalla previsione di un monopolio legale e non già quando il monopolio sia anche monopolio di fatto o naturale.

Nel primo caso, infatti, al di là del concreto ed immediato ingresso di un ulteriore soggetto privato nel settore di attività, la sola potenziale minaccia di tal fatta, può ritenersi sufficiente a stimolare il soggetto privatizzato a condurre una gestione attenta al mantenimento di condizioni competitive.

Nel caso in cui, invece, il monopolio dipende anche da condizioni naturali, la sola liberalizzazione del mercato non può essere considerata sufficiente, dovendo il legislatore intervenire in maniera più pregnante attraverso una riregolamentazione del settore onde consentire l'eliminazione degli ostacoli di fatto impeditivi della concorrenza<sup>210</sup>.

Da quanto detto, quindi, ne consegue che la privatizzazione sostanziale in quanto tale, ove effettuata nei confronti di società pubbliche espletanti servizi pubblici o di interesse generale, non poteva ritenersi sufficiente al raggiungimento dei fini per cui era stata posta in essere.

Pertanto, non essendo stati posti in essere (quantomeno in un primo momento) interventi di liberalizzazione e di riregolamentazione in tutti i settori interessati nella privatizzazione, almeno inizialmente, la privatizzazione sostanziale di dette particolari tipologie di società si dimostrò un parziale se non totale fallimento.

### ***(ii) gli strumenti di tutela dell'interesse pubblico***

Al parziale fallimento delle privatizzazioni sostanziali contribuì anche l'introduzione da parte del legislatore *in primis* e degli enti pubblici originaria-

---

<sup>210</sup> Si pensi ad esempio alle disposizioni normative proliferate tra la fine del secolo scorso e l'inizio dell'attuale secolo, volte alla separazione, nell'ambito dei servizi pubblici (telefonia, energia elettrica, gas, trasporto), la gestione del servizio dalla proprietà della rete. In tal modo, l'accesso alla rete poteva potenzialmente essere aperto a chiunque fosse interessato ad offrire il medesimo servizio in regime di concorrenza con l'impresa ex pubblica già presente ed operativa. Per una ricostruzione in tal senso, si veda, BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit.

mente titolari delle attività oggetto di privatizzazione *in secundis*, di strumenti volti a tutelare il rispetto, da parte del neonato soggetto di diritto privato, degli interessi collettivi all'efficienza ed alla qualità dei servizi offerti.

Ed infatti, come visto per il caso estremo dei monopoli privatistici, anche nel caso di esistenza di reale o potenziale concorrenza nel settore, la gestione privatistica di una determinata attività è, inevitabilmente, spinta dal perseguimento di un fine di lucro da parte del soggetto privato medesimo, a detrimento della qualità ed efficienza del servizio nei confronti dell'utente.

E' evidente che, in taluni casi, nemmeno la concorrenza reale sia sufficiente a garantire il medesimo livello di qualità, continuità ed economicità offerto dall'ente pubblico, il quale svolge la propria attività, per sua stessa natura, con l'unico fine del perseguimento dell'interesse pubblico.

Orbene, per ovviare ad eventuali deterioramenti nella qualità dei servizi offerti, come detto, legislatore ed enti pubblici hanno previsto ed imposto alle società derivanti dalla privatizzazione una serie di interventi correttivi alla totale libertà di mercato.

Tra questi si possono ricordare (sebbene saranno oggetto di più approfondito studio nel corso dei prossimi capitoli) la previsione di poteri speciali in capo all'ente pubblico anche se non più socio di maggioranza della società (nuclei stabili, tetti di possesso, c.d. *golden share*<sup>211</sup>) regolati *ex lege*, mediante inserimento all'interno delle regole statutarie della società oppure tramite la stipulazione di appositi patti parasociali<sup>212</sup>; la predisposizione e sottoscrizione di apposita con-

---

<sup>211</sup> GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 248.

<sup>212</sup> Una completa disanima dei differenti poteri speciali utilizzati dall'ente pubblico per operare il controllo sulle società privatizzate sarà oggetto dei prossimi capitoli. In questa sede, si può comunque, accennare ad alcune tipologie di poteri speciali attribuiti tramite *golden share*. Si fa riferimento, ad es., alla possibilità di influenzare l'operatività del *management*, all'opposizione all'assunzione di azioni con diritto di voto che rappresentano partecipazioni elevate da parte di altri azionisti, alla possibilità di limitare il potere degli altri azionisti, attraverso l'opposizione alla conclusione tra gli azionisti privati di accordi, patti, o veti aventi ad oggetto la votazione negli organi

venzione vincolante per la società derivante dalla privatizzazione, contenente i livelli minimi da garantire nell'espletamento dell'attività stessa (le carte dei servizi); l'istituzione delle autorità di regolazione con poteri di indirizzo e di controllo nei confronti delle società operanti nel proprio settore di competenza, aventi un elevato grado di specializzazione tecnica e un limitato profilo di politicità<sup>213</sup>.

Tutti tali interventi correttivi hanno contribuito ad un progressivo allontanamento dello Stato dalla funzione di imprenditore, avvicinandolo, invece, ad una funzione di Stato regolatore, attraverso la quale lo stesso pone la sua attività a servizio del mercato e del suo corretto funzionamento<sup>214</sup>, pur senza occuparsi della gestione delle relative attività in prima persona.

E' evidente che le limitazioni alla libera gestione privatistica derivanti dalle forme di compensazione sopra accennate, non hanno consentito l'attuazione completa della privatizzazione sostanziale e l'allontanamento della gestione delle società in parola dal potere pubblico<sup>215</sup>.

Ed infatti, è di palese evidenza come il mantenimento di prerogative speciali in capo a soggetti che rivestono all'interno della società qualità di socio di minoranza, se non addirittura in capo a soggetti che non detengono alcuna partecipazione nelle società stesse, contrasta inevitabilmente con l'obiettivo di rendere dette società, grazie alla privatizzazione, maggiormente efficienti<sup>216</sup>.

---

sociali, nomina di amministratori senza diritto di voto, ecc. tutte potestà spesso esercitabili anche in caso di totale assenza di qualsivoglia partecipazione pubblica al capitale sociale.

<sup>213</sup> STELLA RICHTER, *L'interesse pubblico nelle privatizzazioni*, in giust. civ. 2001.

<sup>214</sup> In tal senso si veda, ad esempio, D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.

<sup>215</sup> Tale situazione di "invasione" nella gestione delle società private da parte del soggetto pubblico, come si dirà oltre, è stata fatta oggetto di numerose pronunce e disposizioni normative da parte dell'Unione Europea, in un'ottica di tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra le imprese operanti sul mercato.

<sup>216</sup> In tal senso, si veda, l'audizione in Parlamento tenutasi nel maggio 2004 da parte del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prof. Tesauro, con cui quest'ultimo evidenziava che: "*le privatizzazioni possono incrementare l'efficienza delle imprese nella misura in cui la loro esposizione al rischio di scalata permette alle forze di mercato di esercitare un controllo*

### ***(iii) il fallimento del modello delle public companies***

Ulteriore aspetto a cui vale la pena accennare, seppur brevemente, in questa sede riguarda la realizzazione delle c.d. *public companies*.

Con le privatizzazioni sostanziali, si sono perseguite e poste in atto due differenti tipologie di società<sup>217</sup> le società che, ad esito di apposita trattativa privata condotta discrezionalmente dall'azionista pubblico alienante, sono passate sotto il controllo proprietario (venne trasferito oltre il 50% delle azioni a soggetti privati) di un unico soggetto privato ovvero di una cordata limitata e selezionata di soggetti privati (in questa tipologia rientrano, ad es. la SEAT, il Banco di Napoli, il Lloyd Triestino...) e le società che, invece, a seguito dell'espletamento di una procedura di offerta pubblica di vendita, sono state acquisite da un numero rilevante e mutevole di investitori privati, sul modello delle *public companies* inglesi (in questa tipologia, gli esempi più importanti sono l'ENI e l'ENEL).

La prima tipologia sopra menzionata, caratterizzata dalla stabilità della *governance* in capo ad uno o pochi soggetti privati attentamente selezionati, è la fattispecie che più è stata in grado di perseguire gli obiettivi di efficienza e competitività perseguiti dalla privatizzazione, favorendo l'inserimento delle società *ex* pubbliche nel mercato concorrenziale privato.

Viceversa il modello delle *public companies*, ha evidenziato numerose problematiche discendenti dalla circostanza per cui la diffusione dell'azionariato tra molti

---

*sulla performance dell'impresa e sull'operato del management. Talvolta, quando vengono lasciati ingiustificati poteri all'azionista di minoranza pubblico, i meccanismi di mercato non sono in grado di operare pienamente. E' questo, ad esempio, il caso dei cosiddetti poteri speciali [...]".*

<sup>217</sup> Per alcuni Autori (BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit.) le tipologie possono essere riconducibili a tre, ovvero, il modello del controllo solitario di diritto, il modello delle *public companies* ed il modello misto, derivante da un processo di vendita delle azioni connotato dall'utilizzo sia dell'offerta pubblica di vendita che della trattativa diretta. Tale ultimo modello si sostanzia nella presenza di una parte di azionariato diffuso (derivante appunto dall'esple-

soggetti, non ha permesso il passaggio del controllo effettivo della società in mano privata. Ed infatti, il socio pubblico, pur mantenendo una quota complessiva inferiore al 50% della società medesima, spesso e volentieri rimaneva, in ogni modo il socio con la partecipazione maggiore rispetto agli altri soci (in un primo momento la partecipazione del Ministero del Tesoro in ENI fu del 36% e in ENEL addirittura del 70%).

In tal modo, la gestione della società rimaneva sostanzialmente in mano pubblica, ciò comportando il mantenimento dell'inefficacia e non competitività sussistente anche precedentemente all'avvio del processo di privatizzazione.

E tale situazione era destinata ad un sempre maggior aggravio, fintanto che il Tesoro avesse mantenuto il potere speciale di scegliere l'ingresso di possibili nuovi soci, nonché di porre il veto ad eventuali accordi e patti parasociali<sup>218</sup> volti a riunire le forze private onde contrastare il potere pubblico nella società.

Il mantenimento di una struttura societaria siffatta, al pari del consolidarsi dei poteri speciali in capo ai soggetti pubblici anche non azionisti delle società, evidentemente, rese difficile, se non impossibile, il superamento delle problematiche sottese alla gestione pubblica dell'economia, non consentendo l'inserimento di tali nuove società nel mercato libero e concorrenziale al pari di tutti gli altri soggetti interamente privati.

Come si vedrà oltre, quindi, sia il legislatore comunitario che il legislatore nazionale, tentarono di incentivare attraverso una pregnante sottoposizione di tali società privatizzate a vincoli e normative tipicamente pubblicistiche.

---

tamento della procedura di offerta pubblica) e di una parte di azionariato industriale selezionato attraverso la procedura della trattativa riservata.

<sup>218</sup> Si fa, ad es., riferimento alla possibilità che gli azionisti privati potessero stipulare una sorta di sindacato di voto volto a votare, all'interno delle organizzazioni societarie (assemblea e consiglio) in maniera compatta e secondo decisione assunte dai soci facenti parte del sindacato all'esterno della società medesima.

#### ***4. L'influenza della disciplina comunitaria***

Nel contesto finora descritto, in cui si è venuto a trovare, agli inizi del secolo XXI, il sistema della gestione pubblica dell'economia, un apporto rilevante è dato dall'ordinamento comunitario, il cui intervento nei confronti delle discipline interne è sempre più diffuso e pregnante.

Uno degli obiettivi primari dell'Unione europea è quello di assicurare e garantire la permanenza, all'interno dell'Europa, di un mercato concorrenziale libero ed aperto, depurato di qualsivoglia forma di agevolazione statale e di conseguente distorsione della concorrenza medesima.

Ciò che il legislatore comunitario intende evitare è, non tanto la partecipazione, in quanto tale, dei pubblici poteri all'attività economica di un'impresa<sup>219</sup>, bensì la previsione ed esistenza dei c.d. aiuti di stato nei confronti di società soggette alla propria influenza diretta o indiretta, tali da falsare le regole della concorrenza e del mercato<sup>220</sup>.

Non solo. L'ordinamento comunitario si è posto l'ulteriore obiettivo di garantire la *par condicio*, tra le imprese operanti all'interno del proprio territorio, evitando forme di elusione della normativa in materia di affidamento di appalti pubblici.

Ed infatti, l'elevato tasso di politicità esistente nelle strutture pubbliche, la possibilità di condizionamenti esterni e l'assenza di un rischio economico paragonabile a quello assunto dagli imprenditori privati, rendono del tutto improbabile che le

---

<sup>219</sup> La scelta delle modalità organizzative interne ad ogni Stato, infatti, rientra nella c.d. libertà di autoproduzione e rimane, pertanto, nella libera disponibilità dell'apparato istituzionale statale, senza che né il legislatore né la giurisprudenza comunitaria possano interferire in tali determinazioni. In tal senso, si veda, Consiglio di Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 447, in riv. trim. appalti, 1999.

<sup>220</sup> Sugli aiuti di stato, si veda, PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000.

imprese pubbliche rispettino, naturalmente, la logica imprenditoriale e le relative prescrizioni del mercato, tra cui, in maniera particolare, quella che porta il soggetto imprenditore a scegliere sempre e comunque il contraente più conveniente. E tale rischio non è limitato alle sole amministrazioni pubbliche in senso stretto, bensì a tutti quei soggetti, anche formalmente privati, che, in funzione di particolari condizioni di fatto (assoggettamento a poteri speciali, a regolamentazione, ecc.), si trovano ad operare secondo le medesime logiche<sup>221</sup>.

A tal fine, quindi, il legislatore comunitario ha ritenuto necessario elaborare nuove categorie giuridiche generali - ed applicabili a tutti gli ordinamenti statali interni -, volte, da un lato, ad espandere la categoria di soggetti assimilabili a soggetti pubblici e, quindi, destinati all'applicazione delle relative disposizioni, soprattutto in materia di affidamento degli appalti pubblici (imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico), e, dall'altro lato, ad identificare alcune tipologie di soggetti per i quali sussiste un rapporto con il soggetto pubblico da cui dipendono, talmente forte da far sì che, nella sostanza, i due soggetti non possano realmente essere distinti (*società in house*).

#### ***4.1. L'estensione della nozione di amministrazione pubblica: l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico.***

Con riferimento alla prima categoria di soggetti sopra menzionata, il legislatore comunitario ha introdotto la fattispecie di "*impresa pubblica*", la quale, come accennato in apertura al primo capitolo del presente lavoro, è sostanzialmente e radicalmente differente dalla nozione utilizzata ed elaborata da dottrina e giurisprudenza interna nel corso del secolo XX, nonché la parallela fattispecie del c.d. "*organismo di diritto pubblico*", il quale rappresenta, invece, un'assoluta novità nel panorama giuridico italiano.

---

<sup>221</sup> Così CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 98.

Tali fattispecie sono state create, come detto, con il precipuo fine di assoggettare ai vincoli in materia di appalti pubblici (ma anche alla normativa in materia di aiuti di stato) anche soggetti che formalmente risiedono al di fuori della struttura amministrativa pubblica (sono, infatti, generalmente costituiti come società per azioni), ma che, nella sostanza, operano esattamente come soggetti pubblici<sup>222</sup>.

Le nozioni di che trattasi sono state elaborate all'interno delle c.d. direttive appalti, con cui il legislatore comunitario ha disciplinato in maniera unitaria le procedure volte ad assicurare che la stipulazione dei contratti di appalto da parte di poteri pubblici sia preceduta da una selezione del soggetto affidatario che garantisca quanto più possibile la *par condicio* tra le imprese comunitarie. Ciò al fine di evitare che contratti di siffatta rilevanza sia economica che di prestigio siano affidati a soggetti scelti secondo logiche discrezionali e di favore da parte delle amministrazioni pubbliche.

Orbene, in tale contesto, il legislatore ha inteso estendere la nozione di pubbliche amministrazioni, in quanto assoggettate a dette procedure<sup>223</sup>, a tutti quei soggetti che, seppur formalmente privati, nella sostanza gestiscono fondi pubblici ed agiscono in posizioni preminenti al pari di qualsivoglia ente pubblico<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Sull'argomento di tornerà diffusamente nell'ultimo capitolo del presente lavoro, dove si analizzeranno tutti gli interventi normativi e giurisprudenziali sia comunitari che interni in tal senso.

<sup>223</sup> Va ricordato in proposito come il Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, con riferimento alla società Poste Italiane S.p.A., abbia ritenuto che la qualificazione di organismo di diritto pubblico non abbia ripercussioni solamente a livello di applicabilità della disciplina in materia di appalti, ma anche a livello di qualificazione nazionale della fattispecie dell'ente pubblico, che verrebbe in tal modo estesa anche a detto soggetto. Si veda, criticamente CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 100.

<sup>224</sup> L'art. 1, comma 9, della direttiva 18/2004, dispone, infatti, che "*si considerano "amministrazioni aggiudicatrici": lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico*". Dello stesso tenore, seppur parzialmente diverso, l'art. 3, comma 25 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), secondo cui, "*le «amministrazioni aggiudicatrici» sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti*". Per completezza, si segnala che la presente definizione è stata mante-

#### **4.1.1. L'impresa pubblica**

La prima categoria che emerge dalle disposizioni comunitarie è quella dell'impresa pubblica<sup>225</sup>.

La definizione di detta fattispecie, già presente nella direttiva 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993<sup>226</sup>, ha assunto particolare rilevanza con l'emanazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (c.d. settori speciali).

Ai sensi dell'art. 2 di tale direttiva, le disposizioni ivi previste si applicano ai c.d. enti aggiudicatori, tra i quali sono ricompresi, oltre a tutte le amministrazioni aggiudicatrici, anche le imprese pubbliche, qualificate come quelle "*imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione*".

---

nuta anche nella nuova direttiva 24/2014 a mente della quale sono amministrazioni aggiudicatrici "lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali autorità o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico" (art. 1, comma 1, n. 1).

<sup>225</sup> Per una completa disanima in tema di impresa pubblica nel diritto comunitario, si veda, *ex multis*, PERICU-CAFAGNO, *Impresa pubblica*, cit.; CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, SANDULLI (a cura di), serv. pubbl. app., Quaderni, Milano, 2004; CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, cit.; FERRARI, *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, in *Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, cit.

<sup>226</sup> Una prima definizione di impresa pubblica a livello comunitario, in realtà si trova anche nella direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stati membri e imprese pubbliche, successivamente modificata con direttiva 85/413/CEE della Commissione del 24 luglio 1985.

Nella stessa norma viene, inoltre evidenziato che *“l’influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all’impresa: - detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall’impresa, oppure - controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall’impresa, oppure - hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell’impresa”*<sup>227</sup>.

Appare evidente da tale definizione che ciò che rileva per il legislatore comunitario al fine di assoggettare la disciplina di che trattasi (procedure di selezione del soggetto appaltatore nei settori c.d. speciali) è il rapporto intercorrente tra il soggetto da qualificare e l’ente pubblico.

La circostanza per cui si tratti di soggetti formalmente (forma di società di capitali) e anche sostanzialmente (possesso anche integrale delle azioni da parte di soggetti privati) privati, non è, in tale ottica, sufficiente a escludere tali soggetti dall’applicazione delle disposizioni a tutela della concorrenza.

---

<sup>227</sup> Parallelamente l’art. 3, comma 28, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, definisce imprese pubbliche quelle imprese *“su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L’influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all’impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall’impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell’impresa”*. Medesima definizione si trova oggi nella direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, al cui art. 4, comma 2, dispone che *“per «impresa pubblica» si intende un’impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione.*

*Un’influenza dominante da parte delle amministrazioni aggiudicatrici si presume in tutti i casi in cui queste autorità, direttamente o indirettamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dell’impresa; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall’impresa; c) possono designare più della metà dei membri dell’organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell’impresa”*.

E ciò in considerazione del fatto che, qualora siano previste forme di controllo o di direzione da parte dell'ente pubblico, il soggetto, nella prospettiva comunitaria, da una parte, si allocherebbe in una posizione differente e privilegiata rispetto ai soggetti che siano interamente governati da soggetti privati, esponendoli a forme, anche indirette, dei tanto osteggiati aiuti di Stato, dall'altra, opererebbe con logiche del tutto estranee alle logiche imprenditoriali, non garantendo la *par condicio* tra i soggetti possibili contraenti<sup>228</sup>.

Conseguentemente, il legislatore ha ritenuto necessario che, in presenza di tali particolari situazioni di fatto, fosse necessario imporre l'applicazione di regole e procedure volte a riequilibrare la posizione del soggetto rispetto agli altri soggetti operanti sul mercato<sup>229</sup>.

Alcuni esempi di imprese pubbliche in Italia, ai sensi della citata normativa comunitaria, sono, ad es., Grandi Stazioni S.p.A.<sup>230</sup>, la Fiera di Milano<sup>231</sup>, la Rai S.p.A.<sup>232</sup>.

#### ***4.1.2. L'organismo di diritto pubblico***

Come detto, la seconda categoria che viene in rilievo nel diritto comunitario per delimitare l'ambito di applicazione della disciplina in materia di appalti pubblici,

---

<sup>228</sup> Per una più completa ed approfondita disamina relativamente alla natura e portata del controllo pubblico caratterizzante la fattispecie in parola, si veda l'ultimo capitolo del presente lavoro.

<sup>229</sup> Si pensi che la "paura" del legislatore comunitario che sia distorto il meccanismo concorrenziale del mercato, ha portato ad imporre l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici nei settori speciali anche a soggetti totalmente privati e privi di qualsivoglia relazione con i poteri pubblici, per il solo fatto che parte delle loro attività ricomprende l'esercizio di attività di interesse pubblico, svolte in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro.

<sup>230</sup> Riconosciuta come tale con sentenza del Consiglio Di Stato, Adunanza Plenaria, 23 luglio 2004, n. 9.

<sup>231</sup> Corte di Giustizia 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, in riv. dir. pubbl. com. 2001.

<sup>232</sup> Tar Lazio, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5460, in giorn. dir. amm. 2004, 112.

è quella, non conosciuta precedentemente nel diritto interno, dell'organismo di diritto pubblico<sup>233</sup>.

La stessa è stata introdotta dalla direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004<sup>234</sup>, avente ad oggetto il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (c.d. settori ordinari)<sup>235</sup>, con la quale è stato disposto che si intende organismo di diritto pubblico, "*qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) 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*"<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> Per una completa disanima in materia di organismo di diritto pubblico, si veda VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008; CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in riv. it. dir. pubbl. comun., 1998; GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto secondo: le attese deluse*, in riv. it. dir. pubbl. comun., 1999; GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in Foro it., 1998; CARINGELLA, *Gli organismi di diritto pubblico*, in DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Milano, 2007.

<sup>234</sup> In realtà una figura del tutto simile era già presente nella precedente direttiva comunitaria 38/1993, dove, tuttavia, la stessa veniva identificata non già come organismo di diritto pubblico, bensì come ente di diritto pubblico. Come riporta GRECO, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 35 ss., tale precedente definizione, ove mantenuta, avrebbe potuto desumersi una sostanziale equivalenza tra la figura in parola derivante dall'ordinamento comunitario e la figura di diritto interno dell'ente pubblico non economico. Se tale equivalenza fosse stata confermata a livello giurisprudenziale e normativo comunitario, ciò avrebbe risolto numerosi problemi di qualificazione affrontati successivamente proprio in relazione all'effettiva identificazione degli organismi di diritto pubblico. L'argomento verrà ripreso poco oltre.

<sup>235</sup> Oggi la citata direttiva è stata abrogata dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, entrata in vigore il 18 aprile 2014, la quale, tuttavia, non è ancora stata recepita in Italia. Il recepimento dovrà avvenire entro il 18 aprile 2016.

<sup>236</sup> Art. 1 comma 9 della direttiva 18/2004, recepito dal comma 26 dell'art. 3 del d.lgs. 163/2006 che qualifica l'organismo di diritto pubblico come "*qualsiasi organismo, anche in forma societa-*

Appare da subito evidente come anche per tale figura comunitaria, così come previsto per le imprese pubbliche, uno degli elementi fondamentali sia quello dell'influenza pubblica e del rapporto di direzione e vigilanza che il potere pubblico esercita sullo stesso.

Anche in questo caso, quindi, il soggetto, per rientrare all'interno dell'ambito di applicazione della normativa sugli appalti, deve essere connotato da una pubblicità di fatto, a prescindere dalla forma che assume.

Ciò che connota tale figura rispetto alla figura parallela dell'impresa pubblica è, pertanto, la tipologia di attività svolta. Mentre alla seconda fattispecie (che si può ritenere comprendente tutte quelle figure storicamente qualificate come imprese pubbliche dalla dottrina interna italiana, ovvero aziende autonome, enti pubblici economici e società a partecipazione pubblica) appartengono tutti quei soggetti che svolgono attività prettamente economiche imprenditoriali, alla prima figura vanno fatti risalire solamente quei soggetti che svolgono attività *“di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”*.

---

*ria: - 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" ed oggi sostituito dall'art. 1, comma 1, n. 4) della direttiva 24/2014, che dispone che sono organismi di diritto pubblico "gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) sono dotati di personalità giuridica; e c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico".*

La definizione così posta ha comportato non poche discussioni sia a livello dottrinale che a livello giurisprudenziale interno e comunitario, in merito all'effettiva delimitazione della fattispecie di che trattasi<sup>237</sup>.

Ad una prima lettura – e come si sarebbero augurati, come accennato, anche alcuni Autori<sup>238</sup> - la figura posta dal diritto comunitario sarebbe potuta essere ricondotta alla figura interna di ente pubblico non economico (autarchico o amministrativo), il quale, per sua natura, è sottoposto alla direzione pubblica e svolge attività non imprenditoriali, ma di interesse pubblico.

Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria, con numerosi arresti succedutesi nel tempo<sup>239</sup>, ha chiarito che la figura dell'organismo di diritto pubblico non si limita a comprendere soggetti formalmente pubblici, ma può ricomprendere anche soggetti formalmente privati, che possiedano le caratteristiche appena menzionate.

Tale chiarimento, recepito dal legislatore italiano che ha specificato, nella formulazione della nozione interna di organismo di diritto pubblico, che rientra in quest'ultima categoria qualsiasi organismo, anche in forma societaria, ha portato numerosi problemi al fine della determinazione di criteri generali<sup>240</sup> per ricomprendere i soggetti nell'una (impresa pubblica) o nell'altra (organismo di diritto

---

<sup>237</sup> Per una più completa ed approfondita disamina relativamente a tale dibattito, si veda l'ultimo capitolo del presente lavoro.

<sup>238</sup> Si veda nota 64.

<sup>239</sup> Corte di Giustizia 27 febbraio 2003, causa C-373/00; Corte di giustizia 15 maggio 2003, causa C-214/00.

<sup>240</sup> Da ultimo, in argomento, vale la pena ricordare Corte di Giustizia 22 maggio 2003, causa 18/01 (con nota di PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*), in Foro amm. (Consiglio di Stato), 2003, con cui è stato chiarito che un'impresa è riconducibile alla nozione di organismo di diritto pubblico se possiede le seguenti caratteristiche: - assenza di scopo di lucro, - mancata assunzione di rischio imprenditoriale, - sia assoggettata a finanziamento pubblico; Corte di Giustizia 10 aprile 2008, causa C-393/06, che ha specificato che i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale sono quei bisogni che vengono soddisfatti in modo diverso rispetto all'offerta di beni e servizi sul mercato e che rivestono un interesse pubblico tale da far ritenere necessario all'ente pubblico, il mantenimento di forme pregnanti di influenza e controllo. Similmente Corte di Cassazione 7 aprile 2010, n. 8225, ha identificato il carattere non industriale o commerciale nell'assenza di concorrenza nel mercato, della mancanza del perseguimento di un fine di lucro e dell'assenza di assunzione di rischi derivanti dall'attività svolta.

pubblico) categoria, costringendo il più delle volte il giudice comunitario, o interno, a valutare la fattispecie caso per caso.

A prescindere dalla concreta qualificazione della figura in parola, quello che in questa sede rileva è la circostanza per cui, sia con la formulazione della nozione di impresa pubblica che con quella di organismo di diritto pubblico, il legislatore comunitario ha inteso estendere, quanto più possibile, l'applicazione della disciplina in materia di concorrenza e di appalti pubblici, ritenendo che tali disposizioni siano di siffatta rilevanza per l'equilibrio economico del mercato interno, da non poter essere eluse mediante la mera forma giuridica attribuita ad un soggetto. Ciò che interessa al legislatore sovranazionale, in buona sostanza, è la concreta posizione del soggetto rispetto all'ente pubblico e l'attività (di interesse generale o meno) da questa svolta.

Alcuni esempi di società per azioni qualificate come organismi di diritto pubblico in Italia, ai sensi della citata normativa comunitaria, sono, ad es., Ferrovie dello Stato S.p.A., Enel.it S.p.A.<sup>241</sup>, Autovie Venete S.p.A.<sup>242</sup>, Poste Italiane S.p.A.<sup>243</sup>, Italferr S.p.A.<sup>244</sup>, Interporto di Padova S.p.A.<sup>245</sup>, Cassa depositi e prestiti S.p.A.<sup>246</sup>.

#### **4.2. La società in house**

In questa sede merita un rapido accenno<sup>247</sup> anche l'intervento della giurisprudenza comunitaria<sup>248</sup> volto a "limitare" l'applicazione della disciplina in materia di affi-

---

<sup>241</sup> Tar Lazio, sez. III, 12 febbraio 2002, n. 917, in giust. it., 2002.

<sup>242</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2001, n. 3090, in Urb. e app., 2001.

<sup>243</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in giorn. dir. amm. 2001.

<sup>244</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 24 settembre 2001, n. 5007, in Urb. e app., 2002.

<sup>245</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748, in foro amm (Consiglio di Stato), 2003.

<sup>246</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 550, in giorn. dir. amm., 2008.

<sup>247</sup> Si ritornerà sul tema, anche se sotto un diverso profilo, nel corso dell'ultimo capitolo.

<sup>248</sup> Corte di Giustizia 18 novembre 1999, causa C-107/98 (Teckal srl vs Comune di Viano); Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, causa C-26/03 (Stadt Halle); Corte di Giustizia 21 luglio 2005, causa

damento degli appalti pubblici, riconoscendo la presenza nella prassi di soggetti che, seppur formalmente privati, hanno un rapporto con l'ente pubblico da cui discendono talmente radicato, da far sì che si confondano con l'ente pubblico stesso<sup>249</sup>.

Si sta parlando del fenomeno, molto diffuso, della c.d. società *in house* o dell'*in house providing*.

L'espressione "*in house providing*" è stata utilizzata per la prima volta nel Libro Bianco sugli appalti del 1998 ed identifica quel fenomeno, presente nella prassi, di autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione.

Si ha *in house providing* quando una pubblica amministrazione acquisisce un bene, un servizio o un lavoro direttamente all'interno della propria struttura organizzativa, senza ricorrere a terzi soggetti selezionati sul mercato. Appare del tutto evidente che, in una siffatta ipotesi, non è necessaria l'applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici né il conseguente esperimento di procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del soggetto affidatario.

E ciò in quanto non essendoci una vera e propria distinzione tra soggetto affidatario e soggetto affidante, in realtà non vi sarebbe nemmeno "*quella composizione di interessi che sta alla base del contratto: mancando un vero e proprio contratto*"

---

C-231/03; Corte di Giustizia 13 ottobre 2005, causa C- 458/03 (Parking Brixen); Corte di Giustizia 13 gennaio 2005, causa C-84/03 (Commissione vs. Spagna); Corte di Giustizia 19 aprile 2007, causa C-295/05 (Tragsa); Corte di Giustizia 8 maggio 2014, C- 15/13.

<sup>249</sup> La figura rileva, in realtà, anche dal punto di vista contrario, al pari delle fattispecie dell'impresa pubblica e dell'organismo di diritto pubblico, stante che, ovviamente, a fronte della possibilità di affidare a siffatti soggetti, da parte dell'amministrazione pubblica, contratti diretti, senza previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica, le medesime società sono state equiparate all'amministrazione medesima (proprio in funzione del rapporto con quest'ultima che consente il ricorso all'affidamento diretto in loro favore) in materia di applicabilità della normativa comunitaria. Divengono, pertanto, stazioni appaltanti esse stesse. Sul tema si tornerà più diffusamente nel corso dell'ultimo capitolo del presente lavoro.

[...] *manca anche il presupposto per l'applicazione della disciplina comunitaria degli appalti e si può procedere all'affidamento diretto*<sup>250</sup>.

L'affidamento *in house*, in tal senso, quindi, prima ancora di essere una modalità di affidamento di un'attività da parte del soggetto pubblico – ed, in quanto tale, generatrice di problematiche relative all'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto in suo favore -, è una forma di “*organizzazione amministrativa*”<sup>251</sup>, in quanto, con la scelta di utilizzo di tale fattispecie, l'amministrazione decide la modalità di gestione di una determinata attività, non esternalizzandola, ma procedendo in autoproduzione<sup>252</sup>. In tal caso, l'amministrazione pubblica, attraverso l'emanazione di provvedimento amministrativo discrezionale, costituisce un soggetto *ad hoc*, esterno all'amministrazione, deputato a svolgere attività altrimenti poste in essere dall'amministrazione medesima, il quale, però, risulta solo formalmente e non sostanzialmente distinto dall'amministrazione che l'ha creato.

Orbene, ciò che rileva con riferimento a detta fattispecie è la circostanza per cui la giurisprudenza, pur continuando a sostenere il carattere di assoluta eccezionalità del ricorso a tale figura<sup>253</sup> ed abbracciando una interpretazione il più possibile restrittiva della fattispecie<sup>254</sup>, ha nella sostanza operato una evidente estensione dell'ambito applicativo di tale istituto - e, quindi, della deroga alla disciplina degli appalti – tale da ricomprendervi anche acquisizioni di beni, servizi e lavori effet-

---

<sup>250</sup> GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit. 45 e nello stesso senso anche GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, Relazione al Convegno sul codice dei contratti pubblici del 19 ottobre 2007, Palazzo Spada, per il decennale della rivista Urbanistica e Appalti, ora in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

<sup>251</sup> Espressione, quindi, del principio della libertà di autoorganizzazione delle amministrazioni degli stati membri, considerato principio cardine del diritto comunitario.

<sup>252</sup> VOLPE, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, relazione tenuta al seminario su “La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica” a Cagliari, il 4 luglio 2014, oggi su [giustamm.it](http://giustamm.it).

<sup>253</sup> Consiglio di Stato, ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1.

<sup>254</sup> Corte di Giustizia, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13.

tuate da soggetti che formalmente non risultano far parte dell'apparato organizzativo dell'amministrazione acquirente e che, formalmente, sono soggetti differenti rispetto al soggetto affidante.

Ed infatti, a cominciare dalla sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98 (*Teckal*)<sup>255</sup>, la Corte di Giustizia ha affermato che, eccezionalmente, non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui si presentino tutti quegli elementi tipici dell'*in house providing*, come di seguito indicati (si fa, peraltro, presente, che, anche di recente, è stato ribadito dalla giurisprudenza nazionale<sup>256</sup> che la verifica in merito al sussistere o meno di tali requisiti, deve essere operata in concreto, con specifico riferimento alla singola società in parola).

Innanzitutto, è richiesta la totale partecipazione pubblica, che consente di distinguere la fattispecie di che trattasi dalle diverse figure sopra richiamate (impresa pubblica e organismo di diritto pubblico), le quali sono, generalmente, a capitale misto pubblico-privato e richiedono solamente che la partecipazione pubblica sia di controllo.

Il secondo requisito che emerge dalla giurisprudenza per la configurazione dell'*in house providing* è quello per cui l'amministrazione pubblica deve esercitare “*sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi*”.

Con riferimento a tale secondo requisito la dottrina<sup>257</sup>, la giurisprudenza comunitaria<sup>258</sup> e la giurisprudenza nazionale<sup>259</sup> si sono interrogate moltissime volte nel corso degli anni, giungendo spesso anche a soluzioni radicalmente diverse<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup> In riv. it. dir. pubbl. com., 2000.

<sup>256</sup> Cassazione Civile, sez. un. 26 marzo 2014, n. 7177.

<sup>257</sup> Si veda, in proposito, *ex multis*, CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in GAROFOLI-SANDULLI, (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005; CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit.; ALBERTI, *Appalti in house concessioni in house ed esternalizzazione*, in riv. it. dir. pubbl. comun., 2001; MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in merito al c.d. partenariato pubblico-privato*, in giust. amm., 2006; PERFETTI, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privi-*

Ciò che rileva, in questa sede, evidenziare è come, ad esito di tali discussioni dottrinali e giurisprudenziali, oggi i supremi Giudici sia nazionali che comunitari, hanno assunto un atteggiamento molto restrittivo in merito alla qualificazione di controllo analogo<sup>261</sup> riconoscendone la sussistenza solamente qualora ci si trovi di fronte ad un rapporto tra i due soggetti quasi di subordinazione/gerarchia, tale da configurare una sorta di amministrazione “*indiretta*”, nella quale la gestione del servizio oggetto di affidamento resta nelle mani dell’ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull’attività della società affidataria.

---

*legi extra legem*, in foro amm. (Consiglio di Stato), 2004; i quali hanno elaborato numerosi criteri in base ai quali identificare la sussistenza del controllo analogo (per CASALINI ciò che rileva è la presenza di un controllo strutturale, ovvero nella possibilità di nomina della quota maggioritaria degli organi decisionali della società; per ALBERTI, è necessaria la sussistenza contemporanea di un controllo formale, di un controllo economico e di un controllo amministrativo; MARCHEGIANI ritiene debba sussistere, oltre all’influenza dominante, anche un rapporto non oneroso tra la società controllata e l’ente controllante; PERFETTI ritiene che il rapporto di controllo deve essere tale da configurare un’ipotesi di amministrazione indiretta).

<sup>258</sup> Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, causa C-26/03 (Stadt Halle e RPL Lochau); Corte di Giustizia 21 luglio 2005, causa C-231/03 (Corame); Corte di Giustizia 13 ottobre 2005, causa C-458/03 (Parking Brixen GmbH); Corte di Giustizia 10 novembre 2005, causa C-29/04 (Mödling o Commissione c/ Austria); Corte di Giustizia 6 aprile 2006, causa C-410/04 (ANAV c/ Comune di Bari); Corte di Giustizia 11 maggio 2006, causa C-340/04 (Carbotermo); Corte di Giustizia 18 gennaio 2007, causa C-220/05 (Jean Auroux).

<sup>259</sup> *Ex multis* Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5; Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Consiglio di Stato, V sez., 30 agosto 2006, n. 5072; Tar Lazio 16 ottobre 2007, n. 9988; Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197.

Dubbi e contrasti giurisprudenziali ci sono, invece, sulla possibilità di rinvenire un controllo analogo nel caso in cui il pacchetto azionario sia detenuto indirettamente dall’ente pubblico e qualora il pacchetto azionario della società sia posseduto (anche in misura esigua per ciascuno) da una pluralità di enti pubblici.

Infine, è interessante ricordare che mentre la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto, seppur astrattamente la possibilità di esistenza di un controllo analogo anche nel caso di partecipazione non totalitaria da parte dell’ente pubblico, la giurisprudenza italiana ha ritenuto che il controllo analogo sia possibile solamente nel caso in cui la partecipazione sia totalitaria (Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440). In

<sup>260</sup> La ricostruzione dell’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale relativa all’identificazione del requisito del controllo analogo esula dai fini della presente parte di lavoro e verrà ripresa più avanti.

<sup>261</sup> E ciò anche per contrastare la sempre maggiore diffusione, nella prassi, dello strumento dell’*in house providing*, spesso e volentieri al solo fine di poter eludere l’applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza. Si pensi, ad esempio, alla tendenza a ricorrere a tale istituto anche nel caso di c.d. catene societarie e di controlli indiretti.

Il terzo requisito individuato dalla giurisprudenza riguarda la circostanza per cui il soggetto aggiudicatario deve realizzare “*la parte più importante della propria attività con l’Ente o con gli enti che la controllano*”.

La sua identificazione appare indubbiamente più agevole rispetto a quella del controllo analogo, riferendosi il requisito alla circostanza per cui la società deve avere, come destinatario del servizio che svolge, l’ente pubblico che lo controlla.

In proposito, rileva accennare alla discussione sorta in merito alla possibilità di ricomprendere in tale definizione anche quei servizi che vengono svolti nei confronti della collettività e quindi per conto dell’amministrazione pubblica e non nei confronti di quest’ultima<sup>262</sup>, quali ad es. i servizi pubblici locali, i quali sono erogati non all’ente locale direttamente, bensì all’utenza.

Il legislatore italiano pare aver superato la questione ritenendo sicuramente ammissibile l’affidamento *in house* anche per l’espletamento di servizi non direttamente rivolti alla pubblica amministrazione, avendo riconosciuto l’applicabilità dell’istituto alla gestione dei servizi pubblici locali<sup>263</sup>.

La figura dell’*in house providing*, rimasta a lungo, a livello comunitario<sup>264</sup>, disciplinata ed individuata solamente dalla giurisprudenza, è stata di recente codificata, pur non facendo utilizzo del termine *in house*, mediante l’introduzione di apposita fattispecie nell’ambito delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni, emanate nel 2014 dal legislatore comunitario e che devono ancora essere recepite dal legislatore nazionale.

---

<sup>262</sup> *Contra* si veda DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in giorn. dir. amm., 2004 e RICCIO, *La dubbia sanabilità degli affidamenti in house providing*, in urb. e app., 2004; *pro* CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, cit. e CARINGELLA, *L’affidamento in house*, cit.

<sup>263</sup> Si veda l’art. 113 del d.lgs. 267/00.

<sup>264</sup> Mentre nel diritto nazionale la figura è ormai da tempo stata recepita anche a livello normativo.

In particolare, in tutte e tre le direttive è stato introdotto un articolo *ad hoc*<sup>265</sup> con cui vengono esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive medesime i contratti (di appalto o di concessione a seconda del caso) affidati da uno dei soggetti assoggettati all'ambito applicativo delle direttive medesime ad una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- il primo soggetto esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate da quest'ultimo. Con tale previsione, il legislatore ha voluto definire e vincolare, in maniera precisa e definitiva (minimo 80%), l'entità delle attività che il soggetto deve svolgere per conto dell'amministrazione pubblica, onde consentire il riconoscimento del carattere di cui si parla;
- nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Il legislatore comunitario con la nuova disposizione, ha, quindi – a differenza di quanto affermato dalla giurisprudenza -, ammesso in via teorica la possibilità che il capitale della società possa anche non essere interamente pubblico, ma parzialmente privato, nel caso in cui il socio privato abbia una partecipazione talmente minima ovvero siano presenti norme statutarie tali da rendere il socio privato assolutamente ininfluenza in relazione alle decisioni che la società stessa deve assumere.

---

<sup>265</sup> Art. 12 della direttiva 2014/24/CE, relativa agli affidamenti di appalti nei settori ordinari, art. 28 della direttiva 2014/25/CE, relativa agli affidamenti di appalti nei settori speciali e art. 17 della

Le nuove disposizioni hanno, inoltre, introdotto anche la possibilità di riconoscere la sussistenza della fattispecie dell'*in house* sia nel caso in cui il controllo analogo sia indiretto, ovvero sia operato da una società a sua volta controllata dall'ente pubblico, sia qualora il soggetto pubblico o privato a cui viene affidato il contratto escluso dall'ambito di applicazione delle direttive stesse, non sia sottoposto al controllo analogo da parte di un solo soggetto "pubblico", ma anche nel caso in cui lo stesso sia sottoposto ad un controllo analogo da parte di più soggetti "pubblici" in maniera congiunta. In tal modo, viene, quindi, espressamente riconosciuta l'ammissibilità del c.d. *in house* frazionato o pluripartecipato.

Ciò detto, in merito alla qualificazione della fattispecie, occorre soffermarsi brevemente sull'impatto che l'elaborazione di tale figura ha sull'apparato organizzativo interno. Ed infatti, la figura, per come ricostruita dal giudice comunitario, sembrerebbe avere un rapporto tale con l'ente di controllo<sup>266</sup> da far sì che possa, secondo i canoni ermeneutici del diritto italiano, essere accomunata non già ad un'impresa pubblica, ma addirittura ad un organo amministrativo.

Tuttavia, l'organo amministrativo è caratterizzato dall'assenza di soggettività distinta dall'ente pubblico di cui fa parte, mentre le società *in house*, proprio in

---

direttiva 2014/23/CE, relativa agli affidamenti di concessioni.

<sup>266</sup> Secondo alcuni si verificherebbe nella fattispecie di che trattasi una particolare specie di delegazione interorganica (si veda, in tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, 9 maggio 2001, n. 2605, in riv. it. dir. pubbl. com. 2002, con nota di PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza*, dove si legge che "l'affidamento del «servizio calore» per gli immobili comunali destinati ad uso pubblico, infatti, deve configurarsi come l'affidamento di un compito specifico ad un ente dipendente nel quadro di una più complessa e coordinata attività di organizzazione dei servizi di competenza del Comune. [...] Il rapporto instauratosi tra il Comune di Reggio Emilia e l'A.G.A.C. può ricondursi, pertanto, allo schema della delegazione interorganica, tenuta presente la relazione esistente tra l'ente titolare del servizio e la struttura alla quale ne è stato demandata il concreto esercizio (struttura raffigurabile come organo-impresa). Il rapporto intercorrente tra il Comune di Reggio Emilia e l'A.G.A.C., come soggetti di un unico plesso amministrativo, può infatti portare a configurare l'affidamento del servizio in parola come un'ordinaria ripartizione interna ad uno stesso sistema amministrativo, di funzioni e servizi, attraverso una delega formale".

quanto costituite, generalmente, in forma di società di capitali, sono soggetti di diritto privato radicalmente distinti dall'ente pubblico controllante. E la sussistenza di un pregnante controllo da parte del secondo, non è sufficiente a far venir meno la propria soggettività, sia nei confronti dello stesso ente pubblico controllante sia e soprattutto nei confronti dei soggetti terzi, per cui la società *in house* rimane un soggetto autonomo e distinto rispetto all'amministrazione da cui discende.<sup>267</sup>

Il che determina, dal punto di vista del diritto interno, la concreta impossibilità di accomunare detta tipologia di soggetti agli organi amministrativi in senso stretto, potendosi parlare, tutt'al più di organi indiretti o organi con personalità giuridica<sup>268</sup> e, dal punto di vista del diritto comunitario, il necessario assoggettamento di tali soggetti all'applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici a valle (nei confronti di terzi soggetti), anche qualora non siano in realtà in possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi per farli rientrare nelle categorie sopra elencate di organismi di diritto pubblico e di imprese pubbliche.

La fattispecie dell'affidamento *in house* ebbe molto successo in Italia a livello locale, dove il legislatore prevede la possibilità di ricorrere a tale strumento e di affidare, conseguentemente, senza esperimento di apposite procedure di selezione, i servizi pubblici locali a società costituite dall'ente locale per l'espletamento di dette attività.

Ed infatti, inizialmente, la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, ove affidata esternamente all'ente, poteva essere devoluta in via diretta a soggetti terzi, mediante concessione, creazione di azienda speciale, di istituzione,

---

<sup>267</sup> In proposito si veda GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., 46, dove si legge che: “il rapporto permane come intersoggettivo e il soggetto controllato vi partecipa in nome e per conto proprio senza alcuna imputazione della fattispecie e neppure degli effetti all'ente controllante, che viceversa funge da controparte nell'ambito di un rapporto contrattuale vero e proprio”.

di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio<sup>269</sup>.

Successivamente, onde ovviare alle contestazioni formulate dalla comunità europea in merito alla compatibilità di dette forme con la disciplina comunitaria<sup>270</sup>, l'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici locali fu consentita unicamente in favore di società a partecipazione maggioritaria pubblica<sup>271</sup>.

La modifica non fu, tuttavia sufficiente a rendere la normativa aderente alle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza. Pertanto, con un nuovo intervento modificativo<sup>272</sup>, il legislatore italiano ha ulteriormente innovato l'art. 113 in parola, consentendo l'affidamento diretto di siffatta tipologia di servizi unicamente in favore di soggetti aventi i requisiti dell'*in house* (controllo analogo e realizzazione della parte principale dei servizi in favore dell'ente pubblico affidante).

---

<sup>268</sup> GRECO, cit., 47.

<sup>269</sup> Così il testo originario dell'art. 113 del d.lgs. 267/00.

<sup>270</sup> Si veda in tal senso l'atto di costituzione in mora della Commissione europea 8 novembre 2000, n. 108243, con cui la Commissione ritenne che lo Stato italiano avesse violato gli obblighi discendenti sia dalle direttive in materia di appalti di servizi e in materia di appalti nei settori esclusi, nonché gli artt. 49 ss. del trattato CEE ed i principi di non discriminazione e di trasparenza. Sul punto si veda, *ex multis*, SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, Relazione tenuta nel Seminario di studio "Autonomia locale e autonomia imprenditoriale nei servizi pubblici locali" (Ravenna, 27-28 novembre 2003), ora in *lexitalia.it*, n. 12/2003.

<sup>271</sup> Il testo dell'art. 113 del d.lgs. 267/00, come modificato dall'art. 35, comma 1, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, prevedeva che *"qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività"*.

<sup>272</sup> Art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326, a mente del quale *"soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"* (comma 4) e l'erogazione del servizio, tra l'altro, a *"società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"* (comma 5).

In tutte le disposizioni appena citate, la scelta su quale modalità di affidamento preferire rimaneva di esclusiva competenza dell'ente pubblico stesso, senza che il legislatore desse alcuna indicazione preferenziale di una modalità rispetto ad un'altra.

Con l'entrata in vigore dell'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133<sup>273</sup>, la normativa in materia di affidamento dei servizi pubblici locali è stata totalmente riformata ed il legislatore ha chiarito che, in via ordinaria, l'affidamento della gestione di tali servizi dovesse necessariamente avvenire nei confronti di soggetti terzi esterni all'amministrazione, individuati attraverso l'esperimento di apposite gare pubbliche. Una deroga a tale modalità di affidamento poteva essere ammessa solamente per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso l'affidamento doveva comunque avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

Con ulteriore modifica introdotta mediante l'emanazione dell'art. 15, comma 1, lett. b) del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166<sup>274</sup>, il legislatore ha esteso la possibilità di affidare la gestione dei servizi in

---

<sup>273</sup> Il comma 2 prevedeva che: *“Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”*.

<sup>274</sup> Il comma 2 prevedeva che *“il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e*

parola, in via ordinaria anche alle società a partecipazione mista pubblica e privata, il cui socio privato sia scelto mediante gara. Inoltre, in deroga a tali modalità di gestione è stata espressamente prevista la possibilità di affidare, sempre per situazioni eccezionali, la gestione a favore di società a capitale interamente pubblico, aventi i requisiti dell'*in house*.

L'art. 23 *bis* appena riportato è stato, infine, abrogato a seguito di apposito referendum costituzionale espresso nel giugno 2011 con l'art. 1, comma 1 del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

Per ovviare al vuoto legislativo venutosi a creare il legislatore ha, quindi, emanato l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148<sup>275</sup>, con cui il legislatore ha stabilito che, in via ordinaria, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali, con contestuale attribuzione di diritti di esclusiva, deve avvenire esclusivamente in favore di imprenditori o di società in qua-

---

*l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento". Il comma 3 che: "in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".*

<sup>275</sup> Il comma 8 prevedeva che: "Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti" e il comma 13 che "in deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house"".

lunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e che l'ente pubblico potesse ricorrere, invece, all'affidamento *in house* solamente in deroga a quello ordinario per servizi aventi valore complessivo massimo pari ad Euro 900.000<sup>276</sup>.

La disposizione così introdotta, tuttavia, è stata quasi subito dichiarata incostituzionale, in quanto, secondo quanto ritenuto dalla Corte Costituzionale medesima, la stessa si limitava a riprodurre, quasi pedissequamente, la normativa precedente, sottoposta al vaglio del referendum popolare.

Da ultimo, pertanto, il legislatore ha emanato un'ulteriore disposizione<sup>277</sup> con cui sembra essere tornato ad una impostazione più simile a quella originariamente prevista dall'art. 113 del d.lgs. 267/00. Ciò in quanto non si ritrova nella nuova normativa alcuna indicazione di preferenza di una modalità di affidamento rispetto ad un'altra, prevedendo unicamente che *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”* (comma 20).

E tuttavia, pur non essendoci alcuna indicazione specifica in merito, il legislatore pare, in ogni modo, orientato a dare preferenza all'affidamento a terzi tramite gara, rispetto all'affidamento *in house* sulla scorta della considerazione per cui le

---

<sup>276</sup> Valore poi abbassato a 200.000 Euro con l'art. 25, comma 2, n. 5 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1., convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>277</sup> Art. 34, commi 20-27 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221.

disposizioni successive pongono una serie di limitazioni all'esercizio dei servizi tramite *in house*, che, sebbene indirettamente, l'ente pubblico inevitabilmente sarà portato a ricorrere a siffatta fattispecie solamente in casi del tutto eccezionali<sup>278</sup>.

La possibilità di utilizzo della fattispecie dell'affidamento *in house*, è stata introdotta dal legislatore, inoltre, anche per taluni affidamenti operati a livello statale. In particolare, si ricorda la disposizione di cui all'art. 19, comma 5, del decreto legge 78/2009, in materia di affidamento a società pubbliche della gestione di fondi o interventi pubblici in titolarità alle amministrazioni statali affidanti, nonché l'art. 4, comma 8, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012 , n. 135, con cui il legislatore ha limitato, in via generale, il ricorso all'affidamento diretto di contratti volti all'acquisizione, da parte delle amministrazioni pubbliche, di beni e servizi strumentali alla propria attività, ai soli casi in cui avvenga “*a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house*”.

---

<sup>278</sup> Sul punto, VOLPE, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, cit.

## CAPITOLO III

### INTERESSE PUBBLICO E SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. L'attuale panorama italiano delle società pubbliche - 2. Il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso moduli privatistici - 3. Le disposizioni speciali del codice civile relativamente alle società partecipate da enti pubblici - 4. Le norme di carattere speciale derivanti dalle privatizzazioni - 4.1. Le Autorità di regolazione - 4.2. I poteri speciali (o *golden share*) dalle privatizzazioni ad oggi - 4.2.1. Modalità di introduzione ed esercizio dei poteri speciali e tipologia dei poteri speciali stessi - 4.2.2. Critiche ai poteri speciali - 4.2.3 L'evoluzione italiana dei poteri speciali - 4.2.4. L'attuale disciplina italiana dei poteri speciali

#### *1. L'attuale panorama italiano delle società pubbliche*

Come ampiamente analizzato nei precedenti capitoli, il procedimento di privatizzazione formale e sostanziale delle società pubbliche si è dimostrato un parziale “fallimento”, a causa di molteplici fattori, ma, soprattutto, dalla necessità, sentita dal legislatore, ma anche nella prassi dagli enti pubblici medesimi, di contemperare, soprattutto con riferimento alle società aventi ad oggetto l'espletamento di attività o servizi di interesse generale, la volontà di rendere tali gestioni più snelle, efficienti e lucrative, attraverso il loro assoggettamento a regole gestorie privatistiche, e l'esigenza di mantenere un controllo da parte dei soggetti pubblici sull'espletamento di tali attività.

Il risultato di un tale contemperamento ha portato ad una situazione attuale dell'impresa pubblica e delle società partecipate in maniera particolare, di difficile interpretazione.

Ed infatti, oggi le imprese pubbliche c.d. formali - ovvero le aziende organo e gli enti pubblici economici<sup>279</sup> - sono ormai sostanzialmente estinte<sup>280</sup> e dismesse in favore delle imprese pubbliche c.d. sostanziali, quali le società a partecipazione pubblica<sup>281</sup>, sia a livello statale che a livello locale<sup>282</sup>.

In Italia, si configurerebbero, secondo una dottrina<sup>283</sup>, tre macrocategorie di organizzazioni pubbliche in forma privatistica, ovvero le fondazioni e associazioni<sup>284</sup>, le società per azioni partecipate da enti pubblici e deputate all'esercizio di attività imprenditoriale e le società per azioni, partecipate dagli enti pubblici, che, sebbene formalmente costituite con le forme dell'impresa di capitali, sono deputate all'esercizio di compiti amministrativi, spesso esercitando anche veri e propri poteri pubblicistici.

---

<sup>279</sup> In proposito, vale la pena evidenziare che, come riportato da GOISIS, *Imprese pubbliche*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, in realtà, la figura dell'ente pubblico economico non è ad oggi ancora del tutto scomparsa, essendovi anche talune strutture, originariamente inquadrate come enti pubblici non economici, costituite in enti pubblici con autonomia imprenditoriale tale da farli ritenere enti pubblici economici.

<sup>280</sup> In proposito, tuttavia, si ricorda che talune società per azioni partecipate in misura totalitaria dallo Stato (quale ad es. la Patrimonio dello Stato S.p.A.) presentano caratteristiche tali (ad es. l'impossibilità di fallire) da far sì che parte della dottrina e della giurisprudenza le ritengano appartenere alla categoria degli enti pubblici economici e non già alla categoria delle società per azioni partecipate.

Inoltre, di interesse in questa sede è anche accennare al recente dibattito giurisprudenziale e dottrinale in merito alla qualificazione delle Autorità Portuali come enti pubblici economici o come enti pubblici non economici. Sul tema si tornerà più avanti.

In ogni modo i casi di ente pubblico economico esistente in Italia attualmente sono sporadici e non sempre di sicura qualificazione.

<sup>281</sup> Anche se, secondo alcuni autori (GOISIS, *Imprese pubbliche*, cit.), in realtà, anche oggi sussisterebbero talune forme di imprese pubbliche in senso sostanziale, quale ad es. la società *in house*, come descritta al precedente capitolo, di derivazione comunitaria, che sembrerebbe rappresentare un moderna forma di impresa organo utilizzata nel corso del secolo scorso nonché le c.d. società strumentali, assimilabili, almeno in parte, agli originari enti pubblici economici.

<sup>282</sup> Dove la formula dell'azienda municipalizzata resiste per un tempo più lungo rispetto alle aziende organo statali, ma che, a seguito dell'introduzione dell'art. 115 del d.lgs. 267/2000, si è avviata verso una rapida dismissione. In tema si veda, VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit.

<sup>283</sup> Secondo una distinzione che si ritrova anche in CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 39.

Quanto alle società partecipate espletanti attività d'impresa, si deve distinguere tra le società che svolgono normali attività di produzione di beni e servizi e società che producono servizi di interesse generale. Con riferimento alla prima tipologia, il legislatore, ai fini di tutelare la concorrenza e il mercato, con l'emanazione dell'art. 3, commi 27 e ss. della legge 24 dicembre 2007, n. 244, ha introdotto un generalizzato divieto per tutte le amministrazioni pubbliche<sup>285</sup> di costituire, assumere o mantenere partecipazioni dirette, anche di minoranza, in società “*aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*”<sup>286</sup>.

Da ultimo, inoltre, con la legge 23 dicembre 2014, n. 190, il legislatore, “*al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato*”, ha imposto a tutte le amministrazioni pubbliche di avviare, a decorrere dal 1 gennaio 2015, un processo di razionalizzazione delle società e delle parteci-

---

<sup>284</sup> Che sono soggetti costituiti in forma pubblica e che, quindi, non interessano direttamente questo lavoro.

<sup>285</sup> Ovvero, le “*amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*” (art. 1, comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165).

<sup>286</sup> In proposito il Consiglio di Stato (ad. pl. 3 giugno 2011, n. 10) e la più recente giurisprudenza della Corte dei Conti (sez. controllo per la Lombardia, parere n. 7/2013 e parere n. 263/2013) hanno statuito che il divieto legislativo alla costituzione di società o enti per attività non strettamente necessarie al perseguimento di finalità istituzionali, è espressione di un “*□ principio immanente al sistema □*», che vieterebbe agli enti pubblici, in quanto privi di fini lucrativi, di svolgere attività di impresa e, dunque, di costituire o partecipare a società, in assenza di una espressa autorizzazione legislativa (in tal senso VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in dir. proc. amm., 2014).□

pazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015<sup>287</sup>.

Ne consegue che oggi, le sole società svolgenti attività imprenditoriale in cui è consentita una partecipazione pubblica sono quelle aventi ad oggetto l'espletamento di servizi di interesse generale (quali ad es. le società deputate all'espletamento dei servizi pubblici locali)<sup>288</sup>.

Quanto alla categoria delle società partecipate che svolgono compiti amministrativi, è rilevante ricordare come le stesse sono le società di più recente istituzione, che sostituiscono in parte gli enti pubblici non economici.

Le stesse derivano da processi di razionalizzazione degli apparati pubblici, con i quali, le pubbliche amministrazioni hanno ritenuto di organizzare alcune attività strumentali<sup>289</sup> alle proprie funzioni amministrative (se non addirittura rientranti nello svolgimento delle funzioni stesse) mediante la loro esternalizzazione ed affidamento a società di diritto privato da loro costituite e partecipate, le quali svolgono le attività richieste in via principale nei loro confronti. I motivi alla base di tale scelta sono, molto spesso, derivanti dalla semplice esigenza di sottrarre quan-

---

<sup>287</sup> La razionalizzazione, secondo il legislatore deve seguire, tra l'altro, una serie di criteri, tra cui, per quanto di interesse, l'*"eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione"*.

<sup>288</sup> Ciò è vero a livello normativo, in quanto, a livello pratico, in realtà, esistono ancora numerosi casi di società partecipate da soggetti pubblici che svolgono più o meno direttamente attività commerciali ed industriali in senso stretto.

<sup>289</sup> Come precisato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 agosto 2011 n. 17, la qualificazione di una società come strumentale deriva dal tipo di attività che la stessa svolge, ovvero se la stessa sia o meno rivolta all'amministrazione pubblica che l'ha costituita e la partecipa per svolgere, nei suoi confronti, funzioni di supporto per lo svolgimento di funzioni amministrative, le quali, non passano nella titolarità delle società strumentali, ma rimangono in capo al soggetto pubblico.

to più possibile le attività di tal fatta alla disciplina pubblicistica e sottoporle all'applicazione della più efficiente normativa di diritto comune<sup>290</sup>.

Con riferimento a tale tipologia di soggetti giuridici, il legislatore ha, recentemente, imposto taluni particolari vincoli, prevedendo che le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività possono operare solamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale<sup>291</sup>, nonché imponendo il ridimensionamento di tutte le società espletanti attività strumentali alle amministrazioni pubbliche<sup>292</sup>.

Nonostante le previsioni normative più recenti, volte a disincentivare se non addirittura a vietare l'utilizzo delle società partecipate da parte delle pubbliche amministrazioni, sia per l'esercizio di attività tipicamente imprenditoriali che per attività strumentali alle pubbliche amministrazioni, oggi la situazione non pare ancora

---

<sup>290</sup> Si pensi, ad es., al caso della Sogei, Società Generale d'Informatica S.p.A., la quale è stata costituita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (e da questo posseduta al 100%) onde gestire il settore informatico del Ministero stesso, mediante la progettazione e la realizzazione, nonché la conduzione e l'eventuale aggiornamento del Sistema informativo della fiscalità.

<sup>291</sup> Così l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, a mente del quale *“al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale”*.

<sup>292</sup> Così l'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, oggi abrogato dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147.

mutata e nel panorama istituzionale italiano sopravvivono ed operano ancora un numero immenso di società a partecipazione pubblica.

Dette società si articolano in differenti modelli, tra cui si possono ricordare le società a totale partecipazione pubblica, le società a partecipazione pubblica maggioritaria e le società a partecipazione pubblica minoritaria, nonché quelle a partecipazione diretta pubblica o indiretta pubblica<sup>293</sup>.

Accanto a tali tipologie di imprese, che sono connotate, come detto, da una più o meno intensa partecipazione dell'ente pubblico al capitale azionario, rilevano in questa sede anche quelle società interamente possedute da soggetti privati che svolgono attività di interesse generale (generalmente si tratta di società che espletano servizi pubblici) e che presentano caratteristiche tali (sottoposizione a prestanti poteri da parte dei soggetti pubblici, controllo dell'operato, regolamentazione della gestione) da poterle, sotto taluni profili, far rientrare nella categoria delle imprese pubbliche, a discapito della totale assenza di partecipazioni da parte di enti pubblici.

Orbene, tutte le tipologie di società appena elencate (siano essere partecipate o no dall'ente pubblico) si caratterizzano per il fatto che sono tutte soggette a più o meno stringenti poteri esercitati dal soggetto pubblico.

I poteri in capo all'amministrazione sono di vario tipo e possono derivare dall'utilizzo dei normali strumenti societari previsti per il socio di controllo, ovvero da normative generali o da normative speciali riferibili a singole società o a gruppi omogenei di esse.

---

<sup>293</sup> Secondo FRACCHIA, in *Imprese pubbliche regionali e locali*, in enc. giur., le tipologie di società pubbliche attualmente presenti nel panorama italiano sono le società a partecipazione pubblica esercenti funzioni pubbliche, le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e le società derivanti dalle privatizzazioni.

La pregnanza di tali poteri dipende sia dall'effettiva quota di partecipazione del soggetto pubblico al capitale azionario delle società stesse, ma anche e sempre più spesso dalla tipologia di attività da queste svolta, la quale, tanto più risulta di interesse generale e comprendente anche attività amministrative vere e proprie, tanto più necessita di un rilevante controllo da parte dell'amministrazione titolare del medesimo interesse.

Ebbene, la ricaduta dell'esistenza di tali poteri in capo alle imprese pubbliche, è che, nell'ultimo decennio, il legislatore, comunitario prima e nazionale poi, hanno, da un lato, limitato la possibilità di utilizzo delle società di diritto comune da parte del potere pubblico ai soli casi strettamente necessari e, dall'altro lato, assoggettato le imprese ancora ammesse, a numerosissime norme tipicamente pubblicistiche (si pensi, ad es. all'applicazione del codice degli appalti, ovvero delle disposizioni di cui alla legge sul procedimento amministrativo, o ancora alle disposizioni in materia di trasparenza dell'azione amministrativa e anticorruzione...), facendole assomigliare sempre più ad enti pubblici economici che non a società di diritto privato.

Onde consentire una critica analisi di tale situazione, si procederà, quindi, nel presente capitolo ad analizzare, nel dettaglio, le tipologie di poteri a cui dette società sono assoggettate.

## ***2. Il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso moduli privatistici***

Come già accennato nei precedenti capitoli, l'impresa pubblica, qualsiasi sia la forma che essa assume, per il solo fatto di essere pubblica (e, quindi, detenuta o comunque governata da un ente pubblico), persegue, in ultima istanza, fini pub-

blici<sup>294</sup> direttamente o indirettamente riconducibili all'amministrazione cui si riferisce.

Ed infatti, come ampiamente riconosciuto dalla dottrina<sup>295</sup> e quale conseguenza di quanto disposto dagli artt. 97 e 98 della Cost.<sup>296</sup>, le pubbliche amministrazioni perseguono solo ed unicamente fini pubblici, a prescindere dagli strumenti all'uopo utilizzati.

Anche l'attività espletata dalle amministrazioni attraverso moduli pienamente privatistici, è, conseguentemente, caratterizzata dal perseguimento dell'interesse pubblico.

La società pubblica, tuttavia, rimane soggetto di diritto privato ed in quanto tale regolata, nel suo esercizio, dalle disposizioni di diritto comune, le quali non consentono l'ingresso nella società degli interessi propri dei singoli soci, dovendo, al contrario, gli organi societari perseguire, quale unico interesse, quello della società medesima, ovvero il fine di lucro. E ciò anche, paradossalmente, qualora le azioni da espletare in favore della società si pongano in contrasto con gli interessi singolari dei soci.

---

<sup>294</sup> Esistono anche taluni casi in cui, in realtà, l'ente pubblico partecipa a società private che svolgono attività unicamente e meramente imprenditoriali. In siffatti casi, evidentemente, il fine pubblico a sé stante non sussiste, ma coincide con il fine proprio della società, ovvero il lucro. Si noti, comunque che, come rilevato dalla Corte dei Conti, Sezione Lombardia, deliberazione 7 ottobre 2013, n. 411, dal combinato disposto degli artt. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani), art. 3, commi 27 e ss., della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008) e art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. decreto *spending review*), è ormai precluso agli enti pubblici lo svolgimento di attività imprenditoriali *stricto sensu* (ovvero svolte aventi quale unico obiettivo quello del beneficio imprenditoriale), sulla scorta dei seguenti principi:

- a) l'ente pubblico non persegue fini di lucro e, quindi, non può svolgere attività di impresa;
- b) la possibilità di costituzione di società di capitali partecipate da enti pubblici è consentita solamente per l'espletamento di attività o servizi di interesse generale;
- c) è escluso lo svolgimento di attività meramente imprenditoriali anche qualora le stesse si possano annoverare tra le c.d. attività strumentali della pubblica amministrazione medesima.

<sup>295</sup> FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in riv. trim. dir. pubbl., 1962, ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

In tale contesto, quindi, anche l'interesse pubblico, al pari dell'interesse di qualsiasi altro socio privato della società di diritto comune<sup>297</sup>, non può essere direttamente perseguito da quest'ultima, ma deve necessariamente rimanere esterno alla società medesima<sup>298</sup>.

Ne consegue che i fini tipici dei soggetti giuridici (solitamente società per azioni) utilizzati per il suo svolgimento (ovvero, in maniera particolare, il fine di lucro) divengono, nella sostanza, dei mezzi per raggiungere il fine pubblico, esterno alla società stessa, alternativi agli altri mezzi o strumenti (privatistici o pubblicistici) di cui ciascuna amministrazione può disporre<sup>299</sup>.

---

<sup>296</sup> GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, cit.

<sup>297</sup> Sul punto si riporta quanto ampiamente illustrato da FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984 in merito alla possibilità o meno di perseguire l'interesse pubblico attraverso moduli privatistici. In particolare, l'Autore evidenzia come, al fine di dare una risposta compiuta a tale quesito, sia necessario intendersi su cosa si intenda per interesse pubblico. Se, infatti, l'interesse pubblico (o interessi pubblici) viene inteso quale "*interesse socialmente apprezzabile per la collettività*", lo stesso, in quanto confrontabile e parificabile agli interessi privati (PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in riv. trim. dir. proc. civ., 1972), ben può essere perseguito anche – per quanto di interesse – attraverso lo strumento societario, al pari dell'interesse proprio di un singolo socio. Viceversa, ove si intenda per interesse pubblico un "*interesse giuridicamente qualificato e giuridicamente rilevante come pubblico*", questo, non essendo un "*interesse paragonabile ad altri, ma [è] uno strumento giuridico cui si ricorre per far valere quegli interessi concreti che si ritenga di poter qualificare come pubblici*" (PIZZORUSSO, *Interesse pubblico* cit.) ovvero essendo "*un criterio di scelta*" (MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982) e individuando "*la valutazione discrezionale che l'amministrazione è chiamata a fare nell'esercizio dei propri poteri*" (SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980), difficilmente potrebbe essere realizzato con strumenti privatistici, necessitando di una tutela maggiore e qualificata rispetto a quella riservata alle altre tipologie di interessi.

<sup>298</sup> OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, cit., 684. La giurisprudenza, infatti, ha riconosciuta la possibilità di ravvisare una totale sovrapposizione tra interesse pubblico e interesse sociale solamente nei casi in cui la partecipazione del socio pubblico nell'impresa privata sia totalitaria; al contrario una siffatta sovrapposizione è stata esclusa qualora la società abbia partecipazione mista, essendo la sola presenza anche di una minima percentuale di azioni detenute da soggetti privati, idonea di per sé a rendere l'interesse pubblico e quello sociale differenti ed estranei uno all'altro. Si veda, in tal senso, Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C- 26/03 e Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, n. 573. Sul punto, anche, VALAGUZZA, , cit.

<sup>299</sup> BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in riv. soc., 1962.

Orbene, quanto fin qui detto in relazione alla necessità per le amministrazioni pubbliche di perseguire in ogni caso un interesse pubblico ed all'estraneità di quest'ultimo dal fine proprio della società pubblica, ha da sempre comportato che il legislatore sentisse la necessità di assicurare un saldo legame tra l'amministrazione pubblica<sup>300</sup>, vera ed unica titolare dell'interesse pubblico da realizzare, e la società medesima. Questo con l'evidente fine di assicurare alla prima un potere di indirizzo e controllo sull'operato dell'impresa pubblica, tale da consentire l'effettivo perseguimento dei fini posti<sup>301</sup> e il conseguente parziale "ingresso" dell'interesse pubblico tra gli interessi perseguiti nella gestione della società.

---

<sup>300</sup> Secondo autorevole dottrina (BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, cit.) le imprese pubbliche sono parte dell'organizzazione pubblica, pur avendo, generalmente, forma privatistica. Tale inserimento all'interno dell'apparato pubblico era tanto più evidente nel periodo precedente alle privatizzazioni, durante il quale, come ampiamente illustrato nel primo capitolo, l'impresa pubblica assumeva o la forma dell'azienda autonoma e dell'ente pubblico economico, e, quindi, avendo forma pubblica, inevitabilmente rientrava nell'apparato amministrativo, oppure la forma della società di diritto comune partecipata dai poteri pubblici. Anche in tale secondo caso, comunque, la società si "incastonava" all'interno della struttura pubblica, in quanto esisteva un sistema, quello delle partecipazioni pubbliche, connotato dalla presenza di un sistema di partecipazioni che discendevano direttamente dal Ministero delle partecipazioni e, attraverso gli enti di gestione (anch'essi enti pubblici economici facenti parte dell'organizzazione amministrativa) arrivava alle società pubbliche vere e proprie. In ogni modo, anche nella struttura odierna si può ritenere che le imprese pubbliche (come detto precedentemente ormai esercitate principalmente nella forma delle società di diritto comune, essendo venuti meno, quasi totalmente, sia le aziende autonome, sia gli enti pubblici economici) facciano parte dell'apparato amministrativo, proprio in funzione dei fini che le stesse perseguono e del legame che, di conseguenza, instaurano con le amministrazioni da cui dipendono.

<sup>301</sup> In proposito, vale la pena brevemente accennare a quanto riportato da FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., in relazione alle modalità di controllo dell'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione nel caso di utilizzo, a tal fine, di strumenti privatistici. Secondo quanto riporta l'Autore, il mancato conseguimento dell'interesse pubblico da parte di amministratori che abbiano utilizzato lo strumento privatistico per l'espletamento delle proprie funzioni, esporrebbe certamente gli autori del fatto ad azioni di responsabilità (responsabilità, peraltro, che trattandosi di interessi imputabili alla collettività, potrebbe essere fatta attraverso azioni popolari o meccanismi di sfiducia politica), ma la circostanza per cui l'atto privatistico violi il fine pubblico non avrebbe alcun riflesso nei confronti dei terzi, rimanendo l'atto medesimo perfettamente valido (nel caso di società, quindi, una delibera assunta dagli amministratori che contrasti con il perseguimento dell'interesse pubblico, sarebbe perfettamente valida dal punto di vista del

Le modalità con cui esercitare l'indirizzo ed il controllo sulle imprese pubbliche sono di svariato tipo e si sono differenziate, assumendo caratteri più o meno pregnanti, nel corso degli anni, in funzione sia della tipologia di impresa pubblica a cui sono diretti<sup>302</sup>, sia delle scelte politiche contingenti, volte ad un maggiore o minore intervento sull'economia.

Alcune ipotesi di società di diritto comune assoggettate a poteri speciali elaborati *ad hoc* dal legislatore per permettere l'ingresso dell'interesse pubblico in esse, erano già presenti alla fine del XIX secolo - inizio del XX secolo.

Il primo esempio di società a statuto speciale è da ravvisarsi nella Banca d'Italia. Quest'ultima, come illustrato nel primo capitolo del presente lavoro, non solo era originariamente costituita in forma di società anonima, ma era anche posseduta interamente da soggetti privati, nonché svolgeva attività indubbiamente imprenditoriali (attività bancaria in concorrenza e con le medesime modalità previste per gli altri istituti bancari nazionali). Conseguentemente, l'operatività della stessa seguiva le norme di cui alla disciplina privatistica previste per le società anonime di tal fatta.

Purtuttavia, la legge prescriveva anche alcune disposizioni singolari elaborate *ad hoc* per la Banca d'Italia medesima, comprendenti una definizione *ex lege* del ca-

---

diritto amministrativo, qualora sia compatibile con il fine della società nell'alveo della quale sia stata assunta).

<sup>302</sup> Ed infatti, come evidenzia OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, cit. nelle società che svolgono attività di impresa in quanto tale, il solo conformarsi al principio di economicità e, quindi, la conseguente realizzazione di una qualche forma di lucro (sull'esatto contenuto del principio di economicità si tornerà più oltre), è idonea di per sé alla realizzazione dell'interesse pubblico e richiede, conseguentemente, una mera vigilanza affinché non siano violati altri interessi pubblici potenzialmente confliggenti; viceversa, nelle società che svolgono attività di interesse pubblico, quale l'erogazione dei servizi pubblici, potrebbe verificarsi una divergenza tra la necessità di raggiungere un fine economico e quella di conseguire l'interesse pubblico medesimo. In tale secondo caso, l'intervento dell'ente pubblico titolare dell'interesse generale esterno alla società deve poter intervenire in maniera sicuramente più pregnante rispetto ad una mera vigilanza.

pitale sociale<sup>303</sup> e la sottoposizione dello statuto all'obbligo di preventiva approvazione da effettuarsi mediante emanazione di un apposito decreto reale<sup>304</sup>.

Tale doppia natura rimase ferma fino a quando lo Stato non ritenne di pubblicizzare la Banca<sup>305</sup>, assumendone l'intero possesso azionario<sup>306</sup>.

Successivamente a tale primo caso di società di diritto comune sottoposta a disposizioni speciali pubblicistiche<sup>307</sup>, altri esempi di società speciali si ebbero nel corso degli anni '20.

Viceversa, invece, con l'espansione dei salvataggi degli anni '30 e a seguito dell'instaurazione del sistema delle partecipazioni pubbliche, i casi di società anonime con discipline di carattere speciale sono diminuiti notevolmente, fino quasi a scomparire.

Ed infatti, nel sistema sviluppatosi a partire dagli anni '30 ed utilizzato fino all'avvento delle privatizzazioni, l'interesse pubblico veniva garantito attraverso l'utilizzo di modelli giuridici come le aziende organo e gli enti pubblici economici - i quali non presentavano particolari problemi di conflitto tra discipline, in quanto non costituiti in forma di società di diritto comune ma di persone giuridiche pubbliche - ovvero attraverso il sistema delle partecipazioni pubbliche - il quale era strutturato in maniera tale che il momento pubblicistico di tutela dell'interesse pubblico si esaurisse nel rapporto tra il Ministero delle Partecipazioni e gli enti di gestione (entrambi soggetti pubblici), con l'emanazione di apposite direttive<sup>308</sup>

---

<sup>303</sup> Art. 1, comma 2, della legge istitutiva della Banca d'Italia 10 agosto 1893, n. 449.

<sup>304</sup> Art. 1, comma 3, della legge istitutiva della Banca d'Italia 10 agosto 1893, n. 449.

<sup>305</sup> Avvenuta con regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito il legge 7 marzo 1938, n. 141.

<sup>306</sup> Sul tema si veda, CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

<sup>307</sup> Ad es., come riportato da CLARICH, cit., 4, ATI, azienda tabacchi italiana, EIAR, Ente Italiano per le Audizioni Radiofoniche.

<sup>308</sup> Sulle direttive come strumento di ingresso dell'interesse pubblico nella gestione societaria, si tornerà più diffusamente nel corso del presente lavoro.

attuata in seno alle società per azioni partecipate mediante l'esercizio di voto in assemblea o del potere di nomina da parte del soggetto pubblico socio -. In questo secondo caso, pertanto, nell'ambito della società di diritto comune, venivano utilizzati i normali strumenti societari onde consentire la tutela dell'interesse pubblico, senza che vi fosse la necessità di introdurre norme speciali derogatorie del sistema giuridico privatistico.

Il sistema appena descritto, tuttavia, è venuto meno e si è enormemente complicato negli ultimi anni, a seguito dell'avvio del processo di privatizzazione delle imprese pubbliche.

Con tale processo, infatti, sono state eliminate o quasi le figure dell'ente pubblico economico e dell'azienda organo ed è stata, conseguentemente, affidata la gestione di tutte le attività connotate di interesse pubblico a soggetti formalmente di diritto privato, i quali, sono stati fatti oggetto, insieme a quelle società che già erano costituite in forma di società per azioni partecipate dall'ente pubblico, di una progressiva dismissione del controllo in favore dei soggetti privati.

Ad esito di ciò, quindi, l'impresa pubblica ha assunto, quasi solo<sup>309</sup>, la forma della società per azioni, connotata dalle più svariate forme di partecipazione, che vanno dalla partecipazione totalitaria dell'ente pubblico alla totale assenza di una partecipazione formale del soggetto pubblico.

In quanto società per azioni, quindi, l'impresa pubblica applica, in via generale la normativa di diritto comune<sup>310</sup>, salvo la previsione di possibili deroghe espressamente previste e giustificate.

---

<sup>309</sup> In realtà, come detto, esistono ancora oggi alcuni sporadici casi di enti pubblici economici. In proposito si richiama anche quanto detto in proposito delle Autorità portuali.

<sup>310</sup> Sebbene, nel corso degli anni ci sia stato anche chi ha sostenuto che a tali società si dovesse applicare una disciplina *ad hoc*, ormai siffatta impostazione è stata riconosciuta anche dal legislatore italiano che, con l'art. 4, comma 13 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135, ha disposto che "*le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comun-*

Dette deroghe sono, generalmente, introdotte dal legislatore onde consentire l'ingresso dell'interesse pubblico all'interno delle società per azioni e si possono distinguere e raggruppare in due macro gruppi<sup>311</sup>, in relazione alla tipologia di intervento che prevedono in capo all'ente pubblico.

Il primo gruppo ricomprende tutte quelle norme volte a disciplinare il comportamento del soggetto pubblico socio, il quale, tuttavia, nell'ambito della società si comporta al pari di qualsivoglia altro azionista privato, applicando le relative disposizioni contenute nel codice civile.

Le disposizioni, quindi, influenzano le scelte ed i comportamenti che l'azionista pubblico deve mantenere all'esterno della società, indirizzando il processo di formazione della volontà del socio in quanto tale. Una volta formata la volontà del socio, la stessa viene espressa in seno alla società mediante l'utilizzo dei normali strumenti societari (votazioni in assemblea o in consiglio di amministrazione).

Sono, di conseguenza, norme che disciplinano unicamente l'operare dell'ente pubblico a monte.

---

*que la disciplina del codice civile in materia di società di capitali". Nello stesso senso la giurisprudenza che ha riconosciuto che "deve dunque concludersi, secondo quanto è stato correttamente rilevato in dottrina, che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico - comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità" e che "come sottolineato da autorevole dottrina, neppure le innumerevoli disposizioni normative speciali che, nel corso degli anni, sono state emanate in tema di società pubbliche, costituiscono un corpus unitario, sufficiente a regolamentarne attività e funzionamento ed a modificare la natura di soggetti di diritto privato, così da sottrarle espressamente alla disciplina civilistica".*

<sup>311</sup> Secondo la ricostruzione operata da CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 5.

L'interesse pubblico, in tal caso, si ferma alla soglia della società e non entra nella stessa, al pari di qualsivoglia altro interesse privato personale dei singoli soci privati.

Le disposizioni di tal fatta, quindi, appaiono perfettamente compatibili con la struttura societaria utilizzata<sup>312</sup>.

E tuttavia, la circostanza per cui il socio di controllo sia un soggetto facente parte dell'organizzazione amministrativa, pur operando con i medesimi strumenti del socio privato, può essere di per sé idoneo a porre la società pubblica in una posizione differente (e, generalmente, di privilegio) rispetto alle altre società operanti sul mercato, in tal modo sfalsando la concorrenza<sup>313</sup>.

Tale gruppo di disposizioni può essere sufficiente a tutelare l'interesse pubblico, nel caso in cui l'azionista pubblico detenga il controllo della società interessata mediante una partecipazione totalitaria o maggioritaria di controllo, in quanto, il controllo di per sé è in grado di garantire che la gestione sia decisa dal socio pubblico (di controllo appunto) e, quindi, che le decisioni assunte da quest'ultimo all'esterno della società abbiano immediato ingresso in quest'ultima attraverso gli ordinari istituti civilistici ordinari<sup>314</sup>.

Diversamente, nel caso di assenza di controllo sulla società (che può derivare da una partecipazione minoritaria da parte dell'ente pubblico ma, talvolta, anche da una partecipazione maggioritaria, nel caso in cui sia possibile che i soci privati di minoranza pongano in essere azioni volte a vanificare la maggioranza pubblica)

---

<sup>312</sup> Fatto salvi i casi in cui sussista una qualche forma di aiuto di Stato esterno, censurato dalla Comunità europea.

<sup>313</sup> Sul tema si tornerà compiutamente nel corso del prossimo capitolo.

<sup>314</sup> Si noti, però, che nel secondo caso, la partecipazione maggioritaria del socio pubblico potrebbe essere vanificata dalla stipula, da parte dei soci di minoranza privata, di appositi sindacati di voto o di veto, nonché di patti parasociali volti ad addivenire ad una gestione condivisa della società. In tal modo, questi ultimi potrebbero assumere la maggioranza effettiva della società e sostituire l'ente pubblico nella gestione della società stessa. Ne consegue che, anche con riferimento a dette

ovvero di totale assenza di partecipazione da parte di quest'ultimo, l'effettivo indirizzo e controllo della gestione societaria mediante i soli strumenti ordinari a disposizione del socio (in quanto socio privo di controllo dovrà, salvo casi eccezionali, subire le scelte gestionali operate da parte del socio di maggioranza privata) non è in grado di garantire la tutela dell'interesse pubblico. Ne consegue che, debbono essere previsti strumenti alternativi che consentano l'ingresso dell'interesse pubblico nella società privata.

Il legislatore ha, quindi, elaborato, nel corso degli anni, una serie di disposizioni (che costituiscono il secondo gruppo sopra citato<sup>315</sup>) che incidono direttamente sulle modalità di funzionamento della società, introducendo o meno apposite clausole all'interno dello statuto societario.

Queste norme sono volte ad assicurare determinate prerogative e poteri in capo al soggetto pubblico e che sono del tutto svincolati dall'esistenza e dall'entità del suo possesso azionario<sup>316</sup>.

Il socio privato di controllo, conseguentemente, viene così depauperato, in tutto o in parte, del proprio potere gestorio e viene sostituito dal soggetto pubblico spesso anche esterno alla società medesima.

In tal modo, viene ad operarsi una vera e propria deviazione dal modello societario tipico<sup>317</sup>, facendo emergere dubbi in merito all'effettiva compatibilità del ragguaglio di interessi pubblici attraverso modelli di diritto privato.

---

società, talune volte, sono stati introdotte apposite norme volte a tutelare l'effettiva sussistenza di un controllo pubblico sulla gestione dell'attività.

<sup>315</sup> CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 5.

<sup>316</sup> Una completa ricostruzione delle diverse prerogative speciali attribuite al soggetto pubblico si trova in PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit.

<sup>317</sup> CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit.

### ***3. Le disposizioni speciali del codice civile relativamente alle società partecipate da enti pubblici***

La possibilità di indirizzare l'attività espletata dalle società partecipate da soggetti pubblici (ma, come si dirà, anche privi di partecipazioni), è stata garantita mediante la previsione di apposite norme che garantiscono talune prerogative speciali in capo al soggetto pubblico medesimo.

Le disposizioni di tal fatta presenti nell'ordinamento italiano possono essere suddivise in due gruppi: da un lato le norme, contenute nel codice civile italiano, applicabili a tutte le società a partecipazione pubblica, a prescindere dall'attività dalle stesse esercitata (e, pertanto, non solo a quelle società che svolgano attività di interesse generale, bensì anche a quelle società che svolgano attività tipicamente imprenditoriali) e, dall'altro lato, le norme, contenute in leggi speciali, che si applicano solamente a determinate categorie di società, generalmente in funzione della tipologia di attività dalle stesse posta in essere.

Quanto al primo gruppo di disposizioni, si deve evidenziare come le stesse fossero già presenti nel testo del codice civile, approvato con regio decreto 16 marzo 1942, n. 26, che dedicava alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici gli artt. 2458 - 2460 (Libro V – Titolo quinto – Capo V - Sezione XII).

Dette disposizioni prevedevano che l'atto costitutivo delle società a partecipazione pubblica potesse conferire, al soggetto pubblico socio, la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, i quali potevano essere revocati soltanto dagli enti che li avevano nominati<sup>318</sup>. In tal caso, il presidente del collegio sindacale doveva essere scelto tra i sindaci nominati dallo Stato<sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> L'originario testo dell'art. 2458 del codice civile prevedeva che *“se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di*

Il codice, inoltre, prevedeva che lo statuto di qualsiasi società per azioni potesse conferire il potere di nominare e revocare uno o più amministratori o sindaci ad un soggetto pubblico anche privo di partecipazione azionaria<sup>320</sup>.

Orbene, con riferimento a tali disposizioni la dottrina dell'epoca si è a lungo interrogata in merito alla portata dei poteri conseguenti alla nomina di che trattasi.

Ed infatti, come appare del tutto evidente, il legislatore, con dette norme, si era limitato a disciplinare il momento iniziale ed il momento finale della carica, senza nulla disporre in merito alla concreta modalità di esercizio dell'attività da parte degli amministratori così nominati.

Ciò che apparve rilevante chiarire fu se gli amministratori di nomina pubblica (a prescindere dalla partecipazione o meno dell'ente pubblico alla società), una volta entrati in carica, dovessero operare al pari degli amministratori societari ovvero se fossero dotati di poteri "speciali" derivanti dalla provenienza della loro nomina.

Onde consentire una risposta in tal senso, la dottrina si è interrogata in merito alla natura stessa del potere di nomina e revoca dell'amministratore, dividendosi in due fondamentali correnti di pensiero, una civilistica o "organizzativa"<sup>321</sup> ed una privatistica o "funzionalista"<sup>322</sup>.

---

*nominare uno o più amministratori o sindaci. Gli amministratori e i sindaci nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea".*

<sup>319</sup> L'originario testo dell'art. 2460 del codice civile prevedeva che "qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi".

<sup>320</sup> L'originario testo dell'art. 2459 del codice civile prevedeva che "le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o l'atto costitutivo attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci, salvo che la legge disponga diversamente".

<sup>321</sup> *Ex multis*, FERRI, *Le società*, cit. e SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in foro amm., 1984. Sul punto, in senso simile, si veda anche Consiglio di Stato 13 giugno 2003, n. 3346 e Consiglio di Stato, 11 febbraio 2003, n. 708, con cui il Supremo Giudice ha riconosciuto la giurisdizione ordinaria relativamente agli atti di nomina e di revoca degli amministratori da parte del socio ente pubblico, in forza di appositi poteri introdotti in statuto ai sensi dell'art. 2458 c.c. sulla scorta delle seguenti considerazioni.

L'art. 2458 c.c. costituisce una deroga al regime generale di cui agli artt. 2364 e 2383 c.c. - i quali prevedono che l'elezione dei membri del consiglio di amministrazione compete all'assemblea - e,

La prima corrente dottrinale (civilistica) riteneva che, nel silenzio del legislatore, gli amministratori di nomina pubblica dovessero operare in conformità alle disposizioni generali previste per le società per azioni dal codice civile medesimo e, quindi, al pari di tutti gli altri amministratori di nomina societaria. Ciò in quanto, mancando una norma in tal senso, non potevano essere considerati rientranti in una sorta di “categoria speciale” di amministratori.

Conseguentemente, la tutela dell’interesse pubblico a cui gli stessi erano chiamati, proprio in forza della tipologia di nomina, doveva essere assicurata, secondo detti autori, mediante l’utilizzo degli ordinari strumenti societari a disposizione degli amministratori e nel rispetto dell’interesse societario rappresentato dal fine di lucro. L’eventuale mancato conseguimento dei fini pubblici da parte degli amministratori nominati dal soggetto pubblico, sarebbe andato tutt’al più ad influire sul

---

quindi, il potere di nomina da questo derivante postula un regime differenziato in tema di selezione dei membri dell’organo gestorio, con ciò determinando che la facoltà in oggetto “*deve intendersi attribuita agli enti pubblici nella loro qualità di soci, risolvendosi nell’esercizio diretto di un potere altrimenti riservato all’assemblea (pure formata dai soci), e non nella loro veste di pubbliche amministrazioni, il cui solo carattere soggettivo di organismi preposti alla cura dell’interesse pubblico resta del tutto irrilevante ai fini della configurazione normativa delle modalità di esercizio dei diritti del socio (quando questo sia anche un ente pubblico)*”.

Non solo. Il giudice ritiene inoltre che “*l’inconfigurabilità nella specie di un potere pubblico si fonda, inoltre, sul rilievo che, mentre quest’ultimo postula la sua diretta derivazione da una disposizione legislativa, la facoltà di nomina degli amministratori non risulta costituita in capo agli enti pubblici direttamente dall’art.2458 c.c. (che contempla la sola possibilità che tale potestà venga attribuita a quel tipo di soci in sede statutaria) ma dalla conforme (e libera) determinazione costitutiva della società*”.

La genesi pattizia e convenzionale di siffatto potere, quindi, determina l’impossibilità di attribuire allo stesso carattere pubblicistico e “*di ravvisare nella relativa determinazione gli estremi della cura dell’interesse generale*”.

Tale ricostruzione, quindi, secondo il Consiglio di Stato non può che comportare che l’atto di nomina (o di revoca) sia un atto essenzialmente privatistico (in quanto espressivo di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria), privo di qualsiasi valenza amministrativa (non realizzando la cura di un interesse pubblico).

<sup>322</sup> *Ex multis*, ROVERSI-MONACO, *Revoca e responsabilità dell’amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 segg. del codice civile)*, in riv. dir. civ., 1968; OTTAVIANO, *Sull’impiego a fini pubblici della società per azioni*, in riv. soc., 1960; COTTINO, *Partecipazione pubblica all’impresa privata e interesse sociale*, in arch. Giur., 1965; ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977.

rapporto fiduciario esistente tra il soggetto nominate (in questo caso l'ente pubblico) e l'amministratore medesimo, determinando le valutazioni del primo in merito alla riconferma ovvero alla revoca del mandato conferito.

Viceversa, la teoria dottrinale sostenuta dagli studiosi di diritto amministrativo, si fondava sulla considerazione per cui l'atto di nomina, così come l'atto di revoca fossero da considerarsi quali provvedimenti amministrativi, espressione di un vero e proprio potere autoritativo. Ciò a maggior ragione nel caso in cui lo stesso fosse esercitato in assoluta assenza di qualsivoglia partecipazione azionaria del soggetto pubblico. Ed infatti, in tal caso, difficilmente la nomina e la revoca avrebbero potuto essere considerati atti negoziali, non facendo, il soggetto pubblico, parte di alcun rapporto contrattualistico con i soci.

Tale caratteristica, secondo gli Autori, investirebbe non solo gli atti di nomina e di revoca dell'amministratore, ma anche tutti i conseguenti atti da questo posti in essere durante la gestione della società, ponendosi come vero e proprio strumento di ingresso dell'interesse pubblico nella società. Il che avrebbe, inevitabilmente, comportato un possibile conflitto interno alla società medesima dell'interesse pubblico con l'interesse societario al fine di lucro, in tal modo derogando e modificando il normale funzionamento della società medesima.

All'epoca di vigenza delle disposizioni di che trattasi, come riferito da taluni Autori<sup>323</sup>, la prevalenza di una interpretazione sull'altra non parve così scontata, ma assunse maggior rilevanza ad esito dei successivi processi di privatizzazione, volti come detto più volte, all'allontanamento del pubblico dal privato e, quindi, indubbiamente a far uscire l'interesse pubblico dalle società di diritto comune.

In tale ottica, si colloca anche la modifica degli articoli in parola operata nell'ambito della riforma della disciplina delle società di capitali e società coope-

---

<sup>323</sup> Si veda, in tal senso, CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e "potere di controllo" nell'art. 2449 c.c.*, in giur. comm., 2008.

rative, operata, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, con decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, con la quale l'art. 2458 è stato sostituito dall'art. 2449<sup>324</sup> e gli artt. 2459 e 2460 sono stati unificati e sostituiti dall'art. 2450<sup>325</sup>.

La principale modifica del nuovo impianto normativo ha riguardato proprio la natura dei poteri esercitati dall'amministratore nominato dal soggetto pubblico, socio o non socio, prevedendo, in particolare, che gli amministratori, i sindaci e i componenti del consiglio di sorveglianza nominati dal soggetto pubblico hanno gli stessi diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea (comma 3 dell'art. 2449).

Appare evidente, quindi, l'adesione del legislatore alla teoria privatistica – organizzativa, a mente della quale, l'amministratore, una volta nominato, opera nei medesimi modi e con i medesimi strumenti previsti per gli amministratori ordinari dal codice civile medesimo, con ciò lasciando che il perseguimento dell'interesse pubblico sia verificato unicamente nell'ambito del rapporto tra soggetti nominante e amministratore.

Risolta la disanima in merito all'ampiezza dei poteri attribuiti all'amministratore di nomina pubblica ed al conseguente ingresso o meno dell'interesse pubblico nelle società a partecipazione pubblica o concernenti particolari interessi pubblici, in

---

<sup>324</sup> Il nuovo testo dell'art. 2449, in sostituzione dell'art. 2458, prevedeva che “[1] Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza. [2] Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. [3] Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. [3] Sono salve le disposizioni delle leggi speciali”.

<sup>325</sup> Il nuovo testo dell'art. 2450, in sostituzione degli artt. 2459 e 2560, prevedeva che “[1] Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente. [2] Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi”.

merito alla nuova disciplina sono stati sollevati ulteriori problemi riguardanti la compatibilità delle disposizioni con i principi comunitari in materia di libera circolazione dei capitali di cui all'art. 56 del Trattato CE<sup>326</sup> ed in materia di libero stabilimento di cui all'art. 43 del Trattato CE<sup>327</sup>.

Il primo intervento comunitario correttivo della disciplina italiana appena illustrata è rappresentato dalla procedura di infrazione n. 2006/2014, avviata per mettere in mora lo Stato italiano con riferimento alla norma di cui all'art. 2450 del codice civile, nella parte in cui la stessa prevedeva la possibilità di nomina di organi societari da parte degli enti pubblici in qualsiasi società, senza che vi fosse né una partecipazione societaria da parte di questi, né alcun interesse di rilevanza generale.

Ad esito di tale procedura di infrazione, pertanto, il legislatore, con l'art. 3 del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito in legge 6 aprile 2007, n. 46 ha abrogato il medesimo articolo 2450 del codice civile<sup>328</sup>.

Successivamente, la disciplina italiana in materia di società partecipate da enti pubblici fu oggetto di nuova censura da parte della comunità europea, mediante l'adozione della sentenza della Corte di Giustizia 6 dicembre 2007, C-463/04 e C-

---

<sup>326</sup> Oggi art. 63 del Trattato dell'Unione europea, a mente del quale: “1. *Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.* 2. *Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi*”.

<sup>327</sup> Oggi art. 49 del Trattato dell'Unione europea, a mente del quale: “*nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali*”.

<sup>328</sup> Si noti, peraltro che la facoltà censurata non era priva di concreta attuazione nella prassi societaria.

464/04<sup>329</sup>, con cui i giudici comunitari hanno dichiarato l'illegittimità della disposizione di cui al comma 1 dell'art. 2449 del codice civile per violazione del principio di libera circolazione dei capitali.

Con la sentenza citata la Corte ha rilevato come l'attribuzione di un potere tale da consentire una sproporzione tra proprietà e gestione<sup>330</sup> in favore dell'ente pubblico, senza che la previsione di un siffatto potere sia giustificata dalla necessità di tutelare un interesse di carattere generale, è circostanza idonea e sufficiente a ledere il diritto di libera circolazione dei capitali<sup>331</sup>. Ed infatti, la possibilità per cui il socio pubblico anche minoritario possa sostituirsi al socio privato di maggioranza nella gestione della società porta all'inevitabile conseguenza di dissuadere possibili investitori all'acquisto di azioni all'interno di società sottoposte a detta disposizione statutaria, ovvero di limitare l'investimento da parte dei soli soggetti in grado di acquisire quote societarie sufficienti a garantirgli non il controllo della

---

<sup>329</sup> La sentenza deriva dalla richiesta di pronuncia pregiudiziale formulata dal Tar Lombardia in data 13 ottobre 2004, nell'ambito dell'impugnazione di una delibera adottata dalla società Aem S.p.A., in sede di cessione della quota di controllo delle partecipazioni in essa detenute dal Comune di Milano, la quale prevedeva il mantenimento in capo al Comune medesimo del potere di nomina della maggioranza degli amministratori della società stessa. In tal modo, Aem, pur passando sotto il controllo finanziario privato, rimaneva, in ogni caso, gestita dal Comune di Milano, divenuto nel frattempo socio di minoranza.

<sup>330</sup> Che si verificherebbe nel caso di specie, in quanto il soggetto pubblico potrebbe nominare un numero potenzialmente illimitato di amministratori a prescindere dalla quota di azioni dallo stesso posseduto nella società e, quindi, a discapito dell'eventuale soggetto privato, il quale, pur in possesso di azioni in misura maggioritaria sarebbe esposto al pericolo di perdere il controllo effettivo sull'operato della società.

<sup>331</sup> In particolare la Corte ha mosso il suo ragionamento dal generale principio secondo cui, ai sensi dell'art. 56 del TCE, sono idonee a violare il principio di libera circolazione dei capitali tutte quelle restrizioni al movimento dei capitali tra gli Stati membri – intesi, in conformità a quanto specificato dalla direttiva del Consiglio 24 giugno 1988, n. 88/361/CE, come quegli investimenti effettuati allo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa – che siano idonee a *“impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime”*.

società, ma la possibilità di apporre modifiche statutarie tali da eliminare la clausola di che trattasi<sup>332</sup>.

In proposito, vale la pena ricordare come parte della dottrina<sup>333</sup> abbia criticato le conclusioni della Corte sulla scorta della considerazione per cui la previsione è considerata illegittima solamente in quanto derivante da una previsione generale normativa, mentre se derivasse dall'introduzione di apposita clausola statutaria approvata all'unanimità dai soci, diverrebbe automaticamente legittima e considerata legittima espressione della libertà negoziale dei soci.

In considerazione della citata dichiarazione di incompatibilità con il diritto comunitario, quindi, il legislatore ha provveduto all'emanazione di apposita norma<sup>334</sup> modificativa del precedente art. 2449 c.c..

L'attuale testo della disposizione, oltre ad escludere dall'applicazione le società quotate in borsa<sup>335</sup>, prevede che possa essere riservata al soggetto pubblico, la nomina di un numero di amministratori o sindaci o componenti del collegio di sorveglianza che sia proporzionale all'entità della partecipazione al capitale sociale del medesimo soggetto pubblico e che gli organi sociali così nominati possano stare in carica solamente per tre anni.

In tal modo, quindi, il legislatore, onde ottemperare a quanto sollevato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha ancorato il diritto di nomina dell'organo sociale da parte dell'ente pubblico alla partecipazione, prevedendo che il numero

---

<sup>332</sup> Sul punto si veda, DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in giur. comm. 2008.

<sup>333</sup> CORRADI, La proporzionalità tra partecipazione e "potere di controllo" nell'art. 2449 c.c., cit.

<sup>334</sup> Art. 13, comma 1, della legge 25 febbraio 2008, n. 34.

<sup>335</sup> A cui riserva apposita disciplina, la quale prevede che: "*alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti*" (comma 4 dell'art. 2449 del codice civile).

degli stessi debba essere parametrato all'entità della partecipazione medesima. Con il nuovo impianto normativo, dovrebbe ovviarsi al pericolo di modificare l'equilibrio tra possesso azionario e controllo della gestione della società.

Anche la vigente disposizione è stata, tuttavia, da subito, fatta oggetto di critiche da parte della dottrina. Vi è stato, infatti, chi<sup>336</sup> ha ritenuto che la previsione di limitare la possibilità di nomina ad un numero di soggetti proporzionale alla quota partecipativa, non sia sufficiente a superare le possibili ulteriori censure da parte del giudice comunitario.

Ed infatti, il legislatore, secondo l'Autore, dimentica che il socio pubblico, oltre a tale potere ulteriore, mantiene anche le normali prerogative dei soci e, quindi, concorre, insieme ed al pari degli altri soci, alla nomina anche degli altri organi societari. In tal modo, pertanto, la somma delle due prerogative, potrebbe potenzialmente essere ancora una volta sufficiente a creare una sproporzione tra proprietà e controllo, in quanto il socio pubblico avrebbe comunque un peso maggiore rispetto a qualsiasi altro socio privato.

In tale ottica, quindi, sarebbe probabilmente stato più conforme alla disciplina comunitaria, la previsione di limiti oggettivi alla possibilità di utilizzo di siffatto potere da parte del socio pubblico, derivanti dalla necessità di tutelare appositi interessi pubblici, in linea con quanto previsto, invece, in sede di elaborazione dei poteri speciali derivanti dalle privatizzazioni, dei quali ci si accinge a parlare.

#### ***4. Le norme di carattere speciale derivanti dalle privatizzazioni***

Con il processo di privatizzazione ampiamente descritto nel capitolo precedente, l'amministrazione pubblica ha provveduto prima ad una progressiva trasformazione dei soggetti pubblici economici (enti pubblici economici, enti di gestione e

aziende organo) in società per azioni, sottoposte, in quanto tali, al regime ordinario del codice civile, e poi alla cessione del controllo sulle stesse a soggetti privati. Il processo, come già detto, aveva quale intento principale (oltre al ripianamento del debito pubblico venutosi a creare negli anni di gestione pubblica dell'economia) quello di rendere le imprese pubbliche più efficienti e competitive assoggettandole a logiche privatistiche di mercato e concorrenza.

Parimenti, nel medesimo periodo, si è assistito ad una spinta (guidata dalla sempre più pressante presenza della Comunità europea) alla liberalizzazione di taluni settori ritenuti di interesse generale (energia, comunicazioni, trasporti...).

Ad esito della prima fase del processo di che trattasi (la privatizzazione formale) le società da ciò risultanti furono assoggettate ad una disciplina particolare da applicarsi nel periodo intercorrente tra l'avvenuta trasformazione in società di capitali e la successiva dismissione del controllo azionario.

Tale disciplina, denominata "*diritto transitorio della privatizzazione*"<sup>337</sup> prevedeva un generale assoggettamento delle società derivanti dalle privatizzazioni sostanziali al diritto privato delle società<sup>338</sup>, ma anche una serie di poteri speciali<sup>339</sup>

---

<sup>336</sup> DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit.

<sup>337</sup> MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, in riv. soc., 1994.

<sup>338</sup> Il comma 5 dell'art. 1 del d.l. 396/91 disponeva che le società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali e degli altri enti pubblici economici, nonché delle aziende autonome statali "*sottoposte alla normativa generale vigente per le società per azioni*".

<sup>339</sup> Ai sensi dell'art. 1 del d.l. 386/91, alle società privatizzate, infatti, si applicavano quattro diverse tipologie di poteri speciali: 1) approvazione da parte del Ministro del bilancio e della programmazione economica, di concerto con il Ministro del tesoro e con i Ministri competenti, delle deliberazioni concernenti il diritto di voto (comma 4); 2) obbligo di sottoporre i bilanci alla revisione di cui all'art. 14 della legge 12 agosto 1977, n. 675 (comma 5); 3) potere di nomina di rappresentanti dello Stato nelle assemblee delle società e nei collegi sindacali da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministri del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e delle finanze e con gli altri Ministri competenti, sentito il CIPE (comma 6); 4) possibilità di emanazione nei confronti delle società per azioni di direttive aventi ad oggetto indirizzi di carattere generale (comma 7).

riservati a tali società quali conseguenza del mantenimento del totale possesso azionario pubblico<sup>340</sup>.

Le specialità previste per la disciplina delle imprese derivanti dalle privatizzazioni formali avrebbero dovuto scomparire del tutto una volta attuata la fase successiva di dismissione del controllo azionario pubblico. Le società risultanti da detta seconda fase avrebbero, quindi, dovuto essere assoggettate interamente e solamente alla disciplina civilistica in materia di società pubbliche.

Tuttavia, il legislatore non ha seguito integralmente tale strada ed ha individuato talune tipologie di società, le quali, in funzione delle attività svolte<sup>341</sup>, sono state assoggettate ad alcuni interventi correttivi volti a far entrare l'interesse pubblico tutelato nella gestione delle società stesse, anche a seguito della cessione del controllo.

La previsione di norme speciali in detti settori deriva dalla considerazione per cui le attività in questione rispondono ad interessi pubblici che non vengono meno per il solo fatto che la gestione divenga privata invece che pubblica<sup>342</sup>. Anzi, tale nuovo assetto gestorio non può che richiedere una maggior attenzione alla tutela di siffatti interessi, i quali, se prima erano controllati dall'ente pubblico attraverso l'intervento diretto, in qualità di socio totalitario o maggioritario, ora rischierebbero di essere sacrificati in favore del soddisfacimento di interessi tipicamente indi-

---

<sup>340</sup> Secondo MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, cit. la previsione di disposizioni speciali derogatorie non può essere giustificata dalla necessità di regolare il periodo transitorio, ma alle società privatizzate sarebbe dovuto essere applicato direttamente e a decorrere dalla data della loro trasformazione il diritto societario *tout court*. Secondo OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in riv. dir. civ., 1994, le peculiarità di tale disciplina comportano una vera e propria divaricazione del modello societario e, quindi, la stessa rappresenta una incoerenza tra mezzi e fini, tanto da far venir meno anche la stessa utilità di una trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici, qualora, come nel caso di specie, si pervenga al mantenimento ( o anche al rafforzamento) di una funzione pubblica in capo a tali nuovi soggetti.

<sup>341</sup> Attività di interesse generale (operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi) (Art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94).

viduali e privatistici dei nuovi soci privati. Ciò in maniera particolare ove alla privatizzazione della gestione non corrisponda anche un'apertura alla concorrenza, ma il mantenimento di una posizione di assoluto monopolio, il quale diverrebbe, da monopolio pubblico, monopolio privato<sup>343</sup>.

Si tratta della disposizione contenuta nell'art. 1 *bis* del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, a mente della quale è stata prevista l'istituzione di appositi organismi di regolazione nonché della disposizione di cui all'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, a mente della quale è stata prevista la possibilità di introdurre taluni poteri speciali negli statuti delle società in questione<sup>344</sup>.

#### **4.1. Le Autorità di regolazione**

Occorre innanzitutto soffermarsi sul fenomeno delle c.d. *authorities*, ovvero di quelle autorità indipendenti costituite dallo Stato onde consentire una regolazione ed un controllo di taluni settori, spesso gestiti solamente da parte di soggetti prettamente privati<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> SANINO, *Le privatizzazioni*, Roma, 1997.

<sup>343</sup> BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit.

<sup>344</sup> In proposito, per completezza si segnala che secondo SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006, 170 ss., tra gli strumenti di tutela dell'interesse pubblico successivamente alle privatizzazioni, sarebbe da annoverare anche la facoltà per il singolo ente pubblico di scegliere le modalità con cui procedere alla dismissione delle partecipazioni. Ed infatti, secondo l'Autore, scegliendo la trattativa privata, mediante selezione di un nucleo stabile di azionisti, l'amministrazione può indirettamente tutelare l'interesse pubblico, garantendo che la gestione della società sia affidata a determinati soggetti piuttosto che ad altri; viceversa, scegliendo l'offerta pubblica di vendita l'amministrazione opta evidentemente per una gestione da parte di un azionariato diffuso e non selezionato, sul modello delle *public companies*, e, quindi, ritiene che la regolazione e i poteri speciali possano essere sufficienti alla tutela dell'interesse pubblico oggetto di tutela.

<sup>345</sup> Per un'analisi sulla natura e le funzioni delle autorità indipendenti, si veda, *ex multis*, BASSI – MERUSI (a cura di),  *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993 e CASSESE – FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996.

Come già accennato nel capitolo precedente, infatti, l'art. 1 *bis* del d.l. 31 maggio 1994, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474<sup>346</sup>, prevedeva che la dismissione delle partecipazioni pubbliche in società espletanti attività di interesse generale (operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi) dovesse essere preceduta dall'istituzione di un ente indipendente avente il compito di regolare la gestione di tali attività dal punto di vista tariffario e qualitativo.

L'effettiva portata di tale obbligo fu oggetto, in quegli anni, di numerosi pareri del Consiglio di Stato che tendevano a limitarne l'ambito di applicazione alle sole società operanti in settori che, al di là del loro inserimento oggettivo tra quelli sopra indicati, realmente richiedessero un controllo in tal senso da parte dell'amministrazione pubblica<sup>347</sup>.

La creazione di siffatti organismi indipendenti risponde, evidentemente, all'esigenza di contemperare l'interesse dell'imprenditore privato al perseguimento del massimo lucro possibile, con l'interesse del soggetto pubblico di garantire, in determinati settori, il mantenimento di standard elevati e di prezzi calmierati a favore della collettività. In caso contrario, infatti, si rischierebbe che, in settori non particolarmente redditizi per natura, l'imprenditore, onde consentire il proprio soddisfacimento personale in termini di lucro societario, punterebbe su un abbassamento degli standard qualitativi e/o un innalzamento dei prezzi all'utente. Ciò se non addirittura (ma tale argomento riguarda non tanto la regolamentazione, bensì la previsione di incentivi in favore degli imprenditori) determinare l'abbandono totale del settore da parte dell'imprenditore privato medesimo.

---

<sup>346</sup> “Le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società di cui all'articolo 2 sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico”.

<sup>347</sup> Parere n. 2228 del 9 ottobre 1996, in *Privatizzazione senza autorità di regolazione?*, cit., e Parere n. 330 del 20 settembre 1995, cit., in merito ai quali si rimanda a quanto detto al punto 1.2. del Capitolo II del presente lavoro.

La soluzione introdotta dal legislatore per controllare il mantenimento di standard e prezzi è tanto più rilevante se impiegata in settori in cui l'imprenditore privato opera in regime di monopolio di fatto o naturale, situazione in cui verrebbe meno anche il fattore della concorrenza, fattore potenzialmente in grado di assicurare standard e prezzi di mercato<sup>348</sup>, senza necessità di interventi correttivi esterni.

In considerazione, quindi, della particolare e delicata funzione di mediazione tra interessi privati e pubblici, nonché di tutela di servizi rivolti alla collettività, il legislatore ha previsto che tale ruolo debba essere ricoperto da soggetti autonomi rispetto al potere politico<sup>349</sup>, i quali operino in condizioni di assoluta indipendenza ed autonomia<sup>350</sup>. La loro funzione, infatti, è quella di operare una regolamentazio-

---

<sup>348</sup> In tal senso, si legge, nella Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato il 30 aprile 1994, che *"l'efficace perseguimento degli obiettivi di tutela e di promozione della concorrenza nella fornitura di servizi di pubblica utilità risulta ancora più importante in un quadro di progressiva liberalizzazione dei mercati. La semplice rimozione dei diritti speciali ed esclusivi esistente potrebbe infatti risultare del tutto insufficiente a garantire una effettiva disciplina concorrenziale in mercati nei quali la permanenza di imprese in posizione fortemente dominante potrebbe in realtà seriamente pregiudicare le possibilità di accesso di nuovi operatori e lo sviluppo di condizioni efficaci e non distorte di concorrenza. [...] La disciplina originata dalla regolamentazione è funzionale a garantire l'efficienza gestionale dei servizi di pubblica utilità, soprattutto a seguito del processo di privatizzazione. Peraltro, occorre riconoscere che in questi settori la dismissione delle imprese implica al tempo stesso un insieme rilevante di opportunità e di rischi. Le opportunità riguardano la possibilità di orientare il processo di dismissione verso la prefigurazione di una struttura dei mercati funzionale all'operare della concorrenza, consentendo quindi, ove e quando possibile, il superamento della stessa necessità di regolamentazione degli accessi e del processo di formazione dei prezzi. I rischi risultano invece connessi all'eventualità che tali dismissioni si risolvano nella semplice sostituzione degli attuali monopoli pubblici con altrettanti monopoli privati, compromettendo così le possibilità di evoluzione concorrenziale dei mercati interessati e rendendo necessario, anche in una prospettiva di più lungo termine, il mantenimento di una regolamentazione strutturale dei mercati e di un sistema di controllo tariffario"*.

<sup>349</sup> Si segnala, in proposito, però che alcuni Autori (CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 239 e MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997) ritengono che l'indipendenza di tali soggetti dal potere politico non sia costituzionalmente legittima.

<sup>350</sup> L'indipendenza è assicurata mediante due differenti previsioni. Una che riguarda lo status dei membri che fanno parte delle autorità di regolazione, per i quali è previsto uno stringente regime di incompatibilità che perdura a lungo anche successivamente all'interruzione dell'attività presso le autorità stesse. L'altro riguarda, invece, il rapporto diretto dell'ente con lo stato, il quale comporta una vera e propria rottura del principio di responsabilità ministeriale, non potendo ricondurre dette

ne ed un controllo che deve essere del tutto svincolato da eventuali decisioni politiche e soprattutto partitiche<sup>351</sup>.

Gli organismi prescelti a ricoprire il ruolo di regolatori rientrano, pertanto, tra le c.d. autorità amministrative indipendenti, le quali sono organizzazioni amministrative strutturate come enti pubblici, a cui è garantita un'autonomia totale dalle autorità di Governo<sup>352</sup>.

Onde consentire l'avvio della regolazione dei servizi pubblici, nel 1995<sup>353</sup>, il legislatore emanò un'apposita norma contenente i principi generali in materia di tutela della concorrenza nei settori di pubblica utilità, nonché le disposizioni volte alla costituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità<sup>354</sup>.

Con riferimento alla citata legge 481/95 sono emersi taluni problemi.

Innanzitutto, si è evidenziata un'incertezza in merito alla possibilità di considerare l'elenco dei soggetti sottoposti all'applicazione della disposizione normativa da ultima citata come esaustivi di tutte le tipologie di servizi pubblici assoggettabili, in conformità a quanto previsto dall'art. 1 *bis* della legge 474/94, alla previa isti-

---

amministrazioni ad alcun ministero che ne sia responsabile in via diretta nei confronti del Parlamento. Tale particolare posizione ha indotto alcuni Autori (AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in riv. trim. dir. pubbl., 1997) ad attribuire alle stesse la qualifica di amministrazioni neutrali in tutto e per tutto differenti dalle amministrazioni pubbliche ordinarie.

Si noti, tuttavia, che le autorità di regolazione, pur non dipendendo dagli enti pubblici, sono comunque tenute a rispettare gli indirizzi di politica generale che vengono elaborati ed imposti dal Governo.

Sul punto si veda, ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 182.

<sup>351</sup> Sulle ragioni di tale scelta di autonomia dall'organo di scelta politica, si veda, tra gli altri, CONTI, *Le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in dir. economia, 1996.

<sup>352</sup> Sul punto di veda, anche, SANINO, *Le privatizzazioni*, cit.

<sup>353</sup> Si tratta della legge 14 novembre 1995, n. 481, la quale, pur avendo come obiettivo quello di regolare l'intero settore dei servizi pubblici, si limitava, in realtà a disciplinare solamente i settori dell'energia elettrica, del gas e delle telecomunicazioni.

<sup>354</sup> In realtà, come riportato da SANINO, *Le privatizzazioni*, cit., 90, la disposizione di limita ad enunciare i principi volti all'istituzione della sola Autorità di regolazione per i settori dell'energia elettrica e del gas (oggi regolata dalla legge 481/95 e dalla legge 23 agosto 2004, n. 239), rinviando

tuzione di apposite autorità. I fatti hanno successivamente risolto la questione in senso negativo, avendo il legislatore provveduto all'istituzione di autorità regolanti settori di attività esclusi da quelli di cui trattasi<sup>355</sup>.

Inoltre, la norma in questione, come auspicato da taluna dottrina<sup>356</sup>, non si è limitata a disciplinare le modalità con cui le autorità avrebbero dovuto regolamentare le tariffe e gli standard di qualità, ma ha integrato la precedente disposizione di cui all'art. 1 *bis* della legge 474/94, attribuendo alle stesse anche compiti relativi alla promozione della concorrenza e dell'efficacia dei servizi pubblici oggetto di regolamentazione<sup>357</sup>, trasferendo alle autorità un numero ingente di funzioni amministrative anche estranee ai loro compiti originari<sup>358</sup>.

La tendenza ad attribuire a tali autorità indipendenti compiti e poteri ulteriori rispetto a quelli per cui erano state originariamente ideate, è andata via via intensificandosi, tanto che oggi, le medesime autorità risultano non solo attributarie di funzioni amministrative, ma anche di funzioni normative<sup>359</sup> e paragiurisdizionali.

---

do, per gli altri settori, a successive disposizioni normative. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è stata, ad esempio, istituita e dettagliatamente regolata con legge 31 luglio 1997, n. 249.

<sup>355</sup> Si pensi, ad es., all'Autorità di regolazione dei trasporti.

<sup>356</sup> GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in riv. it. dir. pubbl. com., 1998.

<sup>357</sup> L'art. 1 dispone, infatti, che *“le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati "servizi", nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo”*.

<sup>358</sup> Per una completa disanima sulle funzioni assegnate alle Autorità, si veda, SANINO, *Le privatizzazioni*, cit., 92.

<sup>359</sup> Le autorità di regolazione, a differenza delle altre autorità indipendenti, sono titolari di veri e propri poteri amministrativi, anche di carattere normativo, quali il potere tariffario ed altre tipologie di poteri quali ad es. il poter di adottare o proporre il rilascio di autorizzazioni e concessioni. In tal senso, se veda, ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 182.

L'estensione delle funzioni svolte da detti soggetti ha portato alcuni Autori<sup>360</sup>, come sopra già accennato, a dubitare della loro legittimità costituzionale. Ed infatti, l'indipendenza e l'assenza di qualsivoglia responsabilità politica in capo a tali soggetti poteva forse essere giustificata fintanto che gli stessi avessero espletato solamente attività meramente tecniche di regolazione economica e qualitativa, ma non sembrerebbe più compatibile con le disposizioni del nostro ordinamento, a mente delle quali le stesse si sono ritrovate ad espletare oltre alle tipiche funzioni regolatorie anche funzioni normative.

Dall'altra parte, tuttavia, altra dottrina<sup>361</sup> ha ritenuto che l'indipendenza politica delle autorità di regolazione sia perfettamente legittima in considerazione del fatto che, in realtà, le stesse svolgono attività di controllo o di garanzia, che è da ritenersi radicalmente diversa sia dalla funzione normativa che da quella giurisdizionale pure e che, in quanto tale, può essere assicurata solamente attraverso il mantenimento di una posizione di assoluta indipendenza ed autonomia da altri poteri politici.

In ogni caso, le autorità di regolazione continuano ancora oggi ad essere lo strumento privilegiato (soprattutto dal diritto comunitario) per garantire l'intervento pubblico in taluni settori sensibili dell'economia privata.

#### ***4.2. I poteri speciali (o golden share) dalle privatizzazioni ad oggi***

Altro strumento correttivo introdotto dal legislatore in sede di privatizzazioni sostanziali è quello dei c.d. poteri speciali<sup>362</sup>, impropriamente chiamati spesso "golden share".

---

<sup>360</sup> CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 239 e MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit.

<sup>361</sup> SANINO, *Le privatizzazioni*, cit. e CONTI, *Le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, cit.

#### ***4.2.1. Modalità di introduzione ed esercizio dei poteri speciali e tipologia dei poteri speciali stessi***

I poteri speciali sono stati introdotti con l'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, il quale ne delimitava sia l'ambito oggettivo, individuando i poteri che possono essere introdotti di volta in volta nelle società, sia l'ambito soggettivo, determinando le tipologie di società a cui tali poteri potevano essere attribuiti (ovvero quelle società che operassero “*nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi*”)<sup>363</sup>.

Tuttavia, l'individuazione di entrambi gli ambiti da parte del legislatore era generica e rimandava la concreta individuazione degli stessi a successive scelte discrezionali da operarsi da parte dell'autorità governativa<sup>364</sup>.

In particolare, sotto il profilo soggettivo, l'individuazione delle società da sottoporre ai poteri speciali di che trattasi era affidata al Presidente del Consiglio dei Ministri che doveva individuarle mediante l'adozione di apposito decreto<sup>365</sup>, mentre, sotto il profilo oggettivo, l'ampiezza e i contenuti dei poteri da attribuire a ciascuna società dovevano essere individuate dal Ministro del tesoro<sup>366</sup>.

---

<sup>362</sup> Da molti, del tutto erroneamente, come si vedrà, chiamata *golden share* (azione dorata).

<sup>363</sup> Con riferimento all'ambito soggettivo, si segnala, per completezza che gli stessi potevano essere applicati a tutte quelle società che, prima della dismissione, erano sottoposte a controllo diretto o indiretto da parte dello Stato (comma 1) ovvero alle società controllate, direttamente o indirettamente, da enti pubblici, anche territoriali ed economici (comma 3).

<sup>364</sup> L'iter di introduzione dei poteri speciali di che trattasi che prevede, nella sostanza che l'introduzione del potere avvenga, in definitiva, per opera di un atto amministrativo discrezionale di un organo pubblico, sembrerebbe quasi far dubitare della possibilità di far rientrare detti poteri tra i c.d. poteri *ex lege*, trattandosi di poteri derivanti da un provvedimento espressione del potere amministrativo e non legislativo.

<sup>365</sup> L'adozione del decreto avrebbe dovuto essere compiuta, ai sensi del comma 1 dell'art. 2 del d.l. 332/1994, convertito in legge 474/1994, “*su proposta del Ministro del tesoro e d'intesa con i Ministri del bilancio e della programmazione economica e dell'industria, del commercio e dell'artigianato, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti commissioni parlamentari*”.

<sup>366</sup> Il comma 1 bis, inserito in sede di conversione dalla legge 474/94, prevedeva che “*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 com-*

Le scelte di cui sopra sono state lasciate, pertanto, al libero apprezzamento dei soggetti pubblici coinvolti, i quali potevano, in tal modo, adattare le previsioni generali ai casi concreti, tenendo in considerazione sia l'incidenza dell'interesse pubblico nella società in questione, sia il concreto rischio che tale interesse non venisse tutelato in relazione alla situazione di fatto in cui la società stessa si trovava ad operare (si pensi, ad es., alla differente situazione che si viene a generare a seconda che si tratti di società destinata ad operare in situazione di monopolio ovvero all'interno di un libero mercato concorrenziale).

Unico vincolo imposto dal legislatore alla scelta che i sopra detti soggetti dovevano operare in merito all'individuazione delle società da sottoporre ai poteri speciali, era rappresentato dalla generica previsione, introdotta in sede di conversione in legge del d.l. 332/94<sup>367</sup>, della rispondenza della scelta agli “*obiettivi nazionali di politica economica e industriale*”<sup>368</sup>.

Concretamente, la disposizione di cui all'art. 2 del d.l. 332/1994, convertito in legge 474/94, prevedeva che i poteri speciali fossero introdotti all'interno delle società all'uopo individuate mediante l'adozione di apposita clausola statutaria da parte dell'assemblea straordinaria della società, prima di procedere con l'alienazione del controllo societario in favore dei privati.

Una volta introdotti i poteri speciali all'interno dello statuto delle società, gli stessi venivano esercitati da parte del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro del

---

*mercio e dell'artigianato*”. Si noti che, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo 1, con riferimento all'introduzione di poteri speciali in società sottoposte originariamente al controllo da parte degli altri enti pubblici territoriali ed economici, la decisione in merito all'assoggettamento o meno ai poteri spetta al medesimo ente pubblico che sarà successivamente deputato ad esercitarlo (SANNINO, *Le privatizzazioni*, cit.).

<sup>367</sup> Così il comma 1 dell'art. 1 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94.

<sup>368</sup> Si noti, peraltro che l'introduzione di detto vincolo alla scelta relativa all'introduzione dei poteri speciali all'interno delle società, ha portato taluna dottrina (GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit.) a rilevare che i provvedimenti amministrativi di adozione dei poteri debbano essere accompagnati da adeguate

bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato<sup>369</sup>.

Ciò detto in merito all'individuazione soggettiva dei poteri speciali, occorre ora soffermarsi su un'analisi del contenuto che tali poteri potevano assumere.

Ed infatti, i poteri speciali introdotti con detta norma si possono suddividere in due macro tipologie<sup>370</sup>, ovvero quei poteri che afferiscono al governo dell'azionariato e quei poteri che afferiscono alla gestione stessa della società.

---

guata motivazione, onde consentire un sindacato sulla sua rispondenza agli obiettivi di politica economica e industriale.

<sup>369</sup> Con riferimento agli atti con cui viene concretamente esercitato il potere speciale nella società la dottrina ha discusso in merito alla possibilità di inquadrarli quali atti amministrativi o atti privatistici.

Una parte minoritaria della dottrina (COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in giur. comm., 1995; PERNA, *L'eccesso di tutela nelle privatizzazioni delle public companies*, in foro it., 1996; ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit.) ha, infatti, ritenuto che l'esercizio dei poteri speciali fosse da far rientrare tra gli strumenti tipici di diritto privato, sulla scorta della considerazione per cui l'immissione di siffatti poteri all'interno della società avviene mediante l'introduzione, ad opera dell'assemblea straordinaria, di una clausola statutaria *ad hoc*. Orbene, avendo tale clausola indubbiamente natura giuridica privatistica, ciò non potrebbe che comportare l'inevitabile qualificazione di siffatti poteri quale espressione di libertà negoziale privatistica.

Tale tesi non appare condivisibile in quanto, sebbene il concreto inserimento dei poteri all'interno dello statuto societario avvenga effettivamente mediante adozione di apposita delibera straordinaria, tuttavia, la delibera così adottata appare essere una mera formalità volta a recepire acriticamente decisioni già assunte dal soggetto pubblico all'esterno della società stessa e attraverso l'adozione di provvedimenti amministrativi propri (LIBONATI, *La faticosa accelerazione delle privatizzazioni*, in giur. comm., 1995).

Il che escluderebbe di per sé la possibilità di configurare gli atti di esercizio del potere quali espressione di potestà privatistiche.

La riconduzione dei poteri speciali all'interno dei poteri amministrativi, determina la qualificazione degli atti di esercizio di siffatti poteri da parte del Ministero quali atti amministrativi, in quanto tali sottoposti alla relativa disciplina pubblicistica (Secondo GAROFOLI, cit. e nello stesso senso, si veda anche COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, cit., quindi, anche in questo caso, il provvedimento deve essere necessariamente corredato da apposita motivazione) di cui alla legge 241/90 nonché al sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

<sup>370</sup> Secondo SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., 225, vi sarebbe, in realtà, un quinto potere speciale desumibile in maniera implicita dall'art. 1, comma 4 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, il quale prevede che “*nel caso in cui tra i partecipanti al nucleo stabile sia presente il Ministro del tesoro, questi può riservarsi, per un periodo da indicare nel contratto di cui al comma 3, il diritto di prelazione nel caso di cessione della partecipazione*”. Secondo l'Autore, infatti, la citata clausola non si con-

Tra i primi si possono enucleare i due poteri c.d. di gradimento e precisamente:

- a) il potere attraverso il quale il soggetto pubblico può esprimere il proprio gradimento o meno all'assunzione, anche indiretta, di partecipazioni rilevanti<sup>371</sup>;
- b) il potere attraverso il quale il soggetto pubblico può esprimere il proprio gradimento o meno alla conclusione di patti o accordi tra i soci che comportino per gli aderenti limitazioni o regolamentazioni del diritto di voto, obblighi o facoltà di preventiva consultazione per l'esercizio dello stesso, obblighi circa il trasferimento di azioni, ovvero qualunque accordo per l'acquisto concertato<sup>372</sup>.

---

figurerebbe come un'ordinaria clausola di prelazione, ma come un vero e proprio potere, in quanto attribuita solamente al Ministero del Tesoro in quanto ente pubblico, introdotta *ex lege* e non pattiziamente nonché potenzialmente diretta contro gli altri partecipanti al nucleo.

<sup>371</sup> La lettera a) del comma 1 dell'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, disponeva che poteva essere introdotta la facoltà di esprimere il “*gradimento da rilasciarsi espressamente all'assunzione, da parte dei soggetti nei confronti dei quali opera il limite al possesso azionario di cui all'art. 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 del tesoro con proprio decreto. Il gradimento deve essere espresso entro sessanta giorni dalla data della comunicazione che deve essere effettuata dagli amministratori al momento della richiesta di iscrizione nel libro soci. Fino al rilascio del gradimento e comunque dopo l'inutile decorso del termine, 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. In caso di rifiuto del gradimento o di inutile decorso del termine, il cessionario dovrà cedere le stesse azioni entro un anno. In caso di mancata ottemperanza il tribunale, su richiesta del Ministro del tesoro, ordina la vendita delle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante secondo le procedure di cui all'art. 2359- bis del codice civile*”.

<sup>372</sup> La lettera b) del comma 1 dell'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, disponeva che potesse essere previsto il potere di “*gradimento da rilasciarsi espressamente, quale condizione di validità, alla conclusione di patti o accordi di cui all'art. 10, comma 4, della legge 18 febbraio 1992, n. 149, come sostituito dall'art. 7, comma 1, lettera b ), del presente decreto, 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 del tesoro con proprio decreto. Fino al rilascio del gradimento e comunque dopo l'inutile decorso del termine, i soci aderenti al patto non possono esercitare il diritto di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale. Ai fini del rilascio del gradimento la Consob informa il Ministro del tesoro dei patti e degli accordi rilevanti ai sensi del presente articolo di cui abbia avuto comunicazione in base al citato art. 10, comma 4, della legge n. 149 del 1992. Il potere di gradimento deve essere esercitato entro sessanta giorni dalla data della comunicazione effettuata dalla Consob. In caso di rifiuto di gradimento o di inutile decorso del termine, gli accordi sono inefficaci. Qualora dal comportamento in assemblea dei soci sindacali si desuma il mantenimento degli im-*

Nella seconda tipologia, invece, rientrano:

- a) il potere di veto all'adozione di determinate delibere incidenti su aspetti rilevanti della vita societaria<sup>373</sup> 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 speciali previsti;
- b) il potere di nomina di amministratori e sindaci<sup>374</sup>.

#### **4.2.2. Critiche ai poteri speciali**

I poteri speciali introdotti dal legislatore italiano e sopra descritti sono stati oggetto, fin dalla loro prima formulazione, di una serie di critiche da parte della dottrina italiana, che possono essere, sostanzialmente, ricondotte a due profili.

Innanzitutto è stato da molti<sup>375</sup> rilevato che gli stessi si caratterizzavano per un'eccessiva ampiezza dal punto soggettivo, dal punto oggettivo e, soprattutto, dal punto di vista temporale.

Orbene, i poteri di che trattasi sono evidentemente derogatori dell'esistente disciplina di diritto comune applicabile alle società di capitali a prescindere dalla tipo-

---

*pegni assunti con l'adesione ai patti di cui al citato art. 10, comma 4, della legge n. 149 del 1992, le delibere assunte con il voto determinante dei soci stessi sono impugnabili*".

<sup>373</sup> La lettera c) del comma 1 dell'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, disponeva che potesse essere previsto il potere di "veto 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".

<sup>374</sup> La lettera d) del comma 1 dell'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, disponeva che potesse essere previsto il 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".

<sup>375</sup> Si veda, *ex multis*, SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., 208; GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit.; SANINO, *Le privatizzazioni*, cit.; LAZZARA, *Libera circolazione dei capitali e "golden share"*, in foro amm. CDS, 2002; DI PORTO, *Note sul regime giuridico delle privatizzazioni in Italia. In particolare nei servizi pubblici essenziali*, in giur. comm., 1999.

logia di azionisti (pubblici o privati) e dalla tipologia di attività concretamente eseguite.

Come tutte le deroghe alla normativa ordinaria, pertanto, la stessa è ammissibile nel momento in cui rappresenta un'eccezione rivolta a particolari e limitate fattispecie e risponda ad esigenze di interesse pubblico che non possono essere in alcun modo tutelate mediante strumenti differenti.

Nel caso di specie, invece, ciò che lamentava la dottrina era che l'ampiezza dei poteri speciali previsti dal legislatore fosse tale da rendere circostanze eccezionali quasi la regola.

Ed infatti, come detto, dal punto di vista soggettivo i poteri speciali potevano essere imposti a tutte quelle società che fossero partecipate, in via diretta e in via indiretta da qualsivoglia ente pubblico (statale, territoriale ed economico) e dal punto di vista oggettivo, erano passibili di venir applicate nei confronti di tutte le società che svolgessero un qualche servizio pubblico.

Inoltre, anche la tipologia stessa dei poteri potenzialmente inseribili in statuto è stata fatta oggetto di critiche in ragione della pregnanza ed invasività che gli stessi potevano assumere. Le prerogative assicurate al soggetto pubblico erano tali da attribuire a quest'ultimo un livello di ingerenza e di controllo sulla vita e sulla gestione delle imprese privatizzate<sup>376</sup> (i poteri speciali incidono su momenti fondamentali e strategici delle dinamiche gestionali della società) tale da trasformarlo nel reale e concreto gestore della società al posto del socio privato<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> Si veda Corte Costituzionale 10 febbraio 1997, n. 29, in gazz. giur., 1997.

<sup>377</sup> Per completezza vale la pena di ricordare che, come riportato anche da GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit., vi era anche chi (LIBONATI, *La faticosa accelerazione delle privatizzazioni*, cit.) riteneva che la portata di siffatti poteri speciali fosse, in realtà marginale, avendo ad oggetto singoli atti gestori e non l'attività nel suo complesso, permettendo, conseguentemente, il mantenimento della gestione globale della società in capo ai soci di controllo privati.

Non solo. Ciò che maggiormente rendeva detti poteri speciali inaccettabilmente ampi, era l'assenza di una previsione temporale di durata degli stessi.

I poteri speciali così previsti, nell'originario intento del legislatore, avrebbero dovuto avere carattere transitorio ed essere, quindi, limitati dal punto di vista temporale. Le motivazioni alla base della loro introduzione, infatti, come sopra detto, erano riconducibili alla necessità per i poteri pubblici di assicurare che, nel passaggio da una gestione pubblica ad una gestione privata di talune particolari attività, connotate da un interesse generale, quest'ultimo non venisse del tutto sacrificato in favore degli interessi individualistici di cui il socio privato è portatore.

Il progressivo inserimento di dette società all'interno di un mercato concorrenziale avrebbe dovuto far venir meno la necessità di mantenimento di siffatti poteri speciali, garantendo da solo il mantenimento di standard qualitativi e prezzi idonei.

E tuttavia, il legislatore non ha previsto alcun termine temporale<sup>378</sup> alla durata dei poteri speciali, permettendo, in concreto, che gli stessi potrebbero rimanere all'interno degli statuti per un periodo potenzialmente illimitato<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> Secondo ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit. l'art. 2 fa luogo ad un'applicazione selvaggia della *golden share* prevista dalla legislazione inglese, atteso che "*i diritti che il nostro decreto riserva al Ministro del Tesoro sembrano essere fissati in eterno*".

<sup>379</sup> Si noti che, secondo, alcuni Autori (SANINO, *Le privatizzazioni*, cit.), pur non essendo espressamente previsto dal legislatore un termine di durata dei poteri speciali di che trattasi, in realtà, non si dovrebbe ritenere che gli stessi abbiano carattere illimitato. Ed infatti, essendo gli stessi introdotti nelle società mediante l'approvazione e l'inserimento di apposita clausola statutaria, ben potrebbero essere rimossi mediante eliminazione della stessa da parte dell'assemblea straordinaria dei soci. A tale considerazione, tuttavia, è stata opposta (ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit.; JAEGER, *Privatizzazioni*, in enc. giur.; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2011) la considerazione per cui, essendo indispensabile per la loro modifica o soppressione l'adozione di una delibera volta a modificare la clausola statutaria contenente il potere speciale stesso, la stessa poteva potenzialmente essere bloccata grazie al potere di veto del Ministro del Tesoro sull'assunzione di delibere volte a modificare clausole statutarie esistenti. Nella sostanza, quindi, la decisione in merito al mantenimento o meno dei poteri speciali rimaneva in capo allo stesso destinatario del potere medesimo, con ciò vanificando la possibilità per i soci privati di eliminare il potere speciale una volta venuti meno i motivi alla base della sua assunzione.

Ciò che, tuttavia, è stato fatto maggiormente oggetto di critiche era la circostanza per cui i poteri speciali introdotti dal legislatore italiano, a differenza di quanto previsto in Inghilterra e in Francia, erano, di fatto, attribuiti anche in maniera svincolata dal possesso di qualsivoglia azione da parte dei pubblici poteri all'interno delle società medesime<sup>380</sup>.

La previsione dei poteri speciali deriva dall'importazione in Italia del modello della *golden share* inglese<sup>381</sup> e della *action spécifique* francese<sup>382</sup>, le quali, tuttavia, non rappresentano dei poteri speciali introdotti in favore dell'ente pubblico in quanto tale anche se esterno alla società stessa, bensì si configurano come azioni c.d. privilegiate o dorate.

Ed infatti, in entrambi gli ordinamenti i soggetti pubblici acquisiscono i poteri speciali a fronte dell'acquisto o del mantenimento all'interno della società di interesse della proprietà di almeno un'azione.

Tale differenza denota l'adozione, da parte del legislatore di tali Stati, di una impostazione radicalmente diversa dei poteri medesimi rispetto a quella adottata dal legislatore italiano.

Ed infatti, sebbene molto spesso l'azione di che trattasi abbia, in realtà, valore del tutto simbolico (in Inghilterra solitamente vale una sterlina), il solo fatto che il soggetto titolare di poteri speciali mantenga in ogni caso la qualità di socio, de-

---

<sup>380</sup> Si noti, però, che, come precedentemente, illustrato una previsione similare esisteva anche nel testo originario dell'art. 2459 del codice civile, il quale prevedeva la possibilità che la legge o l'atto costitutivo attribuisse allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci.

<sup>381</sup> La *golden share* in Inghilterra è stata introdotta per impedire eventuali scalate di soggetti stranieri o, comunque, sostanziali mutamenti dell'assetto del controllo delle società in via di privatizzazione. In Inghilterra, tuttavia, l'esercizio dei poteri discendenti dall'azione privilegiata in favore degli enti pubblici, a differenza di quanto previsto in Italia, ha sempre avuto un limite temporale ben definito.

<sup>382</sup> L'*action spécifique* francese presentava ampiezza ancora più limitata rispetto alla *golden share* inglese, in quanto si limitava a prevedere la facoltà in capo al soggetto pubblico azionista di imporre dei tetti di possesso azionari agli azionisti privati.

termina una fondamentale differenza rispetto alla fattispecie italiana in cui il soggetto pubblico si fa rappresentante di un interesse *extra* sociale.

Nel caso delle azioni dorate inglesi o francesi la circostanza per cui siano attribuiti particolari privilegi ad una determinata categoria di azioni, rientra in una fattispecie perfettamente contemplata dal diritto comune delle società (anche in Italia)<sup>383</sup> ed utilizzabile anche a prescindere dal caso di specie, in usuali rapporti tra soci<sup>384</sup>. L'unica differenza, in tal caso, è rappresentata dal fatto che la previsione del privilegio deriva dalla legge e non da disposizioni negoziali inserite all'interno dell'atto costitutivo o dello statuto.

Diversamente, la circostanza per cui l'assegnazione del privilegio, in Italia, prescinda totalmente dallo *status* di azionista è, di per sé idonea a creare una vera e propria alterazione del diritto societario ed a sollevare, conseguentemente, problematiche di non poco conto in merito alla sua legittimità e compatibilità con il diritto societario e non solo. Tanto più se, come visto, i privilegi di che trattasi hanno ampiezza e durata quasi indefinibili<sup>385</sup>.

---

<sup>383</sup> L'art. 2348 del codice civile italiano, prevede, in linea generale, che “*le azioni devono essere di uguale valore e conferiscono ai loro possessori uguali diritti*”, ma anche che è possibile “*creare, con lo statuto o con successive modificazioni di questo, categorie di azioni fornite di diritti diversi [...]*”.

<sup>384</sup> Sul punto, si veda, SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., il quale, tuttavia, appare sostenere che, in realtà, il possesso di un'azione del tutto simbolica o l'assenza di qualsiasi tipologia di azione per l'attribuzione di poteri speciali, non cambi poi tanto nella sostanza.

<sup>385</sup> Secondo GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit. però, la circostanza per cui i poteri sono stati previsti in Italia del tutto svincolati dal possesso azionario, non è circostanza di rilievo e non configura, a suo parere, alcuna violazione o anomalia sostanziale al diritto societario, essendo giustificata da interessi pubblici sicuramente di rilievo. Ciò che veramente contribuisce a rendere tale fattispecie di dubbia legittimità è, invece, la sua ampiezza soggettiva, oggettiva e temporale.

In particolare, è stato rilevato<sup>386</sup> che la conformazione data ai poteri speciali in Italia è da ritenersi incompatibile sia con taluni aspetti del diritto interno che con il diritto comunitario.

Quanto al primo profilo, non può sfuggire, *in primis*, come la previsione di ampie ed illimitate prerogative speciali in capo al soggetto pubblico, anche non più socio della società, contrasti in maniera evidente con gli obiettivi stessi della privatizzazione e della liberalizzazione del mercato<sup>387</sup>.

Tali processi sono stati, infatti, avviati al fine di consentire una maggiore efficienza delle imprese *ex* pubbliche nonché un'apertura alla concorrenza dei mercati prima riservati alla gestione pubblica. Orbene, il mantenimento da parte dello Stato o degli altri enti pubblici di poteri speciali così pregnanti da far perdurare, nella sostanza, la situazione di gestione delle società di che trattasi in mano pubblica esattamente come lo era precedentemente, non consente la realizzazione di detti obiettivi e vanifica l'intera procedura di privatizzazione sostanziale<sup>388</sup>.

E' da ritenersi quasi paradossale che in un processo volto a far sì che il diritto pubblico ceda il passo al diritto privato, vengano introdotte disposizioni aventi l'effetto esattamente opposto ovvero quello di far nuovamente piegare il diritto privato al diritto pubblico ed agli interessi generali<sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup> GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit.; SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit.; DI PORTO, *Note sul regime giuridico delle privatizzazioni in Italia. In particolare nei servizi pubblici essenziali*, cit.

<sup>387</sup> Sul tema, si veda, BOSCOLO, *Le Golden share di fronte al giudice comunitario*, in foro it. 2002; ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit.; SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in riv. soc., 1996.

<sup>388</sup> GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit.

<sup>389</sup> VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in foro amm. CdS, 2003.

La previsione ed il mantenimento illimitato di siffatti poteri speciali, inoltre, è apparso lesivo del principio di parità tra i soci delle società per azioni, essendo idoneo a scavalcare o addirittura a vanificare i diritti degli azionisti privati relativamente alle scelte da operar in merito alla gestione della società<sup>390</sup>.

L'incompatibilità di siffatte previsioni con le disposizioni di diritto interno hanno portato alla proposizione di apposito referendum abrogativo dell'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, il quale superò il vaglio della Corte Costituzionale<sup>391</sup>, ma ebbe esito negativo per mancato raggiungimento del *quorum*.

Orbene, ciò detto in merito alle incompatibilità con il diritto interno, veniamo ora ad analizzare la circostanza per cui siffatti poteri rappresentavano una potenziale violazione dei principi comunitari di proporzionalità (nella misura in cui siano previste deroghe alle normali disposizioni di diritto comune maggiori rispetto a quelle strettamente necessarie alla realizzazione dell'interesse superiore sotteso), di circolazione dei capitali, di disparità di trattamento nonché del diritto di libertà di stabilimento (nella misura in cui i poteri speciali attribuiti abbiano ad oggetto la possibilità di porre un veto o un limite all'acquisto di azioni soprattutto ove questo limite riguardi l'acquisto delle azioni da parte di soggetti provenienti da paesi stranieri).

La giurisprudenza comunitaria dell'epoca si è spesso occupata<sup>392</sup> dei poteri speciali introdotti nei vari Stati europei negli anni '90 dello scorso secolo arrivando,

---

<sup>390</sup> DI PORTO, *Note sul regime giuridico delle privatizzazioni in Italia. In particolare nei servizi pubblici essenziali*, cit.

<sup>391</sup> Corte Costituzionale 30 gennaio 1997, n. 29, cit., la quale ha dimostrato condividere le paure sollevate dalla dottrina in merito al mantenimento dei poteri speciali così come previsti.

<sup>392</sup> Si vedano in proposito le sentenze della Corte di Giustizia, 4 giugno 2002, C-483/99, Commissione/ Repubblica francese; Corte di Giustizia 13 maggio 2003, C-463/00 e C-98/01, Commissione/ Spagna e Commissione/ Regno Unito; Corte di Giustizia 4 giugno 2000, C- 367/99 Commissione/ Regno Unito.

nella sostanza a statuire che, in linea generale, non sussiste un'astratta incompatibilità tra normativa comunitaria e poteri speciali, ma che questi ultimi, per non violare i principi comunitari di cui sopra, debbano rispettare determinati requisiti e limiti<sup>393</sup>.

In particolare, è stato rilevato che le deroghe alla disciplina ed ai principi in materia di libera concorrenza e mercato possano essere previste, ma solamente ove le stesse siano proporzionate all'obiettivo per il quale vengono poste<sup>394</sup> e soprattutto derivino da norme legislative interne precise e vincolanti per i soggetti che le devono porre in essere.

Ciò in considerazione di due ordini di ragioni.

Innanzitutto una configurazione dei poteri da parte del legislatore del tutto generica violerebbe il criterio di oggettività e determinatezza in quanto lascerebbe la individuazione precisa dell'entità e del contenuto del potere speciale in mano alle scelte discrezionali del soggetto pubblico, con ciò rendendo di difficile prevedibilità, per eventuali investitori subentranti, dell'effettivo contenuto delle decisioni che potranno prendere i titolari dei poteri speciali in merito a profili di gestione della società stessa (la Corte di Giustizia si riferisce in particolare a quei poteri speciali che prevedono l'obbligo di ottenere apposita autorizzazione preventiva da parte del soggetto pubblico per poter assumere decisioni anche rilevanti sulla vita societaria<sup>395</sup>).

---

ne/Repubblica portoghese; Corte di Giustizia, 4 giugno 2000, C- 503/99 Commissione/Repubblica belga.

<sup>393</sup> Per una ricostruzione sul tema, si veda, VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, cit. e LAZZARA, *Libera circolazione dei capitali e "golden share"*, cit.

<sup>394</sup> Corte di Giustizia, 4 giugno 2002, C-483/99, Commissione/ Repubblica francese, con nota si RICCIO, *Privatizzazioni: bocciate le golden share che limitano la ripartizione delle quote - La sproporzione delle norme rispetto all'obiettivo contrasta con la libera circolazione dei capitali*, in Guida al diritto, 2002, n. 24.

<sup>395</sup> Corte di Giustizia, 4 giugno 2002, C-483/99, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese.

In secondo luogo, l'attribuzione della delimitazione concreta dei poteri speciali ad una decisione discrezionale di tipo amministrativo contrasterebbe con il principio di legalità, secondo cui deroghe alle disposizioni imposte dalla comunità europea agli stati membri possono essere introdotte solamente mediante l'emanazione di apposita disposizione legislativa e non mediante l'emanazione di un mero atto amministrativo interno<sup>396</sup>.

Le critiche sopra riportate da parte della dottrina interna nonché della giurisprudenza comunitaria ai poteri speciali hanno portato il legislatore italiano ad introdurre numerose e progressive modifiche al sistema originariamente articolato.

#### ***4.2.3 L'evoluzione italiana dei poteri speciali***

Sulla spinta dei primi arresti giurisprudenziali sopra riportati, ed a seguito dell'apertura di una procedura di infrazione comunitaria<sup>397</sup> nei confronti dell'Italia relativamente proprio ai poteri speciali di cui all'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94, il Consiglio dei Ministri ha adottato, in data 4 maggio 1999, apposito DPCM (c.d. direttiva D'Alema), volto ad introdurre alcune preliminari modifiche all'impianto normativo esistente.

In particolare, con detta disposizione, il legislatore ha introdotto due norme volte a limitare ed circoscrivere l'applicazione dei poteri speciali. Con la prima<sup>398</sup> ha in-

---

<sup>396</sup> Sul punto, si veda, VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, cit.

<sup>397</sup> Avviata nel dicembre 1997 relativamente all'OPA lanciata da Olivetti nei confronti di Telecom e della conseguente introduzione da parte dello Stato dei poteri speciali di che trattasi.

<sup>398</sup> L'art. 1 del DPCM 4 maggio 1999, prevede che "i poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, hanno l'obiettivo di salvaguardare vitali interessi dello Stato e rispondono, nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario e comunque in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato, ad imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riguardo all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica ed alla difesa".

dividuato le finalità per cui gli stessi possono essere previsti (ovvero la salvaguardia di vitali interessi dello Stato e la necessità di tutelare interessi generali relativi all'ordine pubblico, alla sicurezza, alla sanità ed alla difesa) ed ha ancorato gli stessi al rispetto dei principi del diritto comunitario e nazionale (concorrenza e mercato); con la seconda<sup>399</sup> ha enunciato i criteri di esercizio dei poteri medesimi, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di idoneità e di proporzionalità.

E tuttavia, la disposizione così posta, pur potendo, in astratto, essere idonea a riallineare i poteri speciali al diritto comunitario, non fu considerata sufficiente a rendere compatibile la disciplina italiana con i principi comunitari, stante che la stessa era stata adottata attraverso una norma di rango inferiore<sup>400</sup> rispetto all'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94 e, pertanto, priva di capacità vincolante nei confronti dell'operatore. Il decreto fu, infatti, considerato<sup>401</sup> più come una sorta di circolare interpretativa affinché il Governo vi si adeguasse che non una vera e propria norma modificativa della disposizione precedente.

Ne conseguì pertanto l'instaurazione da parte della Commissione della Comunità europea di un giudizio di fronte alla Corte di Giustizia<sup>402</sup> con ricorso depositato il 19 febbraio 1999.

Nelle more della decisione da parte della Corte il legislatore italiano, ond'evitare la condanna da parte della comunità europea, provvide a trasporre la surriferita disposizione di cui al DPCM 4 maggio 1999 in norma di parigrado della prece-

---

<sup>399</sup> L'art. 2 del DPCM 4 maggio 1999, prevede che: *“i poteri speciali sono esercitati nei casi e nei limiti, anche temporali, previsti dagli statuti delle società interessate e nel rispetto dei principi di non discriminazione, di finalizzazione agli imprescindibili motivi di interesse generale di cui all'art. 1, di idoneità e proporzionalità al raggiungimento di queste ultime finalità, nonché nel rispetto dei criteri di cui al presente articolo”* ed individua i casi in cui il gradimento non possa essere mai concesso.

<sup>400</sup> SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit.

<sup>401</sup> VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, cit.

<sup>402</sup> Si tratta della causa C. 58/99, definita con sentenza della Corte di Giustizia 23 maggio 2000, di cui si parlerà poco oltre.

dente e, precisamente nell'art. 66, commi 3 e 4, della legge 23 dicembre 1999, n. 488.

Con il comma 3<sup>403</sup> il legislatore ha fundamentalmente reintrodotta la disposizione di cui all'art. 1 del DPCM precedentemente emanato, indicando le finalità per cui può essere ammessa la previsione di poteri speciali nelle società oggetto di dismissione da parte del soggetto pubblico.

Con il comma 4<sup>404</sup>, invece, il legislatore ha delegato il Presidente del Consiglio dei Ministri all'emanazione di apposite indicazioni relative ai criteri di esercizio dei poteri speciali. I criteri sono stati identificati mediante il successivo DPCM 11 febbraio 2000, il quale ripete pedissequamente quanto già previsto con il precedente DPCM 4 maggio 1999.

Orbene. Nonostante l'introduzione di dette ultime disposizioni la Corte di Giustizia ha accolto i rilievi mossi dalla Commissione ed ha dichiarato illegittima la normativa italiana in materia di poteri speciali di cui all'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94<sup>405</sup>, dichiarando di non poter prendere in considerazione le

---

<sup>403</sup> *“I poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, possono essere introdotti esclusivamente per 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 per quanto riguarda i limiti temporali; detti poteri sono posti nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione, e in coerenza con gli obiettivi, in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato”.*

<sup>404</sup> *“Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sono definiti i criteri di esercizio dei poteri speciali di cui al comma 3, nel rispetto di quanto previsto al medesimo comma; in particolare i poteri autorizzatori devono fondarsi su criteri obiettivi, stabili nel tempo e resi previamente pubblici”.*

<sup>405</sup> In particolare, la Corte di Giustizia ha condiviso la posizione espressa dalla Commissione, la quale aveva sollevato che i poteri speciali previsti dalla normativa italiana sono incompatibili con gli artt. 52 e 73 B del Trattato, in quanto conferiscono alle autorità italiane un potenziale potere di discriminazione che può essere utilizzato in modo arbitrario e non rispettano i principi secondo cui i poteri speciali *“che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato”* per essere ammissibili, *“devono soddisfare quattro condizioni, cioè devono applicarsi in modo non discriminatorio, devono essere giustificati da motivi imperativi di interesse*

nuove disposizioni, in quanto intervenute successivamente al termine stabilito nel parere motivato<sup>406</sup>.

Ciononostante il nuovo impianto normativo fu sottoposto ad analisi e critiche da parte della dottrina.

Sebbene vi sia stato anche chi<sup>407</sup> abbia ritenuto che le nuove disposizioni in materia avessero raggiunto l'equilibrio tra regole di mercato imposte dalla comunità europea e necessità di tutela degli interessi generali da parte dello Stato italiano, la maggior parte della dottrina ha ravvisato nelle nuove disposizioni ancora molti limiti.

Ed infatti, pur avendo il legislatore provveduto certamente a delimitare la discrezionalità del soggetto pubblico nell'esercizio dei poteri speciali, mediante l'introduzione di finalità e criteri, le nuove disposizioni, secondo la dottrina<sup>408</sup>, continuerebbero ad avere carattere troppo vago e concetti troppo imprecisi, assoggettabili a valutazioni di tipo politico discrezionale, di tale incidenza da aver, tutt'al più reso ancora più indispensabile un obbligo di motivazione<sup>409</sup>, ma non certamente reso sicure e prevedibili le modalità del loro esercizio.

---

*generale, devono essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo".*

<sup>406</sup> Corte di Giustizia 23 maggio 2000, causa C 58/99: "Secondo una costante giurisprudenza l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e la Corte non può tenere conto dei mutamenti successivi".

<sup>407</sup> DE PASQUALE, *Golden share all'italiana*, in dir. pubbl. comp. ed eur. 2000.

<sup>408</sup> VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, cit.

<sup>409</sup> SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., 234

La normativa di che trattasi è stata, quindi, fatta nuovamente oggetto di modifica<sup>410</sup> mediante l'emanazione dell'art. 4, commi 227 e ss. della legge 24 dicembre 2003, n. 350 con il quale sono state introdotte profonde modifiche all'impianto stesso dei poteri speciali di cui all'art. 2 del d.l. 332/94, convertito in legge 474/94.

In particolare, i poteri di gradimento (di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 2, sia riferiti all'acquisizione di azioni che alla conclusione di patti ed accordi) sono stati convertiti in poteri di opposizione ed è stato previsto che il loro esercizio dovesse essere espressamente e dettagliatamente motivato con riferimento al pregiudizio agli "*interessi vitali dello Stato*" che sarebbero stati pregiudicati in caso di mancata opposizione all'operazione che la società intendeva porre in essere; il potere di veto (di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 2) poteva essere esercitato solamente ove accompagnato da apposita motivazione "*in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato*"<sup>411</sup>; il potere di nomina di cariche sociali (di cui alla lettera d) del comma 1 dell'art. 2) è stato limitato alla mera possibilità di nomina di un solo amministratore, senza diritto di voto. L'individuazione concreta e dettagliata dei criteri per l'esercizio dei poteri speciali è stata successivamente fatta oggetto di apposito DPCM 16 giugno 2004, il quale ha provveduto ad identificare, sulla falsariga di quanto già previsto nei precedenti

---

<sup>410</sup> Anche a seguito di invio, nel febbraio 2003, da parte della Commissione europea, di lettera di messa al Governo italiano in merito alla necessità di modifica dei poteri speciali esistenti, ritenuti contrastanti con i principi del Trattato.

<sup>411</sup> Per completezza si segnala, inoltre, che, con tali nuove disposizioni, è stata introdotta espressamente la possibilità di impugnare il provvedimento di esercizio dei poteri davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, risolvendo molto problemi in relazione anche alla natura medesima del provvedimento (amministrativa o privatistica, di cui si è accennato in precedenza. Sul punto si veda, SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., 243.

DPCM sopra menzionati, i principi ed i casi in cui determinati poteri potevano essere utilizzati dal soggetto pubblico titolare degli stessi.<sup>412</sup>

Ebbene, appare da subito evidente come la nuova normativa avesse provveduto ad attenuare notevolmente la portata dei poteri speciali ed a limitare la discrezionalità del soggetto pubblico nel concreto esercizio degli stessi<sup>413</sup>, in ottemperanza a quanto richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, onde consentire la tutela dei principi del libero mercato.

Purtuttavia, anche tali disposizioni non hanno tardato ad essere sottoposte al vaglio della giurisprudenza comunitaria, come previsto da taluna dottrina<sup>414</sup>, la quale aveva da subito evidenziato che le disposizioni introdotte nel 2003 conservavano ancora pregnanti prerogative in favore del soggetto pubblico tali da costituire un possibile ostacolo alla libera circolazione dei capitali e, quindi, da esporre nuovamente la normativa italiana ad una censura da parte della giurisprudenza europea. La Corte di Giustizia, con sentenza 26 marzo 2009, C-326/07, ha nuovamente dichiarato i poteri speciali introdotti in Italia come incompatibili con la disciplina europea ed, in particolare, con i principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali.

La pronuncia, pur avendo ad oggetto i soli criteri di esercizio dei poteri così come indicati nel DPCM 10 giugno 2004, in realtà, ha sottoposto al vaglio di legittimità

---

<sup>412</sup> Vi è da dire, però che il nuovo DPCM appare da subito molto più dettagliato sia dal punto di vista dell'individuazione dei criteri da seguire nell'esercizio dei poteri speciali, sia in quanto impone che le società per cui sono già stati previsti i poteri speciali, di adeguare le disposizioni contenute nei singoli statuti.

<sup>413</sup> Vengono inseriti precisi e limitati presupposti per l'esercizio del potere speciale (interessi vitali dello Stato) e viene richiesta in tutti i casi una motivazione compiuta della scelta di utilizzare nel caso specifico il potere, consentendo un più pregnante e significativo controllo anche giudiziale su detta scelta.

<sup>414</sup> SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo*

i poteri speciali in quanto tali, così come previsti dall'art. del d.l. 332/94, modificato dalla legge 350/2003.

Innanzitutto la Corte di giustizia ha ribadito, ancora una volta, che uno dei punti critici dei poteri speciali previsti nella disciplina italiana è rappresentato dalla circostanza per cui, a differenza di quanto avviene in altri stati europei, gli stessi siano attribuiti al soggetto pubblici anche in assoluta assenza di qualsivoglia partecipazione societaria.

Ed infatti, qualora gli stessi fossero legati al possesso azionario, potrebbero sicuramente essere valutati in maniera più favorevole in considerazione della disposizione di cui all'art. 295 del Trattato istitutivo CEE<sup>415</sup>, che garantisce l'assoluta libertà in merito al regime proprietario interno di ciascuno stato membro. Ne conseguirebbe che, qualora i poteri discendessero dal possesso da parte dello Stato di una qualche azione c.d. privilegiata, l'incompatibilità alle disposizioni comunitarie sarebbe sicuramente meno evidente.

Ma ciò non basterebbe, in ogni caso (come peraltro conferma la già citata giurisprudenza volta a censurare le disposizioni del governo inglese e francese in merito all'ampiezza ed alle caratteristiche dei poteri speciali, seppur ancorate ad una azione "dorata" simbolica), in quanto, la previsione di poteri tali sovvertire i normali equilibri societari e di mercato, secondo quanto rappresentato dalla Corte, deve necessariamente rispettare taluni requisiti ed, in particolare deve essere precisa e puntuale, nonché contenere misure proporzionate al bene da tutelare per cui è posta.

Nel caso delle disposizioni di cui trattasi, per l'appunto, la Corte di Giustizia ha ravvisato l'assoluta genericità e imprecisione delle stesse, in quanto lasciavano,

---

*italiano*, in TORCHIA – BASSANINI, Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese, Firenze, 2005.

<sup>415</sup> Oggi art. 345 del Trattato dell'Unione europea, a mente del quale "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

nella sostanza, libero il soggetto pubblico di valutare, in maniera discrezionale, quando e in che modo porre concretamente in essere i poteri derogatoria ad esso attribuiti. La mera enunciazioni di principi da seguire per l'esercizio concreto dei poteri non poteva essere considerato sufficientemente vincolante per il soggetto effettivamente operante<sup>416</sup>.

Non solo. I poteri speciali di cui si discute sono stati considerati dalla Corte di Giustizia anche non proporzionati rispetto alle finalità da perseguire. Ed infatti, molti degli obiettivi perseguiti ben avrebbero potuto essere realizzati mediante l'applicazione di istituti differenti e decisamente meno invasivi del diritto dei soci privati, quale, ad es., l'ampliamento di poteri regolatori del mercato in capo agli organismi autonomi di regolazione.

La condanna in parola ha portato, quindi, il legislatore italiano ad abrogare l'art. 1, comma 2 del DPCM 10 giugno 2004, mediante emanazione di apposito DPCM 21 maggio 2010.

Ciononostante la normativa è stata ancora una volta oggetto di apposita segnalazione da parte della Commissione europea, la quale ha aperto una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, n. 2009/2255.

#### ***4.2.4. L'attuale disciplina italiana dei poteri speciali***

Il legislatore italiano è, infine e da ultimo, intervenuto in materia di poteri speciali mediante l'emanazione del d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge 11 maggio 2012, n. 56.

---

<sup>416</sup> Come riportato da DE ROSA, *La Corte di Giustizia condanna i criteri di esercizio della golden share*, riv. it. dir. pubbl. com., 2009, infatti, "la genericità della formulazione dei criteri di esercizio genera il pericolo che lo Stato possa esercitare i poteri di opposizione, veto e nomina ogni qualvolta un soggetto intenda acquistare una quota rilevante delle società operanti nei settori di cui al decreto legge 332/94, in maniera del tutto indiscriminata e fondata su valutazioni soggettive, ciò che scoraggerebbe gli investitori"

Tale decreto ha riformato integralmente la disciplina esistente sui poteri speciali, abrogando in via definitiva sia l'art. 2 del d.l. 332/94 così come da ultimo modificato con legge 350/2003, sia il DPCM 10 giugno 2004, in materia di criteri per l'esercizio dei poteri speciali stessi.

Il nuovo impianto normativo prevede due differenti discipline per i poteri speciali operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale (art. 1), nonché per i poteri speciali inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 2).

La prima modifica di fondamentale importanza riguarda l'ambito soggettivo di applicazione di tali poteri. La nuova disposizione, infatti, non fa più riferimento alle società derivanti da dismissione del controllo azionario pubblico, con ciò includendo nell'ambito di applicazione della stessa tutte le società, a prescindere dalla loro origine, che operano in detti settori, come specificamente individuati tramite apposito decreto o regolamento ministeriale<sup>417</sup>.

Sebbene formulate in maniera radicalmente diversa, le due disposizioni in questione prevedono entrambe l'attribuzione di poteri speciali in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale può esprimere il proprio veto all'assunzione di delibere che modifichino gli equilibri della società<sup>418</sup>, nonché opporsi ad eventuali acquisizioni da parte di soggetti esterni alle società stesse<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> Relativamente al settore della difesa e della sicurezza nazionale, è stato adottato, a tal fine, il DPCM 30 novembre 2012 n.253, successivamente abrogato e sostituito dal DPCM 6 giugno 2014 n. 108.

Relativamente ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni l'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione avviene *a contrario*, ovvero mediante individuazione delle fattispecie escluse dall'applicabilità della disposizione in esame.

<sup>418</sup> Con riferimento al settore della difesa e della sicurezza nazionale, il comma 1, lett. b) dell'art. 1 prevede la possibilità di esprimere il "veto all'adozione di delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione di un'impresa di cui alla lettera a), aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego". Tale veto può essere espresso solamente nel rispetto dei criteri

In entrambi i casi, le norme prevedono altresì i criteri e limiti oggettivi<sup>420</sup> al concreto esercizio di tali poteri da parte dello Stato, anche mediante l'identificazione puntuale di fattispecie rientranti sicuramente nei casi di necessaria applicazione dei poteri stessi.

Le nuove disposizioni, come appena descritte, si caratterizzano, oltre che per una evidente maggior delimitazione e determinazione dell'ambito applicativo dei sin-

---

enunciati al successivo comma 2, ed in particolare, tenendo conto della *“rilevanza strategica dei beni o delle imprese oggetto di trasferimento, l'idoneità dell'assetto risultante dalla delibera o dall'operazione a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale, la sicurezza delle informazioni relative alla difesa militare, gli interessi internazionali dello Stato, la protezione del territorio nazionale, delle infrastrutture critiche e strategiche e delle frontiere”*.

Con riferimento ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, il veto può essere espresso, ai sensi dell'art. 2, commi 2 e 3, nei confronti di *“qualsiasi delibera, atto o operazione, [...] che abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi o il cambiamento della loro destinazione, comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento all'estero della sede sociale, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia”*. Il veto può essere espresso qualora tali operazioni *“diano luogo a una situazione eccezionale di minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti”*.

<sup>419</sup> Con riferimento al settore della difesa e della sicurezza nazionale, il comma 1, lett. a) dell'art. 1 prevede la possibilità di imporre *“specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale e il comma 1, lett. c) dell'art. 1 prevede la possibilità di opporsi “all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in un'impresa di cui alla lettera a) da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale”*.

Con riferimento ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, ai sensi dell'art. 2, commi 5 e 6, 5, il Presidente del Consiglio dei Ministri, in caso di *“acquisto a qualsiasi titolo da parte di un soggetto esterno all'Unione europea di partecipazioni in società che detengono gli attivi individuati come strategici [...] sia di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto”* e comporti una minaccia [effettiva] di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato, può condizionare l'efficacia dell'acquisto all'assunzione da parte dell'acquirente di impegni diretti a garantire la tutela dei predetti interessi, ovvero, in caso eccezionale di rischio per la tutela degli interessi, non eliminabili attraverso l'assunzione degli impegni, opporsi all'acquisizione medesima.

goli poteri ed ad un loro ancoraggio ai principi espressi più volte in materia da parte della comunità europea, per l'aver reso ancora più forte ed evidente il distacco tra i poteri di che trattasi e la società.

Ed infatti, a differenza di quanto precedentemente previsto dal legislatore, non è più necessario un recepimento delle disposizioni in parola all'interno dello statuto della società, mediante apposita approvazione assembleare.

Tale differenza - che potrebbe apparire marginale (stante che, come sopra ampiamente evidenziato, l'obbligo di inserimento della clausola contenente i poteri speciali nello statuto societario, rappresentava un mero adempimento formale volto a far passare un potere in realtà proveniente esclusivamente dall'esterno come una previsione negoziale dei soci) - in realtà denota la volontà del legislatore di compiere un ulteriore arretramento dello Stato rispetto alla gestione della società di diritto privato, determinando indubbiamente un passo avanti verso il raggiungimento degli obiettivi stessi della privatizzazione sostanziale, ovvero dell'allontanamento del potere pubblico dalla gestione economica.

In tal modo, lo Stato assume una funzione di regolatore, e non già di amministratore, ed i poteri ad esso assegnati risultano funzionali non ad indirizzare l'attività della società stessa, bensì a soddisfare interessi collocati al di fuori della sfera societaria, mediante un esercizio dei poteri speciali solo occasionale ed in un'ottica di regolamentazione dell'intero settore e non della società in quanto tale<sup>421</sup>.

Ci si troverebbe, pertanto, di fronte ad un potere amministrativo, esercitato, coerentemente, attraverso l'utilizzo di uno strumento appartenente alla medesima sfera del diritto amministrativo e non, come avveniva nella precedente versione della

---

<sup>420</sup> Commi 2 e 3 dell'art. 1 e comma 7 dell'art. 2 del d.l. 21/2012.

<sup>421</sup> ARDIZZONE – VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, giur. comm. 2013.

disposizione in materia di poteri speciali, attraverso l'utilizzo - distorto e modificato - di uno strumento di diritto privato<sup>422</sup>.

Tale nuova configurazione del potere, se appare più coerente dal punto di vista del diritto interno societario, rischia, tuttavia, di esporre lo Stato italiano ad una nuova censura da parte del giudice comunitario, il quale ha più volte evidenziato che uno dei profili più critici delle disposizioni italiane in materia di poteri speciali, deriva proprio dal suo mancato ancoraggio alla partecipazione azionaria e, quindi, dalla sua operatività dall'esterno, quale imposizione discriminatoria da parte di un soggetto terzo esterno alle dinamiche proprie del sistema delle società per azioni.

---

<sup>422</sup> Sul punto, si veda, anche OPPO, *diritto privato e interessi pubblici*, in riv. dir. civ., 1994.



## CAPITOLO IV

### L'ASSOGGETTAMENTO DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO ALLA DISCIPLINA PUBBLICISTICA

SOMMARIO: 1. La disciplina comunitaria e la tutela della concorrenza - 1.1. I c.d. settori ordinari degli appalti pubblici e l'organismo di diritto pubblico - 1.1.1. Gli organismi di diritto pubblico e le esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale - 1.1.2. Gli organismi di diritto pubblico e il finanziamento o il controllo pubblico - 1.1.3. L'organismo di diritto pubblico *in parte qua* - 1.2. I c.d. settori speciali degli appalti pubblici - 1.2.1. Le imprese pubbliche e l'influenza dominante - 1.2.2. Le attività speciali e i diritti speciali ed esclusivi - 1.3. L'*in house providing* e il controllo analogo - 1.4. Il recepimento della normativa comunitaria nell'ordinamento italiano - 2. La disciplina nazionale - 2.1. Sull'esigenza di riduzione della spesa pubblica - 2.1.1. La responsabilità degli amministratori di imprese pubbliche - 2.2. Sull'esigenza di garantire la massima efficienza ed imparzialità amministrativa - 2.2.1. La legge sul procedimento amministrativo - 2.2.2. La disciplina in materia di anti corruzione

L'intervento pubblico nell'economia è un fenomeno che è sempre esistito ed ha assunto forme e rilevanza diversa a seconda dei periodi in cui si è verificato.

Con gli inizi del secolo scorso, in Italia, lo Stato ha posto in essere una massiccia espansione di tale intervento per consentire il controllo di taluni settori economici connotati da più o meno pregnanti interessi pubblici, nonché per salvare imprese private in crisi.

L'espansione del fenomeno ha, inevitabilmente, portato alla creazione di differenti e paralleli modelli di gestione dell'attività economica pubblica, caratterizzati da diversi gradi di presenza del soggetto pubblico.

Si aveva la gestione diretta del soggetto pubblico, mediante l'utilizzo dell'azienda organo ovvero degli enti pubblici economici, soggetti pubblici incaricati di svolgere attività privatistiche, senza perdere la propria posizione di soggetti facenti parte dell'organizzazione amministrativa; parallelamente si aveva la gestione indiretta del

soggetto pubblico, mediante l'utilizzo delle società di capitali partecipate in maniera diretta o indiretta dall'ente pubblico e gestite attraverso la struttura delle partecipazioni pubbliche che si è ampiamente illustrata nelle pagine precedenti.

Il sistema appena descritto si caratterizzava per la presenza contemporanea di due diversi modi di intervenire dello Stato nell'attività economica privata e ciò consentiva la possibilità di scegliere lo strumento più consono alle finalità da perseguire, senza dover adattare o deformare fattispecie normative esistenti.

Ed infatti, nel caso in cui i soggetti pubblici avessero scelto l'utilizzo dello strumento societario privato con partecipazione pubblica, fatto salvo per qualche deroga *ex lege*, accettavano automaticamente di assoggettarsi alla disciplina ed alle regole di diritto comune tipiche di detto particolare soggetto, senza introdurre disposizioni o regole che fossero idonee a modificarne la natura stessa.

L'ente pubblico tutelava l'interesse generale attraverso l'utilizzo degli strumenti societari a disposizione dei soci e, quindi, gestiva la società al pari di tutti gli altri soggetti privati soci. In tal modo, quindi, non si assisteva ad alcuna "confusione" tra amministrazione e società, tra ente pubblico e persona giuridica privata, così come la comunicazione tra i regimi (pubblicistico e privatistico) era molto rara<sup>423</sup>.

Qualora tale modalità di gestione non fosse stata sufficiente a garantire la tutela ed il raggiungimento dell'interesse pubblico, in quanto quest'ultimo contrastava con l'interesse societario proprio della società per azioni, ovvero in quanto il soggetto pubblico non fosse in posizione di controllo della società (e, quindi, subisse le decisioni di altri soci, in quanto tali, evidentemente, portatori di interessi diversi e spesso contrastanti rispetto a quelli del soggetto pubblico), l'ente pubblico ben poteva optare per l'utilizzo di forme di gestione dell'economia diverse e più garantiste, come le citate aziende organi e gli enti pubblici economici, i quali, pur comportandosi, nei confronti dei

soggetti terzi al pari di soggetti imprenditoriali, al loro interno venivano retti dalla normativa pubblicistica.

Purtroppo, tuttavia, suddetto sistema di intervento pubblico nell'economia andò ben presto in crisi per uno svariato numero di ragioni, che si sono dettagliatamente analizzate nel corso dei primi capitoli del presente lavoro, ma soprattutto a causa del pesante indebitamento pubblico causato proprio dall'enorme diffusione ed espansione della presenza pubblica sul mercato. Presenza che, in quegli anni, non si limitava a interessare settori connotati dalla presenza di un interesse generale da tutelare, bensì si espandeva anche ad ambiti prettamente industriali ed economici, trasformando i soggetti pubblici, sempre più spesso, in imprenditori veri e propri piuttosto che in soggetti incaricati della tutela degli interessi pubblici.

Una siffatta situazione non era più sostenibile, anche in considerazione del fatto che il legislatore comunitario, sempre più presente ed incidente anche nelle normative interne degli Stati, condannava la presenza del soggetto pubblico in settori che avrebbero dovuto essere aperti alla concorrenza. E ciò non tanto perché non considerasse legittima l'attività imprenditoriale anche da parte dei pubblici poteri – la cui decisione in merito spettava unicamente agli stati membri –, ma in quanto presupponeva che la sola presenza, senza correttivi di alcun tipo, del soggetto pubblico in taluni settori economici, fosse sufficiente a falsare gli equilibri di mercato, ponendo le società da esso detenute o partecipate in posizione di evidente vantaggio rispetto a quelle private<sup>424</sup>.

Il fallimento del sistema così descritto portò il legislatore della fine del secolo scorso a porre in essere un ampio ed esteso processo di privatizzazione dell'impresa pubblica, con il quale vennero a scomparire quasi del tutto i soggetti pubblici deputati

---

<sup>423</sup> Si veda, in tal senso, CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

<sup>424</sup> Si pensi, ad esempio, alla facoltà, generalmente riconosciuta in quell'epoca, per i soggetti pubblici di reintegrare in qualsiasi momento il patrimonio delle società partecipate, in tal modo evitando che le stesse si potessero mai trovare in passivo.

all'espletamento di attività economiche (le aziende organo e gli enti pubblici economici), trasformati progressivamente in società per azioni, e si procedette ad una lenta cessione delle partecipazioni di controllo pubbliche nelle società per azioni.

Il fenomeno delle privatizzazioni aveva come obiettivo quello di allontanare il soggetto pubblico dal mercato economico privato, restituendo la gestione della maggior parte delle attività espletate dagli enti pubblici (in maniera diretta o indiretta) alla concorrenza. A tal fine, il fenomeno delle privatizzazioni fu inevitabilmente accompagnato anche dal fenomeno delle liberalizzazioni, volte a garantire, insieme alla perdita del controllo pubblico in taluni settori, lo smantellamento dei monopoli esistenti in favore appunto di mercati concorrenziali o almeno aperti alla concorrenza.

Tuttavia, il processo di privatizzazione e liberalizzazione posto in essere a cavallo tra lo scorso secolo ed il secolo presente non raggiunse esattamente ed a pieno gli obiettivi inizialmente posti.

Ad esito delle trasformazioni e cessioni, infatti, la presenza diretta o indiretta dei soggetti pubblici nell'economia e la presenza di società c.d. pubbliche nel mercato, pur essendo sicuramente diminuita, non è certo venuta meno, soprattutto se si considerano gli ambiti economici che si caratterizzano per la presenza di interessi pubblici e generali molto forti (quali l'energia, la difesa, i trasporti, etc...).

Dall'altra parte però, non vi è dubbio che il processo abbia comportato una definitiva dismissione di quelle attività tipicamente imprenditoriali, facendo, nella sostanza, venir meno il ruolo dello Stato puro imprenditore e limitando la possibilità di utilizzo delle società di diritto privato da parte degli enti pubblici per l'espletamento di servizi pubblici o attività, in qualche modo, strumentali all'esercizio della funzione pubblica<sup>425</sup>.

---

<sup>425</sup> Con l'art. 3, commi 27 e ss. della legge 24 dicembre 2007, n. 244 è stato espressamente vietato agli enti pubblici di partecipare o costituire società che non svolgano attività di interesse generale ovvero attività strumentali alle funzioni pubbliche proprie dell'ente che le partecipa o costituisce.

E ciò soprattutto in quanto, da un lato, come già detto, la privatizzazione avvenuta a livello statale non è avvenuta a livello locale, dove, soprattutto con riguardo alla gestione dei servizi pubblici locali, gli enti locali hanno costituito un numero elevatissimo di imprese pubbliche<sup>426</sup>, e, dall'altro lato, anche a livello statale, soprattutto con riguardo ad alcuni settori ritenuti strategici, a fronte della dismissione della partecipazione di controllo nelle società espletanti dette attività, sono state mantenute prerogative molto forti in capo ai soggetti pubblici, anche se non più soci delle società medesime<sup>427</sup>.

Si è dunque passati, a livello nazionale, da un controllo formale ad un controllo sostanziale di alcuni settori particolari dell'economia, connotati da pregnanti interessi di carattere generale.

Orbene, il perdurare di una massiccia presenza di imprese pubbliche<sup>428</sup> in senso lato (si ricomprendono tra queste, come si dirà anche imprese in realtà formalmente e sostanzialmente private, ma sottoposte a controlli ed indirizzi pubblici talmente pregnanti da portarle ad essere quasi imprese pubbliche vere e proprie) sul mercato, ha, inevitabilmente, indotto il legislatore ed il giudice comunitari e nazionali, ad assoggettare le stes-

---

<sup>426</sup> Come illustrato nei primi capitoli, infatti, con riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali, si è passati da un sistema di gestione riservato a soggetti interamente pubblici (aziende municipalizzate o speciali, in economia, istituzioni) o a soggetti interamente privati (società private titolari di apposite concessioni), ad un sistema che, oggi, privilegia l'utilizzo di società per azioni miste, con partecipazione pubblica.

<sup>427</sup> Si fa riferimento, ovviamente ai poteri speciali previsti sia dalla disciplina codicistica che da norme speciali, di cui si è parlato ampiamente nello scorso capitolo.

<sup>428</sup> La presenza e l'utilizzo da parte dell'apparato pubblico italiano di imprese a partecipazione pubblica è tale che, dopo numerose disposizioni normative volte ad indurre le amministrazioni alla progressiva dismissione di tali società, qualora non strettamente necessarie all'espletamento delle funzioni pubbliche, per lo più rimaste lettera morta, con l'art. 18 del legge 140/2015 (legge Madia), l'attuale governo ha delegato l'emanazione di un apposito decreto legislativo volto appunto al riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, "al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza", nel rispetto, tra gli altri, del seguente principio: "*b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti stra-*

se, per moltissimi aspetti (appalti pubblici, procedimento amministrativo, trasparenza, anti corruzione, controllo corte dei conti), alla disciplina pubblicistica.

Tale tendenza<sup>429</sup> ha comportato, come si dirà nel corso del presente capitolo, ad ulteriormente intensificare la particolarità delle società di che trattasi, realizzando un sistema di imprese pubbliche di ormai difficile inquadramento e comprensione.

Si sta assistendo ad una costante e crescente contaminazione pubblicistica delle società pubbliche che ne altera il regime ordinario di società private e che ha portato alcuni autori<sup>430</sup> ad utilizzare per riferirsi ad esse dei termini, molto indicativi, di impresa dimezzata ovvero di società-quasi amministrazione<sup>431</sup>.

I motivi alla base di tale espansione dell'applicazione della disciplina pubblicistica anche alle società pubbliche o, addirittura, alle società private solo in quanto poste in posizioni particolari nei confronti dell'ente pubblico, ovvero espletanti attività connotate di interessi pubblici, sono rinvenibili, secondo taluni Autori<sup>432</sup>, in quattro macro interessi.

La prima esigenza da tutelare è quella, perseguita soprattutto dal legislatore comunitario - il quale, al contrario, pare meno interessato agli altri interessi di cui si dirà più oltre - della tutela della concorrenza sul mercato, evitando che alcune forme mascherate di imprese pubbliche producano una distorsione del mercato a favore di queste e a discapito

---

*tegi per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale”.*

<sup>429</sup> Secondo CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, cit. dovuta anche a ragioni di carattere storico e sociologico, in quanto “la spina dorsale amministrativa del Paese, dall’età napoleonica in avanti, era sempre rimasta saldamente legata alla centralità dell’intermediazione amministrativa nella soddisfazione degli interessi dei cittadini” e, dall’altro lato, la crisi economica recente ha inevitabilmente portato alla necessità di fornire, da parte dei poteri pubblici, ausili alle imprese private in difficoltà onde evitare la cancellazione di interessi settori economici.

<sup>430</sup> CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, cit.

<sup>431</sup> Sul tema si veda, tra gli altri, NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003; GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010; ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit.; CAVALLO PERIN – CASALINI, *L’in house providing: un’impresa dimezzata*, in dir. amm., 2006.

degli altri soggetti privati operanti sul mercato (a tal fine, sono state ampliate, come si dirà a breve, le figure di soggetti che sono tenuti ad applicare le disposizioni in materia di affidamento di contratti pubblici).

La seconda esigenza è quella, ovviamente, di garantire una gestione parsimoniosa di soggetti che utilizzano in tutto o in parte soldi pubblici e svolgono attività che hanno interessi pubblici generalizzati (in tal senso, il legislatore nazionale ha sottoposto sempre più soggetti alla normativa in materia di contabilità pubblica, operando tagli a stipendi e risorse delle società pubbliche al pari degli altri enti pubblici - operazione posta in essere anche con le norme della c.d. *spending review* -, facendo rientrare le società pubbliche in senso lato nelle previsioni del patto di stabilità, assoggettando loro ed i loro amministratori alla giurisdizione contabile della Corte dei Conti).

La terza esigenza che si ravvisa è quella di garantire la massima efficienza e imparzialità nella gestione dei servizi a rilevanza pubblica attraverso l'applicazione degli strumenti tipici previsti per l'espletamento delle attività amministrative in senso stretto (in tal senso si sono assoggettate sempre più le società di che trattasi alla normativa contenuta nella legge 241/90 in tema di procedimento amministrativo e, soprattutto di accesso ai documenti amministrativi, nonché imponendo il rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza e anticorruzione).

Infine, si è, comunque, sull'onda di quanto iniziato dal legislatore del secolo scorso attraverso il processo di privatizzazione, cercato di raggiungere la massima liberalizzazione dell'attività economica ed il progressivo allontanamento della stessa dal potere pubblico, attraverso una pressante limitazione delle attività consentite alle società pub-

---

<sup>432</sup> CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, cit.

bliche in senso lato, limitandone l'utilizzo a soli fini strumentali alle funzioni pubbliche ovvero per l'espletamento di servizi pubblici<sup>433</sup>.

Vediamo una per una, le disciplina imposte dal legislatore alle società pubbliche.

### ***1. La disciplina comunitaria e la tutela della concorrenza***

Come già accennato precedentemente, il legislatore ed il giudice comunitario, al fine di evitare elusioni alle norme in materia di affidamento di contratti pubblici, hanno posto in essere una serie di interventi sia legislativi che giurisprudenziali volti ad ampliare, quanto più possibile, i soggetti tenuti all'applicazione di dette disposizioni, sulla base di qualificazioni sostanziali e non formali.

Ciò che il legislatore comunitario vuole evitare è che la scelta dell'appaltatore "*possa essere condizionata da ragioni extraeconomiche, ed in particolare da indicazioni a connotazione politica proveniente dall'ente pubblico di riferimento*"<sup>434</sup>.

Siffatta tendenza ha portato all'elaborazione delle figure dell'impresa pubblica e dell'organismo di diritto pubblico, come ulteriori figure non rientranti tra gli enti pubblici in senso proprio, ma connotate da una influenza dei poteri pubblici tale da necessitare l'introduzione di norme a tutela della concorrenza.

Non solo. Il legislatore comunitario, con riferimento a talune attività considerate estremamente rilevanti, ha assoggettato alle disposizioni di che trattasi anche soggetti interamente privati, e, quindi, privi di qualsivoglia influenza o controllo pubblico.

Vediamo quali sono stati gli interventi estensivi del diritto comunitario in tal senso.

---

<sup>433</sup> Sul punto, si vedano le progressive restrizioni introdotte negli ultimi anni in sede di leggi finanziarie e riportate dettagliatamente nei precedenti capitoli.

<sup>434</sup> GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico*, in SANDULLI - DE NICTOLIS - GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, I - I principi generali, I contratti pubblici, I soggetti*, Milano 2008, 577.

Occorre innanzitutto premettere che la disciplina europea in materia di appalti pubblici è suddivisa in due differenti settori<sup>435</sup>, a seconda della tipologia di soggetti da assoggettare e delle materie oggetto dell'attività svolta da tali soggetti, ovvero i c.d. settori ordinari e i c.d. settori speciali (*ex esclusi*<sup>436</sup>).

In ogni caso, dal punto di vista oggettivo, la disciplina comunitaria in materia di affidamento di contratti pubblici, che riguardi i settori ordinari o i settori speciali, si applica solamente ai contratti di appalto (ovvero quei “*contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*”<sup>437</sup>), nonché ai contratti di concessione di lavori (ovvero quel contratto che presenta “*le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”<sup>438</sup>). Con ciò escludendone l'applicazione a tutti gli altri contratti di concessione (concessione di beni e di servizi), nonché, ovviamente, a tutti i

---

<sup>435</sup> In realtà, il nuovo “pacchetto direttive appalti”, emanato il 28 marzo 2014, e pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 94/65, non ancora recepito dal legislatore italiano, contiene tre direttive e non due. E' stata emanata, infatti, oltre alle direttive sui settori ordinari (direttiva 2014/24/CE) e speciali (direttiva 2014/25/CE), anche una nuova direttiva, la direttiva 2014/23/UE, avente ad oggetto l'aggiudicazione dei contratti di concessione, prima esclusi dalla disciplina europea e rimessi alla libera determinazione dei singoli stati membri.

<sup>436</sup> I settori oggi chiamati settori speciali, fino all'entrata in vigore del d.lgs. 163/06, erano chiamati settori c.d. esclusi, in quanto erano oggetto di autonoma e separata regolamentazione. Infatti, detti settori erano esclusi dalla normativa in materia di affidamenti di contratti nei settori ordinari già con la direttiva 71/305/CEE in materia di lavori, recepita in Italia con legge 8 agosto 1977, n. 584 e con la direttiva 77/62/CEE in materia di forniture, recepita con legge 30 marzo 1981 n. 113, le quali non disciplinavano appunto i settori speciali. Anche la direttiva 2004/18/CE relativa agli appalti di lavori, forniture e servizi nei settori ordinari, espressamente escludeva i settori speciali dal proprio ambito ed il legislatore comunitario aveva previsto una direttiva apposita, la direttiva n. 2004/17/CE per tali settori.

<sup>437</sup> Art. 1, comma 2, lett. a) della direttiva 2004/18/CE (ora art. 2, comma 1, n. 5 della direttiva 2014/24/UE) e art. 1, comma 2, lett. a) della direttiva 2004/17/CE (ora art. 2, comma 1, n. 1 della direttiva 2014/25/UE).

<sup>438</sup> Art. 1, comma 3, della direttiva 2004/18/CE e art. 1, comma 3, lett. a) della direttiva 2004/17/CE (ora art. 5, comma 1, n. 1) della direttiva 2014/23/CE).

c.d. contratti attivi, ovvero quei contratti che prevedono un'entrata e non una spesa per le amministrazioni aggiudicatrici<sup>439</sup>.

### ***1.1. I c.d. settori ordinari degli appalti pubblici e l'organismo di diritto pubblico***

La disciplina dei settori ordinari<sup>440</sup> è applicabile a tutti i contratti di appalto, a prescindere dall'oggetto degli stessi e dall'attività a cui si riferiscono<sup>441</sup>, affidati da parte delle c.d. amministrazioni aggiudicatrici, le quali, nella sostanza, corrispondono alle amministrazioni pubbliche.

Ciò che rileva per la delimitazione dell'ambito di azione è, quindi, l'elemento soggettivo e non l'elemento oggettivo.

In particolare, la normativa di che trattasi si applica allo Stato, agli enti pubblici territoriali ed alle associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali.

Accanto a tali soggetti, che sono evidentemente pubblici anche secondo i canoni ermeneutici nazionali, il legislatore comunitario ha annoverato, quali soggetti, sempre e comunque sottoposti alla disciplina concorrenziale in materia di affidamento di contratti pubblici, gli organismi di diritto pubblico<sup>442</sup>.

---

<sup>439</sup> Sotto tale aspetto la disciplina comunitaria si differenzia dalla disciplina nazionale contenuta nella c.d. legge di contabilità generale dello Stato (contenuta nel Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440 e nel Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827), la quale prevedeva l'assoggettamento alle procedure ad evidenza pubblica la stipula di tutti i tipi di contratti pubblici, sia attivi che passivi. La *ratio* di tale disposizione, infatti, a differenza di quella comunitaria, è da rinvenirsi, non tanto nella tutela della concorrenza nel mercato, ma nella tutela dell'amministrazione che, in tal modo, seleziona i soggetti privati prima della stipula del contratto e si assicura la migliore offerta possibile, sia attiva che passiva.

<sup>440</sup> Contenuta nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

<sup>441</sup> Come si vedrà diffusamente nel proseguo, tuttavia, con riferimento agli organismi di diritto pubblico parte della dottrina e la giurisprudenza nazionale ritengono che questi ultimi siano tenuti all'applicazione delle disposizioni in parola solamente nell'ambito delle attività di interesse pubblico.

<sup>442</sup> Art. 1, comma 9 della direttiva 2004/18/CE, ora art. 2, comma 1, lett. 1) – 4) della direttiva direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, a mente della quale sono: “1) «amministrazioni aggiudicatrici»: lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali autorità o da uno o più di tali organismi di diritto pubbli-

Come già illustrato nei precedenti capitoli, l'organismo di diritto pubblico è quel soggetto, di elaborazione comunitaria<sup>443</sup> e non conosciuto precedentemente nel diritto nazionale, che presenta i seguenti tratti distintivi:

- a) è istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,
- b) è dotato di personalità giuridica,
- c) la cui attività è 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.

Come affermato costantemente dalla Corte di Giustizia<sup>444</sup>, i tratti distintivi sopra indicati hanno carattere cumulativo. Pertanto, perché si possa configurare l'ipotesi di organismo di diritto pubblico e, quindi, si debba applicare la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, i tre elementi devono necessariamente essere presenti contestualmente.

---

*co; 2) «autorità governative centrali»: le amministrazioni aggiudicatrici che figurano nell'allegato I e i soggetti giuridici che sono loro succeduti qualora siano stati apportati rettifiche o emendamenti a livello nazionale; 3) «amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali»: tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali; 4) «organismi di diritto pubblico»: gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche: a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) sono dotati di personalità giuridica; e c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico».*

<sup>443</sup> Recepito nel nostro ordinamento con l'art. 3, comma , del d.lgs. 163/2006, che fa rientrare lo stesso tra i soggetti tenuti all'applicazione del Codice Unico dei Contratti al pari delle altre amministrazioni pubbliche.

<sup>444</sup> Si veda, *ex multis*, Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria), in foro it., 1998, con nota di GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, cit.; Corte di Giustizia 10 novembre 1998, C-

Orbene, i due caratteri su cui, in questa sede, è necessario soffermarsi sono quelli di cui alle precedenti lettere a) e c).

Ed infatti, con riferimento al requisito del possesso della personalità giuridica non si sono posti particolari problemi interpretativi, fatto salvo per il dibattito<sup>445</sup>, esclusivamente nazionale<sup>446</sup>, in merito alla possibilità di includervi qualsiasi tipologia di soggetto dotato di personalità giuridica, ivi compresi i soggetti di diritto privato, risoltosi, in ogni modo, in senso positivo.

### ***1.1.1. Gli organismi di diritto pubblico e le esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale***

Il primo requisito per qualificare un soggetto quale organismo di diritto pubblico è quello secondo il quale il soggetto medesimo deve essere necessariamente istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o non commerciale.

Il requisito di che trattasi è in assoluto il requisito più rilevante per la qualificazione del soggetto in parola, sia in quanto quello di più difficile identificazione (anche a fronte dell'assoluta assenza di disposizioni chiarificatrici da parte del legislatore), sia in quanto proprio questo requisito aiuta a distinguere la figura dell'organismo di diritto pubblico da quella delle imprese pubbliche di cui si parlerà a breve.

La giurisprudenza comunitaria è intervenuta più volte al fine di dare una delimitazione della portata di detto requisito che sia autonoma ed uniforme in tutti gli stati membri, in

---

360/96 (Bfi Holding); Corte di Giustizia 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99 (Agorà e Excelsior); Corte di Giustizia 22 maggio 2003, C- 18/01 (Korhonen).

<sup>445</sup> Contrario al riconoscimento della qualificazione di organismo di diritto pubblico per le società private POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni "di diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in dir. proc. amm., 1996. A favore Consiglio di Stato, sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366 e SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in riv. it. dir. pubbl. com., 1997. Sul dibattito, si veda, GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., 597.

<sup>446</sup> Sull'ammissibilità la Corte di Giustizia non ha mai avanzato dubbi.

considerazione della rilevanza che detta figura assume proprio per l'ordinamento comunitario<sup>447</sup>. Purtroppo senza un grandissimo successo.

Ed infatti, sebbene siano stati individuati taluni elementi da considerare indice della sussistenza o meno della tipologia di soggetto di che trattasi, l'effettiva qualificazione quale organismo di diritto pubblico, rimane ancora, in buona parte, affidata ad un'analisi da compiersi caso per caso, tenendo conto dei relativi elementi di diritto e di fatto (quali ad es. le circostanze che hanno portato alla creazione dell'organismo medesimo e le condizioni in cui quest'ultimo esercita), spesso ad opera della stessa giurisprudenza.

Come si vede dalla definizione, i tratti caratterizzanti del requisito sono l'espletamento di attività idonee a soddisfare un interesse generale e il carattere non industriale e non commerciale dell'attività medesima.

Quanto al primo profilo, il giudice comunitario<sup>448</sup> ha ritenuto che sia volta al soddisfacimento di un interesse di carattere generale quell'attività che abbia un impatto sulla collettività.

In particolare, si ha attività volta al soddisfacimento dell'interesse generale nel caso in cui l'attività sia obbligatoriamente collegata all'ordine pubblico ed al funzionamento istituzionale dello Stato.

E' stato, quindi, evidenziato<sup>449</sup> che l'attività, per essere volta al soddisfacimento di un interesse generale, deve essere necessariamente funzionalizzata<sup>450</sup> e che<sup>451</sup> la destinazione dell'attività debba essere l'amministrazione pubblica e non il mercato<sup>452</sup>.

---

<sup>447</sup> In questo senso si veda Corte di Giustizia, 2 ottobre 2000, C-380/98, Corte di Giustizia, 13 dicembre 2007, C- 337/06, Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, C- 393/06.

<sup>448</sup> Corte di Giustizia 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99 (Agorà e Excelsior) e Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria).

<sup>449</sup> RIGHI, *L'ambito soggettivo di applicazione della Legge Quadro di riforma in materia di appalti pubblici di lavori*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La Legge Quadro in materia di appalti pubblici di lavori*, 2003, con riferimento a quanto affermato dalla Corte di Giustizia, nella sentenza 15 gennaio 1998, C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria).

<sup>450</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478.

Quanto, invece, al secondo profilo, la giurisprudenza ha, inizialmente, rilevato che costituiscono bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale tutti quei bisogni che “*sono soddisfatti in modo diverso dall’offerta di beni o servizi sul mercato*”<sup>453</sup>, stante che quest’ultima attività è propriamente quella espletata da qualsiasi privato che opera sul mercato, traendo da ciò il proprio lucro personale in misura determinata dall’incontro del suo interesse con gli interessi contrapposti dell’altro contraente.

In tal senso, la Corte di Giustizia sembrerebbe aver abbracciato un criterio interpretativo tipicamente finalistico e funzionale<sup>454</sup>, dando rilevanza alla tipologia di bisogni per i quali il soggetto viene istituito e non già alla modalità di gestione dello stesso.

In realtà, però, la definizione così posta, è apparsa al giudice troppo estensiva e vaga, nonché, sotto certi profili, illogica<sup>455</sup>. Conseguentemente, la Corte di Giustizia ha dimostrato, più recentemente, di voler, in parte, abbandonare il criterio finalistico funzionale, affiancando anche un criterio interpretativo più prettamente gestionale<sup>456</sup>, attraverso il

---

<sup>451</sup> VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 216, dove evidenzia anche la non necessità che tale tipologia di attività sia l’unica svolta dal soggetto onde consentirne la qualificazione come organismo di diritto pubblico.

<sup>452</sup> In proposito, però, critico VILLATA, cit., 227, il quale rileva che dare rilievo a tale profilo possa essere pericoloso per la concorrenza. Infatti, come noto, l’ente pubblico può procedere all’affidamento di un contratto in favore di un organismo di diritto pubblico senza sottostare alle disposizioni in materia di procedimenti ad evidenza pubblica. Ne consegue che, qualora la società operi in un mercato concorrenziale in cui sussistono altri operatori che svolgono la medesima attività, la possibilità di affidare in via diretta all’organismo di diritto pubblico un’attività da svolgere in esclusiva per l’ente affidante lederebbe la concorrenza escludendo gli altri operatori dalla prestazione dell’attività nei confronti dell’ente pubblico.

<sup>453</sup> Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, C-360/96 (BFI holding BV), Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99 e Corte di Giustizia 15 maggio 2003, C- 214/00.

<sup>454</sup> Come riporta GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., 40.

<sup>455</sup> Così GRECO, cit.

<sup>456</sup> In proposito vale la pena ricordare che, secondo quanto riportato da VILLATA, in *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 223, in realtà alla luce della giurisprudenza sia comunitaria che nazionale la prospettiva c.d. gestionale non è apparsa alla dottrina (RENNA, La SIBEC S.p.A. tra realtà normativa e prospettive di attuazione, in dir. amm. 1999) più convincente né sostenibile, sulla scorta della considerazione per cui la Corte di Giustizia, non ritenendo incompatibile la qualifica di organismo di diritto pubblico con la natura di società privata di capitali, avrebbe automaticamente escluso la possibilità di utilizzare, quale indice di qualificazione, le sole modalità di gestione dell’attività. Verrebbe, invece, sempre secondo la

quale è ritenuto organismo di diritto pubblico quel soggetto che svolge attività che siano caratterizzate dall'assenza dello scopo di lucro, dall'assenza di un rischio di gestione in capo al soggetto gestore e che siano connotate dalla presenza di una qualche forma di finanziamento pubblico<sup>457</sup>.

La giurisprudenza italiana<sup>458</sup> ha ricalcato la medesima impostazione del giudice comunitario, evidenziando l'assoluta necessità di operare una qualificazione sulla base dell'analisi concreta dei singoli elementi giuridici e fattuali che si possono ravvisare caso per caso e sulla conseguente applicazione, a tal fine, dei c.d. indici presuntivi appena citati (l'assenza di rischio economico, il perseguimento di un fine di lucro e la presenza di un finanziamento pubblico).

Si deve, per completezza, evidenziare come la giurisprudenza italiana abbia, inoltre, introdotto come parametro qualificatore della fattispecie l'espletamento dell'attività, da parte dell'organismo in esame, in regime di concorrenza<sup>459</sup>. Tale elemento non è, di per sé, sufficiente a qualificare un soggetto come organismo di diritto pubblico, in quanto ben potrebbe tale ultimo soggetto svolgere attività anche all'interno di un mercato in cui

---

dottrina (GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: scelte dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in urb. e app., 2001), in rilievo l'interpretazione finalistico funzionale, la quale, tuttavia, è stata diversamente articolata in funzione dei numerosi orientamenti dottrinali sorti: in particolare, l'interpretazione finalistico funzionale è stata da taluni riferita non tanto all'attività, quanto ai bisogni da conseguire (CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit.) da altri sarebbe decisiva la finalità dell'attività alla produzione di utilità per l'intera collettività (PERFETTI - DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico, e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in dir. amm. 2004), nonché, infine, per altri la funzionalità alle attività svolte dagli altri enti pubblici (RIGHI, *L'ambito soggettivo di applicazione della Legge Quadro di riforma in materia di appalti pubblici di lavori*, cit.).

<sup>457</sup> Corte di Giustizia, 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99, Corte di Giustizia, 22 maggio 2003, C-18/01, con nota di PERFETTI *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, cit.

<sup>458</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902 (sulla qualificazione di Grandi Stazione S.p.A., in proposito si veda PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso Grandi Stazioni fra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in foro amm (Consiglio di Stato), 2004; Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090; Cassazione civile, sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225; Cassazione civile, ord., 4 novembre 2009, n. 23322; Cassazione civile, ord., 7 ottobre 2010, n. 24722; Cassazione civile, sez. un., 2 marzo 1999, n. 107; Cassazione civile, sez. un., 6 maggio 1995 n. 4989; Cassazione civile, sez. un., 28 novembre 1996, n. 10616.

operano altri soggetti, senza, per questo solo, perdere la propria qualificazione, ma è da ritenersi, in ogni modo, un valido indizio a sostegno della sussistenza o meno del carattere industriale o commerciale, da associarsi alla sussistenza, inevitabile, di altri indizi simili (ad es. un organismo che opera in un mercato concorrenziale, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite di gestione, difficilmente potrà essere considerato un organismo di diritto pubblico).

### ***1.1.2. Gli organismi di diritto pubblico e il finanziamento o il controllo pubblico***

Il secondo requisito su cui occorre, anche se brevemente, soffermarsi riguarda il rapporto sussistente tra l'ente pubblico e il soggetto in esame, perché quest'ultimo possa essere qualificato quale organismo di diritto pubblico. Si parla, generalmente, di influenza pubblica, o meglio, da una lettura congiunta con la normativa in materia di imprese pubbliche, di "influenza dominante".

L'influenza pubblica si desume da una serie di criteri sintomatici - utilizzabili anche in via disgiunta, essendo sufficiente la presenza anche di uno solo di essi perché si possa giungere ad una qualificazione del soggetto quale organismo di diritto pubblico - identificati dal legislatore quali il finanziamento pubblico, il controllo pubblico sulla gestione dell'organismo e la possibilità di nomina pubblica degli organi societari.

Il primo criterio sintomatico si ha quando l'attività dell'organismo di diritto pubblico riceve finanziamenti pubblici maggioritari da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o anche di altri organismi di diritto pubblico.

Con riferimento a detta circostanza, la giurisprudenza comunitaria si è interrogata in merito alla natura ed alle modalità di calcolo del finanziamento, idoneo a qualificare un soggetto come organismo di diritto pubblico sotto diversi profili.

---

<sup>459</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478.

Innanzitutto, la Corte di Giustizia<sup>460</sup> ha riconosciuto che il requisito in esame sussiste anche laddove vi sia un finanziamento indiretto, un sistema impositivo e di riscossione garantito dallo Stato.

Secondo la giurisprudenza, peraltro, non sono finanziamenti pubblici tutte le sovvenzioni pubbliche, ma solamente quelle che rivestono per l'ente beneficiario un'importanza ed un'influenza tale da determinare una stretta dipendenza dell'ente beneficiario dall'amministrazione erogatrice e non possono, quindi, essere considerate tali le elargizioni che si sostanziano nel pagamento di un corrispettivo di prestazioni contrattuali fornite dal soggetto beneficiario<sup>461</sup>.

Quanto al calcolo dell'entità del finanziamento, il giudice della comunità europea<sup>462</sup> si è, poi, interrogato in merito al concreto significato da attribuire alla locuzione "*in modo maggioritario*", stabilendo che la stessa debba essere interpretata in senso quantitativo e fare riferimento ad un finanziamento pubblico superiore al 50%<sup>463</sup>. Il calcolo per determinare se il finanziamento pubblico superi o meno tale soglia minima, deve essere effettuato tenendo conto, a giudizio della Corte<sup>464</sup>, dell'insieme delle entrate delle quali tale organismo si avvale, ivi comprese quelle derivanti da una attività commerciale e, quindi, non solo quelle derivanti dall'espletamento delle attività di interesse generale non commerciali o non industriali.

---

<sup>460</sup> Corte di Giustizia, 13 dicembre 2007, C-337/06.

<sup>461</sup> Corte di Giustizia, 3 ottobre 2003, C-380/98.

<sup>462</sup> Corte di Giustizia, 3 ottobre 2003, C-380/98.

<sup>463</sup> Ciò sulla scorta di quanto disposto dall'art. 1 lett. b) sub 2) della direttiva 14 giugno 1993, 93/38/CE e dall'art. 1 lett. b), secondo comma, delle direttive 92/50/CE, 93/36/CE e 93/37/CE, a mente delle quali l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico sono quei soggetti nei quali rispettivamente le autorità pubbliche detengono, direttamente o indirettamente, la maggioranza del capitale sociale sottoscritto dell'impresa medesima o ne controllano la maggioranza dei voti a cui danno diritto le quote di partecipazione emesse a tale impresa, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

<sup>464</sup> Corte di Giustizia, 3 ottobre 2003, C-380/98.

Il secondo criterio sintomatico, da cui è possibile ricavare l'influenza del soggetto pubblico, si verifica qualora la gestione dell'organismo di diritto pubblico sia soggetta al controllo da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o anche di altri organismi di diritto pubblico.

Con riferimento a detto requisito, si evidenzia come sia stato escluso che sia sufficiente a tal fine un controllo sui meri risultati dell'attività effettuato al termine di ciascuna gestione, dovendosi, invece, configurare un controllo sulla gestione dell'organismo idoneo a determinare una vera e propria influenza sull'attività espletata dall'ente controllato, possibile solo qualora il soggetto pubblico detenga la maggioranza delle quote azionarie atteso che *“la quota maggioritaria nella partecipazione societaria da parte di soggetti pubblici influenza in modo decisivo sia il finanziamento delle attività che la costituzione degli organi di vigilanza e direzione della Società stessa”*<sup>465</sup>.

Nel caso di organismo costituito sotto forma di società di diritto comune, la Suprema Corte ha, peraltro, specificato che la presenza o meno di un siffatto controllo debba essere valutata in applicazione di quanto disposto in proposito dall'art. 2359 del c.c.<sup>466</sup>

Tale interpretazione è, altresì, in linea con quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia in relazione agli indici di qualificazione di un organismo di diritto pubblico, con cui ha evidenziato che sussiste detta fattispecie nel caso in cui il soggetto svolga attività *“al cui soddisfacimento, d'altro lato, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato prefe-*

---

<sup>465</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748.

<sup>466</sup> Ai sensi del quale, *“sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi”*.

*risce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante*<sup>467</sup>.

Infine, il terzo criterio sintomatico dell'influenza pubblica si ha quando l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'organismo di diritto pubblico sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

### ***1.1.3. L'organismo di diritto pubblico in parte qua***

In considerazione di quanto esposto, appare, quindi, evidente che il legislatore comunitario (così come il giudice comunitario in sede di interpretazione) ha inteso qualificare quali organismi di diritto pubblico quei soggetti che non operino in autonomia, ma la cui attività sia, in maniera pregnante, indirizzata e governata, direttamente (tramite il controllo o la facoltà di nomina degli organi sociali) o indirettamente (attraverso l'elargizione di finanziamenti tali da sottoporre l'organismo ad una dominazione dell'ente elargente), dall'ente pubblico titolare dell'interesse generale per il quale lo stesso soggetto è costituito.

Una siffatta circostanza, abbinata all'ulteriore circostanza per cui il soggetto deve svolgere attività di interesse generale, rende, conseguentemente, il soggetto di che trattasi, anche se dotato di personalità giuridica autonoma e costituito in forma di società di diritto privato, parte dell'apparato amministrativo ed, in quanto tale, necessariamente idoneo ad essere assoggettato, al pari degli altri enti pubblici, alle procedure ad evidenza pubblica onde evitare che la presenza di tali soggetti liberamente operanti sul mercato, distorca la concorrenza.

---

<sup>467</sup> Corte di Giustizia, 10 maggio 2011, C-223/99 e Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, C-393/06.

In proposito, vale la pena sottolineare che la giurisprudenza comunitaria<sup>468</sup>, proprio in considerazione di quanto detto, ha riconosciuto la qualificazione di un soggetto quale organismo di diritto pubblico anche qualora lo stesso svolga non solo attività di interesse generale, aventi carattere non industriale o non commerciale, ma anche altre attività economiche, non rientranti in detta categoria.

Tale interpretazione estensiva della fattispecie, ha avviato un dibattito tra giudice comunitario, giudici interni e dottrina nazionale, volto a definire se tale tipologia di soggetti (che svolgono attività miste di interesse generale e non) debba o meno applicare la disciplina ad evidenza pubblica anche con riferimento alle attività non connotate da interesse generale, avente carattere non industriale o non commerciale ovvero se questi possano, con riferimento a dette ultime attività, operare liberamente al pari di qualsivoglia altro soggetto privato, in tal modo ammettendo la figura di organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

La giurisprudenza comunitaria, con l'unica pronuncia in tal senso<sup>469</sup>, si è dimostrata contraria a detta seconda ipotesi ed ha escluso l'ammissibilità di un'applicazione "parziale" delle disposizioni in materia di selezione del contraente pubblico, essendo la sola

---

<sup>468</sup> Corte di Giustizia, 22 maggio 2003, C-18/2001 (Taitotalo Oy); Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, C-373/2000; ; Corte di giustizia 10 maggio 2001, C-260/1999; Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, C. 44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria); Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, C-360/1996 (BFI Holding- Arnhem).

<sup>469</sup> Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria), a mente della quale "lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dall'importanza relativa, nell'attività dell'organismo medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale" e la necessità che "l'organismo dev'essere stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere", Conseguentemente, il soggetto è qualificabile come organismo di diritto pubblico anche qualora "la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte" dal soggetto medesimo. Successivamente la Corte di Giustizia non è più tornata specificamente sull'argomento, ma una conferma a detta impostazione si può comunque ravvisare nella successiva sentenza 18 novembre 2004, C-126/03, con la quale la Corte medesima ha escluso che un Comune possa affidare contratti relativi ad attività estranee ai fini pubblici ed esposte alla concorrenza senza previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica.

presenza di talune attività di interesse generale aventi carattere non industriale o non commerciale idonea ad attrarre l'intera attività del soggetto stesso nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica.

Tale impostazione, è stata criticata da parte della dottrina<sup>470</sup> nazionale, la quale ha ritenuto che *“l'irrazionalità del principio dell'attrazione in virtù della mera coincidenza soggettiva, assunto come assioma assoluto, appare per vero evidente quando si consideri che, portato alle estreme conseguenze, esso imporrebbe di estendere l'applicabilità delle normative comunitarie anche all'affidamento di attività assolutamente estranee al bisogno per il quale un soggetto è qualificato come organismo di diritto pubblico”*<sup>471</sup>, tanto più ove lo stesso sia costituito in forma di società di diritto comune ed operi nel libero mercato.

Nello stesso senso, anche la giurisprudenza nazionale<sup>472</sup> ha riconosciuto che gli organismi di diritto pubblico che espletano sia attività di interesse generale che attività economiche ed industriali, ben possano applicare due differenti discipline in relazione alla tipologia di attività espletata.

### ***1.2. I c.d. settori speciali degli appalti pubblici***

Quando si parla di settori speciali negli appalti pubblici, ci si riferisce a quella disciplina elaborata *ad hoc*, in maniera parzialmente differente rispetto a quella ordinaria di cui sopra, dal legislatore comunitario in relazione al fine di disciplinare le modalità di affi-

---

<sup>470</sup> CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, cit. SANDULLI, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, cit.

<sup>471</sup> SANDULLI, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici – V. I settori speciali. L'esecuzione*, cit., 3163.

<sup>472</sup> Tar Lazio, sez. IIIter, 26 febbraio 2003, n. 1559; Consiglio di Stato, parere 13 gennaio 2003, n. 4751 e 1 luglio 2002, n. 1354.

damento degli appalti pubblici in settori economici particolari ed espressamente individuati<sup>473</sup>.

In particolare, gli ambiti operativi all'interno dei quali sono individuate talune attività da sottoporre a detta disciplina sono quelli del gas, acqua, servizi di trasporto, postali, prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone ed altri combustibili solidi, porti ed aeroporti<sup>474</sup>.

I motivi che stanno alla base di tale differenziazione sono stati originariamente individuati nella necessità di elaborare, con riferimento a detti settori, una normativa che tenga in considerazione la loro specialità, in considerazione del fatto che i soggetti operanti in tali settori sono disomogenei, trattandosi talune volte di soggetti formalmente e sostanzialmente privati (ed, in quanto tali, assoggettati alla disciplina civilistica) e talune altre volte formalmente e sostanzialmente pubblici (ed, in quanto tali, assoggettati alla disciplina pubblicistica)<sup>475</sup>.

Più recentemente, tuttavia, il legislatore comunitario<sup>476</sup> ha ritenuto che la reale motivazione per elaborare una disciplina differenziata per taluni settori economici, sia da rinvenirsi nella circostanza per cui, proprio nei settori speciali, sarebbe più facile ravvisare, da un lato, un'influenza sui soggetti ivi operanti da parte delle autorità pubbliche nazionali (attraverso la partecipazione al loro capitale sociale, ovvero inserendo i propri rap-

---

<sup>473</sup> Disciplina contenuta nella direttiva 2004/17/CE, ora nella direttiva 2014/25/CE, e recepita in Italia nella Terza parte del d.lgs. 163/2006.

<sup>474</sup> Le attività nello specifico sono individuate negli artt. 3-7 della direttiva 2004/17/CE e negli artt. 208-213 del d.lgs. 163/2006.

<sup>475</sup> L'ottavo considerando della direttiva 93/38/CE del 14 giugno 1993 che coordina le 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 recitava che *“considerando che la loro esclusione era principalmente giustificata dal fatto che gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri sono disciplinati dal diritto privato”*.

<sup>476</sup> Con l'adozione della direttiva 2004/17/CE, nello stesso senso anche GRECO R., *Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici – V. I settori speciali. L'esecuzione*, Milano, 2008 e SANDULLI, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici – V. I settori speciali. L'esecuzione*, cit.

presentanti nel loro organico, ecc..) <sup>477</sup>, e, dall'altro lato, una tendenziale chiusura dei relativi mercati a causa della concessioni, in favore dei medesimi soggetti, di diritti speciali o esclusivi <sup>478</sup>.

Conseguentemente appare chiaro che la preoccupazione del legislatore comunitario è quella che, in taluni settori, a fronte della strategicità delle attività ivi operate per gli enti pubblici degli stati membri, si venga a verificare una situazione di assoluta mancanza di concorrenza, non evitabile attraverso l'utilizzo della disciplina prevista per i settori ordinari.

E ciò soprattutto in considerazione del fatto che, come detto, la disciplina in materia di appalti pubblici ordinari, è applicabile, dal punto di vista soggettivo, solamente alle amministrazioni pubbliche in senso stretto o a quei particolari soggetti riconducibili nella categoria degli organismi di diritto pubblico, mentre, nei settori speciali di che trattasi, operano per la maggior parte soggetti che non rientrano tra le suddette categorie, e che, conseguentemente, non sarebbero tenuti a rispettare le disposizioni a tutela della concorrenza.

Proprio in quest'ottica, il legislatore comunitario ha ampliato l'ambito soggettivo delle disposizioni relative agli affidamenti di contratti pubblici nei settori speciali, includendovi anche le imprese pubbliche che svolgono una o più delle attività tra quelle indicate nella normativa in parola nonché tutti quei soggetti, indipendentemente dalla loro natura (e, quindi, anche soggetti formalmente e sostanzialmente pubblici), che annoverano tra

---

<sup>477</sup> Il secondo considerando della direttiva 2004/17/CE, recita che *“un importante motivo per introdurre norme che coordinino le procedure di aggiudicazione degli appalti in questi settori è il fatto che le autorità nazionali possono influenzare il comportamento degli enti in questione in vari modi, partecipando al loro capitale sociale o inserendo propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza”*.

<sup>478</sup> Il terzo considerando della direttiva 2004/17/CE, recita che *“un'altra delle ragioni principali per cui è necessario un coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti che operano in questi settori è il carattere chiuso dei mercati in cui operano, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio in questione”*.

le loro attività una o più attività tra quelle indicate nella normativa in parola e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro<sup>479</sup>.

In questo caso, pertanto, il discrimine tra applicabilità o meno della disciplina deriva dall'elemento oggettivo e non soggettivo.

### ***1.2.1. Le imprese pubbliche e l'influenza dominante***

Quanto al primo soggetto introdotto dal legislatore nella disciplina relativa ai settori speciali, ovvero le imprese pubbliche, è necessario, in questa sede riprendere quanto già in parte accennato nel corso dei precedenti capitoli relativamente alle caratteristiche proprie della stessa.

Ed infatti, le imprese pubbliche, in conformità a quanto disposto dal legislatore comunitario, sono quelle imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante.

Ciò che, quindi, viene in rilievo con riferimento a tali soggetti è proprio il rapporto degli stessi con le amministrazioni pubbliche, definito dal legislatore come "influenza dominante".

Si vuole evitare che, attraverso la creazione di soggetti esterni all'amministrazione, i quali, tuttavia, rimangono talmente connessi alla stessa, da perdere, in tutto o in parte, la propria autonomia di determinazione, l'amministrazione medesima eluda le disposizioni in materia di evidenza pubblica.

Il legislatore comunitario precisa che l'influenza dominante di un soggetto pubblico su un'impresa si ha quando il primo ne sia proprietario, abbia una partecipazione finanziaria nella seconda oppure esistano norme speciali che, nel disciplinare siffatta impresa, la

---

<sup>479</sup> Art. 2, comma 2, della direttiva 2004/17/CE, recepito dall'art. 207 del d.lgs. 163/2006.

rendano, appunto, soggetta ad un'influenza dominante da parte di una qualche amministrazione pubblica.

A differenza di quanto operato nell'ambito della definizione dell'organismo di diritto pubblico, per la quale è intervenuta la giurisprudenza, con riferimento all'impresa pubblica, il legislatore comunitario ha introdotto normativamente taluni indici presuntivi dell'influenza dominante.

In particolare, la direttiva di che trattasi ha disposto che l'influenza dominante del soggetto pubblico su un'impresa, idonea a rendere quest'ultima "impresa pubblica", è presunta nei seguenti casi:

- quando l'amministrazione detenga, direttamente o indirettamente, la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa medesima,
- qualora il soggetto pubblico controlli la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure
- quando l'ente pubblico abbia il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

A fronte di una normativa così dettagliata, relativa ai casi in cui si possa identificare la presenza o meno di una influenza dominante, appare evidente che, a differenza di quanto accaduto in relazione alla categoria dell'organismo di diritto pubblico, la questione non è stata fatta oggetto di particolare dibattito dottrinale o giurisprudenziale. Ciò su cui, invece, gli interpreti si sono più spesso soffermati riguarda, una volta appurata la presenza di un'influenza dominante sul soggetto, la possibilità di inquadrare il soggetto di che trattasi nella categoria delle imprese pubbliche (e, quindi, tenuto all'applicazione delle norme di evidenza pubblica solo relativamente alle attività espressamente indicate dalla direttiva 2004/17/CE e dalla parte terza del d.lgs. 163/2006<sup>480</sup>) ovvero nella cate-

---

<sup>480</sup> Come si dirà a breve, in realtà il legislatore nazionale ha operato un ampliamento della disciplina applicabile alle imprese pubbliche, assoggettandole, in taluni casi, all'applicazione delle disposizioni di cui alla parte II del d.lgs. 163/2006, relativa ai settori ordinari.

goria dell'organismo di diritto pubblico (e, quindi, tenuto all'applicazione della disciplina ordinaria in materia di selezione del contraente, relativamente all'intera attività espletata dal soggetto medesimo).

Come visto sopra, oltre alla necessaria presenza di un'influenza da parte del soggetto pubblico, onde poter qualificare un ente come organismo di diritto pubblico, è necessario che lo stesso espleti attività volte alla realizzazione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Si è rilevate come la giurisprudenza comunitaria abbia escluso che tale requisito possa sussistere nel caso in cui il soggetto in parola persegua, mediante l'espletamento della propria attività, uno scopo di lucro, non potendo questo essere compatibile con la richiesta assenza di industrialità e commercialità.

Proprio questo elemento diviene, quindi, la linea di demarcazione<sup>481</sup> tra le imprese pubbliche e gli organismi di diritto pubblico<sup>482</sup>, stante che le prime, in quanto imprese, operanti sul mercato ed assoggettate, in quanto tali alla normativa societaria di diritto co-

---

<sup>481</sup> Per completezza occorre, tuttavia, segnalare che la giurisprudenza interna ha dimostrato negli anni un'evidente confusione in merito all'effettiva distinzione tra i due soggetti, addivenendo molto spesso a soluzioni diametralmente diverse pur in presenza di soggetti del tutto similari. In proposito si veda, ad esempio, Cassazione civile, sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, sulla qualificazione di Siena Parcheggi S.p.A.; Cassazione civile, sez. un. 5 febbraio 1999, n. 24, sulla qualificazione del Consorzio dei comuni della Provincia di Bolzano; Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353 e Cassazione civile, sez. un. 4 aprile 2000, n. 47, sulla qualificazione dell'Ente Fiera; Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, sulla qualificazione di Poste Italiane S.p.A.; Consiglio di Stato, sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2885; Consiglio di Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885 e Consiglio di Stato, sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1332, sulla qualificazione di SEA S.p.A.; Consiglio di Stato, sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902, Consiglio di Stato, ord., 16 febbraio 2004, n. 167 e Consiglio di Stato, ad. pl., 23 luglio 2004, n. 9 sulla qualificazione di Grandi Stazioni S.p.A.; Tar Friuli Venezia Giulia, 19 giugno 2000, n. 515, sulla qualificazione di Autovie Venete S.p.A.; Tar Lazio, sez. III, 30 ottobre 2001, n. 8897, sulla qualificazione di Anas S.p.A.; Tar Veneto, sez. III, 26 maggio 2003, n. 3014; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266.

<sup>482</sup> In tal senso anche Corte di Giustizia, 15 maggio 2003, C-214/00, a mente della quale *“la nozione di impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto quest'ultimo è stato creato per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale”*.

mune, esercitano propriamente attività economiche ed imprenditoriali, aventi scopo di lucro<sup>483</sup>.

### ***1.2.2. Le attività speciali e i diritti speciali ed esclusivi***

Come accennato, l'assoggettamento delle imprese pubbliche alla disciplina prevista per i settori speciali non deriva dalla sola qualificazione soggettiva, ma richiede, contestualmente anche una qualificazione oggettiva della tipologia di attività da queste svolte. Le stesse sono, infatti, tenute ad applicare le disposizioni di cui alla direttiva 2004/17/CE, solamente qualora svolgano una o più delle attività speciali ivi indicate. Nel caso in cui, le imprese pubbliche non svolgano alcuna delle suddette attività, dal punto di vista della disciplina comunitaria<sup>484</sup>, le stesse sono assoggettate ai medesimi obblighi eventualmente previsti per qualsivoglia soggetto privato operante nel mercato. Nella stessa direzione, è da intendersi la previsione di assoggettare alla normativa in parola anche di soggetti che nulla hanno di pubblico, ma che svolgono le medesime attività speciali, a seguito della concessione, da parte delle autorità pubbliche di c.d. "diritti speciali o esclusivi".

Il legislatore comunitario specifica che per diritti speciali ed esclusivi intende quei diritti, concessi, appunto da un'autorità di uno Stato membro, a fronte dei quali, al soggetto destinatario è riservato l'esercizio di una di dette attività speciali. L'attribuzione di siffatti diritti può avvenire, indifferentemente, tramite emanazione di apposita disposizione legislativa o regolamentare ovvero attraverso l'adozione di atti amministrativi.

Detta attribuzione rileva, sotto il profilo della concorrenza, in quanto idonea, evidentemente, ad escludere altri soggetti dall'esercizio delle medesime attività e richiede, quin-

---

<sup>483</sup> SANDULLI, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, cit., 3159.

<sup>484</sup> Come si dirà più avanti, il legislatore italiano, in sede di recepimento della disciplina di che trattasi, ha esteso, in parte, a detti soggetti l'applicazione della normativa prevista per gli affidamenti nei settori ordinari.

di, la necessaria previsione di un'apertura al mercato da operarsi "a valle" dell'attribuzione.

Orbene, la normativa fino ad ora analizzata evidenzia, evidentemente, come, con riferimento ai settori speciali, l'assoggettamento alla disciplina dei settori esclusi deriva – a differenza di quanto generalmente avviene nei settori ordinari – non solo dalla particolare natura del soggetto affidante (pubblico potere o società ad esso strettamente connessa), ma anche e soprattutto dalla circostanza per cui i soggetti chiamati alla sua applicazione operano nell'ambito di determinati settori di attività considerati particolarmente sensibili.

Ne consegue che dette disposizioni debbano trovare applicazione solamente con riferimento all'affidamento di contratti connessi all'espletamento di tali attività e non già a qualsiasi contratto affidato dai medesimi soggetti<sup>485</sup>.

Relativamente alle attività esterne all'ambito oggettivo di applicazione della direttiva 2004/17/CE, i soggetti rientranti nell'ambito di applicazione soggettivo della direttiva 2004/18/CE debbono, quindi, applicare le norme ivi contenute per i settori ordinari, viceversa i soggetti ulteriori introdotti solamente con la direttiva 2004/17/CE (imprese pubbliche ed altri operatori) devono ritenersi liberi da qualsivoglia vincolo procedurale nell'individuazione dei soggetti a cui affidare i singoli appalti.

In proposito, vale la pena ricordare, tuttavia, che - parallelamente a quanto avvenuto con riferimento alla possibilità di ammettere un organismo di diritto pubblico *in parte qua*<sup>486</sup> - prima di giungere a detta ultima conclusione, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sull'eventualità che potesse sussistere un "*ambito di reciproca interferen-*

---

<sup>485</sup> In tale ottica, gli artt. da 3 a 7 della direttiva 2004/17/CE, per ciascun ambito operativo individua anche le attività alle quali la direttiva medesima si applica, escludendo, al contrario dall'ambito di applicazione tutte le altre attività eventualmente poste in essere dal soggetto medesimo.

<sup>486</sup> Di cui si è diffusamente parlato poco prima.

za”<sup>487</sup> tra la disciplina dei settori speciali e quella dei settori ordinari, comportante la possibilità di estendere l’applicazione della normativa relativa ai settori ordinari anche per tutti i contratti non rientranti tra le attività “speciali” affidati dalle imprese pubbliche e dagli altri soggetti.

Siffatta interpretazione estensiva è stata, però, esclusa dalla dottrina, in quanto sarebbe lesiva del principio di libertà di impresa di cui all’art. 41 Cost. Detta libertà, infatti, può essere legittimamente limitata solamente in casi eccezionali ed espressamente previsti dalla legge, il che esclude, evidentemente, in mancanza di una disposizione normativa in tal senso, la possibilità di assoggettare le imprese pubbliche e gli altri operatori di mercato, ai vincoli di cui alla direttiva 2004/18/CE, quale sola conseguenza di un’interpretazione estensiva analogica<sup>488</sup>.

### ***1.3. L’in house providing e il controllo analogo***

Come già rilevato nel secondo capitolo del presente lavoro, la giurisprudenza comunitaria ha altresì elaborato un’ulteriore figura soggettiva, quella dell’*in house providing* nell’ambito della normativa in materia di affidamenti pubblici.

L’*in house providing* è nata con il fine di individuare taluni casi eccezionali in cui si possa ammettere, in considerazione del particolare rapporto intercorrente tra stazione appaltante e soggetto medesimo, la possibilità di ricorrere all’affidamento diretto da parte della prima nei confronti del secondo.

Ciò che, però, in questa sede si vuole rilevare è che la medesima figura, proprio in virtù della tipologia di rapporto che mantiene con l’ente pubblico da cui discende e della circostanza per cui, a fronte di detto rapporto, può essere fatta affidataria diretta di servizi

---

<sup>487</sup> SANDULLI, *L’ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, cit. 3152.

<sup>488</sup> Si veda, SANDULLI, *L’ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, cit. 3154.

pubblici locali, oltre a poter essere affidataria di contratti in via diretta, è tenuta, per contro, all'applicazione, essa stessa, della disciplina ad evidenza pubblica<sup>489</sup>.

In particolare, ciò che, quindi, viene in rilievo, a tal fine, è la sussistenza del requisito del controllo analogo - di cui abbiamo accennato brevemente, ma su cui vale la pena tornare – ovvero di quel particolare legame con l'amministrazione pubblica idoneo di per sé a rendere il soggetto privato esterno, una sorta di *longa manus* dell'amministrazione che l'ha costituito.

Il requisito del controllo analogo, indubbiamente il più rilevante nella definizione della fattispecie dell'*in house*, è stato fatto oggetto di numerose interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Ad esito di tali discussioni, sembrerebbe ormai riconosciuto che sussiste controllo analogo qualora:

- il consiglio di amministrazione della società affidataria non possieda poteri gestionali rilevanti<sup>490</sup>. Detti poteri devono sussistere principalmente in capo all'ente pubblico affidante, al quale sono sottoposte le decisioni più rilevanti relativamente all'attività della società *in house* stessa<sup>491</sup>, potendo il primo determinare gli obiettivi strategici e prendere le decisioni più significative del soggetto controllato, facendo venir meno l'autonomia gestionale di quest'ultimo<sup>492</sup>;

---

<sup>489</sup> Nel diritto interno, detto obbligo è stato di recente fatto oggetto di apposite disposizioni. Con il comma 10 dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008, infatti, il legislatore ha delegato il governo a prevedere l'osservanza da parte delle società *in house* di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale. Più di recente, con l'art. 4, commi 15 e 15 del d.l. 138/2011, è stato, altresì previsto che "*le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*". Nello stesso senso, l'art. 32, comma 1, lett. c), del d.lgs. 163/2006.

<sup>490</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

<sup>491</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5

<sup>492</sup> VOLPE, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, cit.

- l'ente pubblico possa esercitare sulla medesima società poteri maggiori rispetto a quelli che riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale<sup>493</sup>. In tal senso, quindi, il controllo analogo esula dagli ordinari controlli attribuiti al mero socio pubblico (come, ad esempio, quelli previsti dall'art. 2449 del c.c.) e deve essere effettivo, strutturale e funzionale<sup>494</sup>;

- l'impresa non debba aver "*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*" da parte dell'ente pubblico<sup>495</sup>;

- lo statuto non debba contenere alcuna clausola che preveda la possibilità di cessione delle quote societarie ai privati<sup>496</sup>.

Dubbi e contrasti giurisprudenziali sono, invece, ancora presenti in merito alla possibilità di rinvenire un controllo analogo nel caso in cui il pacchetto azionario sia detenuto indirettamente dall'ente pubblico e qualora il pacchetto azionario della società sia posseduto (anche in misura esigua per ciascuno) da una pluralità di enti pubblici.

Nel primo caso, infatti, si ritiene che, attraverso la partecipazione indiretta, il controllo verrebbe a "*indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione ag-giudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale*"<sup>497</sup>, mentre nel secondo caso si dubita che concretamente sia possibile che ciascun ente socio della medesima società pubblica possa concretamente esercitare un controllo analogo sulla stessa, magari in presenza di una partecipazione azionaria minima.

Infine, è interessante ricordare che mentre la giurisprudenza comunitaria<sup>498</sup> ha riconosciuto, seppur astrattamente la possibilità di esistenza di un controllo analogo anche nel caso di partecipazione non totalitaria da parte dell'ente pubblico, la giurisprudenza ita-

---

<sup>493</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

<sup>494</sup> Corte di Giustizia, 8 maggio 2014, C-15/13.

<sup>495</sup> Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen.

<sup>496</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

<sup>497</sup> Corte di Giustizia causa C-340/04 (Carbotermo).

liana<sup>499</sup> ha ritenuto che il controllo analogo sia possibile solamente nel caso in cui la partecipazione sia totalitaria. In tal senso, il legislatore ha introdotto nella disciplina relativa alla gestione dei servizi pubblici locali che l'affidamento diretto possa essere effettuato senza gara solamente nei confronti di società interamente partecipate dall'ente pubblico, su cui quest'ultimo esercita un controllo analogo.

A dirimere parte delle questioni appena accennate è, di recente, intervenuto il legislatore comunitario, il quale, con le nuove direttive appalti (non ancora in vigore in Italia) ha introdotto a livello normativo la figura dell'*in house* (pur non menzionandola espressamente) e ne ha declinato le varie caratteristiche.

Con riferimento al requisito del controllo analogo il legislatore sovranazionale ha specificato che lo stesso sussiste qualora l'ente aggiudicatario eserciti sulla società di che trattasi *“un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata”*<sup>500</sup>.

Il legislatore ha, inoltre, in tale sede, espressamente ammesso sia la possibilità di procedere all'affidamento diretto *in house* nei confronti di società indirettamente controllate<sup>501</sup>, sia la possibilità di ammettere il c.d. *in house* frazionato o plurisoggettivo<sup>502</sup>. In tale secondo caso, il controllo analogo si deve individuare nel caso in cui gli enti pubblici *“esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto*

---

<sup>498</sup> Corte di Giustizia, 29 novembre 2012, C-182/11 (Econord).

<sup>499</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440.

<sup>500</sup> Art. 12, comma 1, della direttiva 2014/24/CE, in materia di appalti nei settori ordinari, art. 28, comma 1, della direttiva 2014/25/CE, in materia di appalti nei settori speciali e art. 17 comma 1 della direttiva 2014/23/CE, in materia di concessioni.

<sup>501</sup> I medesimi art. 12, comma 1, della direttiva 2014/24/CE, in materia di appalti nei settori ordinari, art. 28, comma 1, della direttiva 2014/25/CE, in materia di appalti nei settori speciali e art. 17 comma 1 della direttiva 2014/23/CE, in materia di concessioni, prevedono, infatti, che il controllo analogo *possa “essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice”*.

<sup>502</sup> Art. 12, comma 3, della direttiva 2014/24/CE, in materia di appalti nei settori ordinari, art. 28, comma 3, della direttiva 2014/25/CE, in materia di appalti nei settori speciali e art. 17, comma 3 della direttiva 2014/23/CE, in materia di concessioni.

*quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti”.*

#### **1.4. Il recepimento della normativa comunitaria nell'ordinamento italiano**

La normativa comunitaria appena descritta è stata recepita dal legislatore italiano mediante l'emanazione del Codice Unico dei contratti pubblici contenuto nel d.lgs. 163/2006.

Tale disposizione, che riporta la normativa in materia di affidamenti di contratti pubblici, è, a sua volta, suddivisa in settori ordinari e settori speciali.

Quanto ai settori speciali, parallelamente a quanto previsto dal legislatore comunitario, il legislatore ha esteso l'applicazione della relativa disciplina, oltre che ai soggetti pubblici in senso stretto, anche alle imprese pubbliche, come definite in sede comunitaria, che operino nei settori ivi indicati nonché ai soggetti privati titolari di diritti esclusivi e speciali, che operino nei settori di che trattasi.

Quanto ai settori ordinari, il legislatore nazionale ha ulteriormente ampliato il novero dei soggetti tenuti all'applicazione delle relative discipline, rispetto a quanto operato dal legislatore sovranazionale.

Ed infatti, oltre ad introdurre, la figura dell'organismo di diritto pubblico, il nostro legislatore ha previsto alcuni casi in cui la disciplina di cui alla parte seconda del d.lgs. 163/2006, debba essere applicata anche da imprese pubbliche e da soggetti privati.

In particolare, l'art. 32 del d.lgs. 163/2006, prevede che la normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica sia applicata, oltre che in tutti i casi di appalti affidati da amministrazioni pubbliche o organismi di diritto pubblico, anche nei casi di seguito indicati<sup>503</sup>.

Innanzitutto, quando una società partecipata da soggetti pubblici, anche in maniera non maggioritaria, che annoveri tra le sue attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, debba affidare a terzi contratti di lavori, servizi o forniture<sup>504</sup>.

Tali società sono escluse dall'applicazione delle disposizioni in materia di gare, solamente qualora 1) la scelta del socio privato sia avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato abbia i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo<sup>505</sup>.

Sono ricomprese in tale previsione anche le società *in house* e miste costituite o affidatarie di servizi pubblici locali.

La disposizione prevede l'applicazione della disciplina anche da parte di soggetti formalmente e sostanzialmente privati<sup>506</sup> nei casi in cui affidino:

- lavori, anche relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei

---

<sup>503</sup> Per approfondimenti sulle singole figure ivi contemplate, si veda, FERRARI-CHIMENTI, *Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici*, in SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, cit. 509.

<sup>504</sup> Art. 32, comma 1, lett. c) del d.lgs. 163/2006.

<sup>505</sup> Art. 32, comma 3, del d.lgs. 163/2006.

<sup>506</sup> Art. 32, comma 1, lett. d), f) e g) del d.lgs. 163/2006.

soggetti pubblici, un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori;

- appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a., sia pari o superiore a 200.000 euro, allorché tali appalti siano connessi ad un appalto di lavori di cui sopra, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti pubblici, un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi;

- lavori relativi alla realizzazione in via diretta delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso.

In tutti questi casi, il legislatore ha ritenuto di dover aprire la concorrenza in quanto, direttamente o indirettamente, i lavori da effettuare vengono pagati con soldi pubblici, il che pone i titolari dei lavori in posizione di potenziale privilegio rispetto agli altri operatori sul mercato.

Infine, il legislatore nazionale ricomprende nell'ambito di applicazione della parte seconda del d.lgs. 163/2006, anche gli appalti relativi alla realizzazione di lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi (quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice)<sup>507</sup>.

## ***2. La disciplina nazionale***

Anche a livello nazionale, il legislatore negli ultimi anni è intervenuto in maniera sempre più diffusa ad imporre a soggetti formalmente e, spesso, anche sostanzialmente, privati, l'applicazione di numerose norme tipicamente pubblicistiche. La normativa è frammentata e di difficile organizzazione, ma, in generale, pare coprire ambiti talmente

vasti delle attività da far perdere alle società private la propria conformazione tipica, facendole sempre più assomigliare a soggetti pubblici che non a società di diritto comune.

I presupposti per addivenire all'estensione delle discipline pubbliche sono molteplici, quali, ad es., la sussistenza di un legame particolare con gli enti pubblici (derivante sia dalla partecipazione azionaria di controllo, ma anche dalla mera presenza di poteri speciali riservati all'ente pubblico anche non socio), l'utilizzo di fondi pubblici (sia derivanti da finanziamenti pubblici sia dalla mera circostanza per cui il potere pubblico risulta detentore di una qualche partecipazione al capitale del soggetto in parola), l'espletamento di attività connotate di particolare interesse pubblico (sia relativamente all'ambito di attività, sia relativamente alle modalità con cui le stesse vengono compite dal soggetto).

Come già accennato precedentemente, le esigenze perseguite dal legislatore, mediante i suddetti interventi, si possono raggruppare in quattro macro gruppi di normative, ovvero la necessità di tutelare la concorrenza sul mercato (di cui si è già ampiamente parlato), l'esigenza di garantire una gestione parsimoniosa di soggetti che utilizzano in tutto o in parte soldi pubblici e svolgono attività che hanno interessi pubblici generalizzati, la necessità di garantire la massima efficienza e l'imparzialità nella gestione dei servizi a rilevanza pubblica e la ricerca del raggiungimento della massima liberalizzazione dell'attività economica ed il progressivo allontanamento della stessa dal potere pubblico.

### ***2.1. Sull'esigenza di riduzione della spesa pubblica***

Come già più volte detto, i soggetti rientranti nella vasta nozione di impresa pubblica nazionale (diversa da quella sopra descritta di derivazione comunitaria, che corrisponde-

---

<sup>507</sup> Art. 32, comma 1, lett. e) del d.lgs. 163/2006.

rebbe più alla nozione di società pubblica) si caratterizzano, molto spesso, per espletare la propria attività grazie all'utilizzo, diretto o indiretto, di capitale pubblico. Ciò avviene, sia nei casi in cui l'ente pubblico sia socio di una società di capitali (e, quindi, il capitale sociale sia almeno in parte costituito da soldi pubblici), sia in caso di finanziamento pubblico nei confronti di soggetti anche privati, sia, infine, anche se del tutto indirettamente, nel caso in cui il soggetto, anche privato, ricavi dei profitti, in via esclusiva, dall'espletamento di attività altrimenti espletate direttamente dall'amministrazione pubblica.

In tutti questi casi, il legislatore ritiene necessario sottoporre siffatti soggetti a disposizioni legislative volte a garantire una gestione parsimoniosa di tali soldi.

In considerazione di quanto sopra, sono state approvate, negli ultimi anni, numerosissime e variegatissime disposizioni, le quali si caratterizzano<sup>508</sup> per riguardare, quasi unicamente, società nelle quali l'ente pubblico detiene una qualche forma di partecipazione - vuoi, a seconda dei casi, totalitaria, di controllo o anche solo di maggioranza, diretta o indiretta - e che svolgono attività di interesse pubblico, quali la gestione dei servizi pubblici ovvero la produzione di beni e servizi strumentali alle pubbliche amministrazioni.

Ciò in quanto, come detto, con il gruppo di disposizioni di cui si sta trattando, il legislatore intende limitare le spese pubbliche, tagliando le uscite e incrementando, quanto più possibile, le possibili entrate. Tale obiettivo è necessario, pertanto, ove siano presenti soldi pubblici e non già quando i soldi sono solamente privati e la "pubblicità" dei soggetti deriva solamente dalla tipologia delle attività svolte e dalla modalità con cui le

---

<sup>508</sup> A differenza di quanto visto per le disposizioni in materia di appalti pubblici, nonché a quanto si vedrà a breve, per le materie relative alle modalità di espletamento dell'attività interna dei soggetti medesimi, ove molte disposizioni si applicano non solo a soggetti nei quali sia presente una qualche forma di partecipazione statale, bensì anche a soggetti interamente privati, ma che espletano attività talmente connesse ad interessi pubblici generali da rendere necessario un controllo ed una regolamentazione della gestione delle attività medesime.

stesse vengono svolte. In questo secondo caso, quindi, ciò che interessa è che venga tutelato l'interesse pubblico relativo a quelle specifiche attività più che il risparmio delle risorse pubbliche, per cui le disposizioni si rivolgono, molto spesso anche a soggetti che esulano del tutto dall'apparato amministrativo.

Nella stessa ottica, peraltro, le disposizioni di cui si tratta, sono generalmente applicabili anche alle aziende speciali ed alle autorità indipendenti, in quanto soggetti pubblici espletanti la propria attività attraverso l'utilizzo di risorse interamente pubbliche.

Vediamo alcune delle disposizioni più rilevanti introdotte negli ultimi anni<sup>509</sup>.

Innanzitutto, un primo gruppo di disposizioni deriva dall'estensione dell'applicazione di talune disposizioni, rivolte originariamente alle sole amministrazioni pubbliche in senso stretto, che richiedono di operare tagli alle spese volti al rispetto del c.d. Patto di stabilità.

Tale Patto – discendendo dall'esigenza per lo Stato italiano di rispettare il Patto di stabilità e crescita di cui al trattato di Maastricht<sup>510</sup> - impone a tutte le amministrazioni pubbliche di concorrere al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica<sup>511</sup>. In forza dello stesso Patto, il legislatore nazionale individua, ogni anno, uno specifico obiettivo di saldo finanziario, calcolato quale differenza tra entrate e spese finali, comprese dunque le spese in conto capitale, che deve essere raggiunto da tutti gli enti locali.

Al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica concorrono tutti gli enti e gli altri soggetti che *“costituiscono il settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche indi-*

---

<sup>509</sup> Si fa presente che l'elenco di disposizione che segue non vuole essere esaustivo, ma ha l'intento di far comprendere l'ampiezza del fenomeno di cui trattasi.

<sup>510</sup> A mente del quale ciascuno Stato membro deve convergere verso l'ottenimento di un rapporto tra indebitamento netto della Pubblica Amministrazione e P.I.L. interno inferiore al 3% e un rapporto tra debito pubblico delle Autorità pubbliche e P.I.L. convergente verso il 60%.

<sup>511</sup> Ai sensi dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, *“le amministrazioni pubbliche concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica sulla base dei principi fondamentali dell'armonizzazio-*

*viduati dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti comunitari*<sup>512</sup>.

Più di recente, inoltre, il legislatore, con il comma 553 della legge 27 dicembre 2013, n. 147<sup>513</sup> ha disposto che devono concorrere alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, tutti i soggetti formalmente privati, ma sostanzialmente connotati da una qualche forma di pubblicità (le aziende speciali, alle istituzioni e le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali).

La concorrenza al raggiungimento di tale obiettivo deve essere attuata attraverso il perseguimento di una gestione dei servizi che garantisca il rispetto dei criteri di economicità e di efficienza<sup>514</sup>.

A tal fine, peraltro, il legislatore ha previsto che, con riferimento ai servizi pubblici locali, debbano essere individuati dei parametri generali, onde consentire l'individuazione dei costi da offrire al mercato e dei rendimenti minimi da cui le società operanti in detti settori non possono discostarsi<sup>515</sup>.

---

*ne dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica, e ne condividono le conseguenti responsabilità*".

<sup>512</sup> Così il comma 2 dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Il comma 3, inoltre, specifica che *"la ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 31 luglio"*. In tali elenchi sono presenti anche numerose società di capitali a totale o maggioritaria partecipazione pubblica che svolgono attività di interesse generale o strumentali della pubblica amministrazione. Si pensi, ad es. (dall'elenco), a livello nazionale Anas S.p.A. Società generale d'informatica - Sogei S.p.A. ... e a livello locale alla Società Infrastrutture Lombarde S.p.A., Veneto Strade S.p.A., Azienda Strade Lazio S.p.a – ASTRAL, Expo 2015 S.p.A. ...

<sup>513</sup> A mente del quale: *"a decorrere dall'esercizio 2014 i soggetti di cui al comma 550 a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza"*.

<sup>514</sup> Ovvero proprio di quei principi tipici dell'azione amministrativa.

<sup>515</sup> Il medesimo comma 553, dispone, infatti, che: *"per i servizi pubblici locali sono individuati parametri standard dei costi e dei rendimenti costruiti nell'ambito della banca dati delle Amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, utilizzando le informazioni disponibili presso le Amministrazioni pubbliche"*.

Con riferimento, invece, ai beni e servizi strumentali alle funzioni amministrative – le cui acquirenti sono, quindi, le amministrazioni pubbliche medesime – le società partecipate dovranno parametrare i prezzi a quelli di mercato<sup>516</sup>, evitando di imporre alle amministrazioni pubbliche acquirenti prezzi maggiori rispetto a quelli che potrebbero ottenere rivolgendosi direttamente sul mercato.

L'assoggettamento di siffatti soggetti ai vincoli derivanti dal Patto di Stabilità interno ha, evidentemente, come conseguenza, oltre a quella appena detta di dover condurre la propria attività nel rispetto dei principi tipici delle amministrazioni pubbliche, anche quella di essere assoggettate alle disposizioni *ad hoc* che il legislatore impone proprio al fine di consentire il rispetto dei vincoli posti alle amministrazioni pubbliche<sup>517</sup>.

---

<sup>516</sup> “Per i servizi strumentali i parametri standard di riferimento sono costituiti dai prezzi di mercato”.

<sup>517</sup> Si pensi ad esempio alle disposizioni contenute nei commi 7, 8 e 9 dell'art. 6 del decreto legge 78/2010, che impone: - la riduzione, a decorrere dal 2011, della spesa annua effettuata per studi ed incarichi di consulenza, compresi gli studi ed incarichi conferiti a pubblici dipendenti, disponendo che essa non potrà essere superiore al 20% di quella sostenuta nell'anno 2009 (comma 7); - la riduzione, a decorrere dal 2011, della spesa annua per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza; - il divieto di effettuare spese per sponsorizzazioni (comma 9); al comma 11 dell'art. 6 del decreto legge 78/2010, a mente del quale “*le società, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, si conformano al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, desumibile dai precedenti commi 7, 8 e 9. In sede di rinnovo dei contratti di servizio, i relativi corrispettivi sono ridotti in applicazione della disposizione di cui al primo periodo del presente comma. I soggetti che esercitano i poteri dell'azionista garantiscono che, all'atto dell'approvazione del bilancio, sia comunque distribuito, ove possibile, un dividendo corrispondente al relativo risparmio di spesa. In ogni caso l'inerenza della spesa effettuata per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, è attestata con apposita relazione sottoposta al controllo del collegio sindacale*”; l'art. 5, comma 2, del d.l. 95/2012, a mente del quale “*a decorrere dal 1° maggio 2014, le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché le autorità indipendenti, ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), non possono effettuare spese di ammontare superiore al 30 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2011 per l'acquisto, la manutenzione, il noleggio e l'esercizio di autovetture, nonché per l'acquisto di buoni taxi. Tale limite può essere derogato, per il solo anno 2014, esclusivamente per effetto di contratti pluriennali già in essere*”.

Oltre alle disposizioni discendenti dall'applicazione del Patto di Stabilità, il legislatore degli ultimi anni ha, altresì, previsto anche una serie di disposizioni volte ad operare dei tagli di spesa relativi ad attività tipiche delle società pubbliche di che trattasi e, quindi, disposizioni adottate unicamente in funzione della particolare tipologia di soggetti di che trattasi.

Si fa riferimento, ad esempio, alle disposizioni relative al personale dipendente delle società di capitali, in relazione ai quali sono state poste variegate limitazioni sia in termini di modalità di reclutamento dello stesso<sup>518</sup>, sia in termini di tetti massimi agli stipendi<sup>519</sup>, sia in termini di tagli al personale in eccesso<sup>520</sup>, sia in termini di trasparenza<sup>521</sup>.

---

<sup>518</sup> Art. 18 del d.l. 112/2008, che impone alle società pubbliche di adottare provvedimenti volti a regolare, nel rispetto dei principi comunitari, le modalità di accesso per il personale delle imprese medesime e le modalità di selezione dei soggetti a cui conferire appositi incarichi. Nello stesso senso anche le disposizioni di cui all'art. 9 del d.l. 78/2010, contenente le misure volte al contenimento delle spese in materia di impiego pubblico e dell'art. 3 del d.l. 101/2013, contenente talune misure urgenti in materia di mobilità nel pubblico impiego e nelle società partecipate. Da ultimo, in tema di mobilità, si veda, l'art. 1, comma 563, della legge 27 dicembre 2013, n.147, ai sensi del quale: *"le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, o dai loro enti strumentali, ad esclusione di quelle emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e delle società dalle stesse controllate, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 31 del medesimo decreto legislativo n. 165 del 2001, possono, sulla base di un accordo tra di esse, realizzare, senza necessità del consenso del lavoratore, processi di mobilità di personale anche in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge, in relazione al proprio fabbisogno e per le finalità dei commi 564 e 565, previa informativa alle rappresentanze sindacali operanti presso la società e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato, in coerenza con il rispettivo ordinamento professionale e senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica"*. Si veda, sui limiti ai compensi l'art. 1, commi 725-728, della legge 27 dicembre 2006, n.296; l'art. 3, comma 44 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, avente ad oggetto i limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per rapporti di lavoro dipendente o autonomo, come attuata dal regolamento recante determinazione dei limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per i rapporti di lavoro dipendente o autonomo, di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 195.

<sup>519</sup> Il d.l. 101/2013, il quale prevede il divieto di inserire, in assenza di preventiva autorizzazione dei medesimi enti o amministrazioni, clausole contrattuali che al momento della cessazione del rapporto prevedano per i dirigenti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni benefici economici superiori a quelli derivanti ordinariamente dal contratto collettivo di lavoro applicato e commi da 550 e ss. dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2013, n.147.

<sup>520</sup> Art. 14 , comma 7, del d.l. 95/2012 (*"le cessazioni dal servizio per processi di mobilità, nonché quelle disposte a seguito dell'applicazione della disposizione di cui all' articolo 2, comma 11, lettera a), limitatamente al periodo di tempo necessario al raggiungimento dei requisiti previsti dall'articolo 24 del d.l. 6*

In ogni modo, la maggior parte delle disposizioni volte a limitare la spesa pubblica derivante dalle società partecipate, riguardano la disciplina degli amministratori e, in generale, degli organi societari delle società partecipate.

Con riferimento a tali soggetti sono state adottate misure di ogni tipo, sia relative alle modalità di nomina, sia al numero dei membri nominabili, sia ai compensi degli amministratori delle società variamente partecipate da enti pubblici.

In particolare, è stato previsto, sia a livello locale<sup>522</sup> che a livello nazionale<sup>523</sup>, un numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione nominabili nelle società

---

*dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, non possono essere calcolate come risparmio utile per definire l'ammontare delle disponibilità finanziarie da destinare alle assunzioni o il numero delle unità sostituibili in relazione alle limitazioni del turn over”) e commi da 563 e ss. dell’art. 1 della legge 27 dicembre 2013, n.147, con cui sono oggi disciplinati nei dettagli i procedimenti di mobilità delle società partecipate.*

<sup>521</sup> Art. 2, comma 11, del d.l. 101/2013, con cui è stato sostituito l’articolo 60, comma 3, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il quale oggi recita prevede che *“gli enti pubblici economici, le aziende che producono servizi di pubblica utilità, le società non quotate partecipate direttamente o indirettamente, a qualunque titolo, dalle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, diverse da quelle emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e dalle società dalle stesse controllate, nonché gli enti e le aziende di cui all’articolo 70, comma 4, e la società concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo, relativamente ai singoli rapporti di lavoro dipendente o autonomo, sono tenuti a comunicare alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell’economia e delle finanze, il costo annuo del personale comunque utilizzato, in conformità alle procedure definite dal Ministero dell’economia e delle finanze, d’intesa con il predetto Dipartimento della funzione pubblica”.*

<sup>522</sup> L’art. 1, comma 729, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, prevede che *“il numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali, non può essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore all’importo che sarà determinato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, di concerto con il Ministro dell’interno e con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città e autonomie locali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Nelle società miste il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a cinque. Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall’entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri”.*

<sup>523</sup> L’art. 4, comma 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135, prevede che *“Fatta salva la facoltà di nomina di un amministratore unico, i consigli di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2,*

totalmente o parzialmente partecipate, in via diretta o indiretta, da soggetti pubblici<sup>524</sup>, nonché limiti e condizioni alle modalità di nomina dei membri medesimi. Le medesime norme citate, infatti, prevedono anche che gli amministratori debbano essere individuati tra i dipendenti delle amministrazioni partecipanti, nonché altre disposizioni limitano le possibilità di conferma delle nomine in capo a soggetti che abbiano dimostrato “incapacità” di gestione, causando perdite di esercizio<sup>525</sup>.

Le disposizioni in materia di membri dei consigli di amministrazioni riguardano anche i compensi ad essi (ed anche ai membri dei consigli sindacali) attribuibili<sup>526</sup> e alle condizioni per la nomina dei soggetti designati amministratori<sup>527</sup>.

---

*del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato devono essere composti da non più di tre membri, ferme restando le disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39”.*

<sup>524</sup> Nel medesimo senso di limitare il numero di membri dei consigli di amministrazione anche l'art. 6, comma 5 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertiti in legge 30 luglio 2010, n. 122, in materia di enti pubblici, anche economici e di organismi di diritto pubblico.

<sup>525</sup> In tal senso, si veda, l'art. 1, comma 734, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, a mente del quale: “non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi”.

<sup>526</sup> Si veda, sui limiti ai compensi l'art. 1, commi 725-728, della legge 27 dicembre 2006, n.296; l'art. 3, comma 44 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, avente ad oggetto i limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per rapporti di lavoro dipendente o autonomo, come attuata dal regolamento recante determinazione dei limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per i rapporti di lavoro dipendente o autonomo, di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 195; l'art. 4, comma 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135, prevede che “[...] A decorrere dal 1° gennaio 2015, il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori di tali società, ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche, non può superare l'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013. In virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, qualora siano nominati dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione, o della società controllante in caso di partecipazione indiretta o del titolare di poteri di indirizzo e di vigilanza, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al precedente periodo, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi all'amministrazione o alla società di appartenenza e, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio”; l'art. 6, comma 6, del d.l. 78/2010.

<sup>527</sup> Art. 1, comma 734, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ai sensi del quale “non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi,

Tuttavia, in questo macrogruppo ciò che più rileva è la normativa in materia di responsabilità degli amministratori, con particolare riguardo alla responsabilità contabile. Ciò sia in quanto attorno a tali previsioni si è creato un vivo dibattito giurisprudenziale che dottrinale, sia in quanto, l'assoggettamento degli organi societari alla responsabilità tipica dei funzionari pubblici è sicuramente indicativa della portata derogatoria che l'impianto normativo attuale ha sulle disposizioni civilistiche applicabili alle imprese pubbliche.

### ***2.1.1. La responsabilità contabile degli amministratori di imprese pubbliche***

Un rapido approfondimento merita, quindi, l'argomento della responsabilità contabile degli amministratori delle imprese pubbliche<sup>528</sup>.

La giurisdizione della Corte dei Conti riguarda, ai sensi dell'art. 103, comma 2, della Costituzione tutte le materie di contabilità pubblica, ovvero tutte quelle materie in cui sia, in qualche modo, coinvolto ed utilizzato il denaro pubblico.

In origine, quindi, la responsabilità contabile era riconosciuta unicamente nei confronti dei pubblici funzionari, i quali sono tenuti a porre in essere tutto quanto necessario e strumentale all'esercizio della funzione amministrativa a cui sono preposti.

Tuttavia, nel tempo, la giurisprudenza sia della Cassazione, sia della Corte dei Conti, si è a lungo interrogata in merito all'ammissibilità di una giurisdizione contabile nei confronti anche degli amministratori delle società a partecipazione pubblica.

Ciò in quanto le società a partecipazione pubblica, in via diretta o indiretta, sono destinatarie e fruitrici di denaro pubblico ed in quanto tali, come osservato dalla Corte di

---

*avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi”.*

<sup>528</sup> Per una disanima completa in materia, si veda, *ex multis*, ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit.

Cassazione<sup>529</sup> stessa, non possono, in linea generale, sottrarsi ad un controllo da parte del giudice contabile<sup>530</sup>. Ed infatti, come osserva la Corte di Cassazione appena citata, la responsabilità erariale viene ad emergere non solo in funzione della qualifica personale del soggetto agente, bensì anche in relazione al c.d. rapporto di servizio che si viene a generare tra l'amministrazione ed il soggetto medesimo in funzione della concessione ed utilizzo di risorse pubbliche<sup>531</sup>.

Sulla scorta di tale principio generale, in estrema sintesi, si può evidenziare come la giurisprudenza (non concorde, come si dirà) abbia raggiunto una differente conclusione a seconda delle tipologie di società, con particolare riferimento all'entità della partecipazione pubblica medesima ed alla tipologia di rapporto esistente tra le società e l'ente pubblico socio (appunto rapporto di servizio).

Da un lato sono stati presi in considerazione gli amministratori delle società *in house*, ove l'ente pubblico detiene una partecipazione totalitaria e, soprattutto, nei confronti delle quali sussiste il requisito (più volte richiamato ed analizzato) del c.d. controllo analogo; dall'altro lato sono state, invece, prese in considerazione le società a partecipazione mista pubblica privata, ove il fine sociale da perseguire da parte degli amministra-

---

<sup>529</sup> Cassazione civile, sez.un., 19 luglio 2013, n. 17660 e Cassazione civile, sez. un. 25 gennaio 2013, n. 1774

<sup>530</sup> In conformità a quanto disposto, peraltro, anche dall'art. 13 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, contenente il Testo Unico sulla Corte dei Conti, che prevede, tra i compiti attribuiti alla Corte dei Conti medesima che: *“La Corte in conformità delle leggi e dei regolamenti: [...] giudica i conti che debbono rendere tutti coloro che hanno maneggio di denaro o di valori dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni designate dalla legge”*.

<sup>531</sup> Cassazione civile, sez. un., 1774/13, cit., dove si legge che *“ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale, non deve aversi riguardo alla qualità del soggetto che gestisce il denaro pubblico – che ben può essere un soggetto di diritto privato, destinatario della contribuzione – bensì alla natura del danno ed alla portata degli scopi perseguiti con la contribuzione stessa”, in quanto “in tema di danno erariale, è configurabile un rapporto di servizio tra la p.a. erogatrice del contributo statale ed i soggetti privati e pertanto una loro responsabilità amministrativa qualora essi, disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivato o ponendo in essere i presupposti per la sua illegittima percezione, abbiano frustrato lo scopo perseguito dall'amministrazione”*. Nello stesso senso, Cassazione civile, sez. un., 19 febbraio 2004, n. 3351; Cassazione civile, sez. un., 1 marzo

tori deriva da un compromesso tra il socio privato ed il socio pubblico e si separa e differenzia dal fine pubblico perseguito direttamente dall'ente pubblico socio.

Con riferimento alla prima categoria di società, la responsabilità è stata, quasi unanimemente riconosciuta dalla giurisprudenza contabile<sup>532</sup> e civile<sup>533</sup> alle società *in house*, sulla scorta della considerazione per cui, in considerazione della particolare conformazione delle stesse (totale partecipazione pubblica<sup>534</sup>) e del particolare rapporto che le lega all'amministrazione pubblica di controllo (controllo analogo), non vi sarebbe, nella sostanza, una distinzione tra i due soggetti. O meglio, le prime, operando totalmente attraverso e grazie alla gestione di risorse economiche pubbliche, sarebbero (almeno sotto questo profilo) interamente equiparabili a qualsivoglia amministrazione pubblica ed, in quanto tali necessariamente assoggettabili alla giurisdizione ed al controllo della Corte dei Conti, in relazione all'eventuale mala gestione dei fondi pubblici stessi.

In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto che *“la giurisdizione della Corte dei conti è stata ravvisata da ultimo anche con riguardo alle azioni di responsabilità proposte nei confronti di organi o dipendenti di un più vasto sottoinsieme di società a partecipazione pubblica: le cosiddette società in house, per tali dovendosi intendere quelle dal cui quadro statutario, vigente all'epoca della condotta ritenuta dannosa, emerga che siano state costituite da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi,*

---

2006, n. 4511; Cassazione civile, sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886; Cassazione civile, sez. un., 1 aprile 2008, n. 8409; Cassazione civile, sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519.

<sup>532</sup> Corte dei Conti, sezione di controllo per la Campania, 16 marzo 2011, n. 359.

<sup>533</sup> Cassazione civile, sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, Cassazione civile, sez. un., 9 luglio 2014, n. 15594.

<sup>534</sup> La totale partecipazione pubblica si ravvisa sia nel caso in cui sia sostenuta la teoria della necessaria partecipazione da parte di un unico soggetto pubblico, sia nel caso in cui si ammetta la sussistenza di *in house* anche in presenza di più soci pubblici. Si noti, in ogni modo, che anche con riferimento alla possibilità di ricomprendere in detta fattispecie le società aventi una minima parte di partecipazione da parte di soggetti privati (circostanza, come detto, ammessa da parte del legislatore comunitario nelle nuove direttive appalti) il discorso poco cambierebbe, stante che la maggior parte del denaro sarebbe pubblico e che la società svolgerebbe comunque le proprie attività interamente sotto il controllo pubblico. Tuttavia, probabilmente, in tal caso potrebbero essere applicati i medesimi principi di cui si dirà a breve relativamente alle imprese a partecipazione pubblica privata diverse dall'*in house*.

*che esplichino la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e che siano assoggettate a forme di controllo della gestione analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici”.*

E ciò in considerazione del fatto che *“una siffatta società, quanto meno ai fini del riparto della giurisdizione, non si ponga davvero in rapporto di alterità con la pubblica amministrazione partecipante, bensì come una sua longa manus, come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa, di talchè il danno arrecato al patrimonio sociale si configura in tal caso come danno direttamente riferibile all'ente pubblico, i cui organi può dirsi facciano capo all'amministrazione medesima”*<sup>535</sup>.

Con riferimento alle società a partecipazione mista, invece, le soluzioni raggiunte dai due giudici tendono a contrastare.

Ed infatti, la Corte dei Conti, radicando il proprio ragionamento non solo alla normativa nazionale, bensì anche a quella comunitaria<sup>536</sup>, ha mosso dal presupposto per cui la giurisdizione contabile<sup>537</sup> non dipenda dalla natura e dalla qualità del soggetto *“che gestisce il danaro pubblico (che può essere anche un privato o un ente pubblico), bensì alla natura del danno e degli scopi perseguiti”*<sup>538</sup>, e *“ciò in considerazione della maggiore frequenza con cui viene affidata a soggetti privati la realizzazione di finalità un tempo ritenute di pertinenza esclusiva degli organi pubblici”*<sup>539</sup> (Cass., sez. un., 15 gennaio

---

<sup>535</sup> Cassazione civile, sez. un., 9 luglio 2014, n. 15594. Nello stesso senso Cassazione civile, sez. un. 26283/2013, sez. un. 10299/13, sez. un. 7374/13, sez. un. 20940/11, sez. un. 20941/11, sez. un. 14957/11, sez. un. 14655/11, sez. un. 16286/10, sez. un. 8429/10, e sez. un. 519/10.

<sup>536</sup> In Corte dei Conti, 359/2011, cit., si legge che *“la giurisdizione sulle azioni di responsabilità attribuita alla Corte dei conti è, quindi, strumentale al soddisfacimento di rilevantissimi e preminenti interessi pubblici di matrice costituzionale ed europea a vantaggio dell'intera collettività dei cittadini e delle imprese contribuenti, beneficiari finali dell'azione risarcitoria pubblicistica contabile”.*

<sup>537</sup> Regolata dall'art. 103 Cost., dall'art. 13 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, e dall'art. 1, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

<sup>538</sup> Con richiamo alla Cassazione civile, sez. un., 23 settembre 2009, n. 20434 e Cassazione civile, sez. un., 3 marzo 2010, n. 5032, nonché a Cassazione civile, sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973; Cassazione civile, sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511; Cassazione civile, sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101; Cassazione civile, sez. un., 13 febbraio 2007, n. 3367; Cassazione civile, sez. un., 3 marzo 2010, n. 5032.

<sup>539</sup> Con richiamo alla Cassazione civile, sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519.

2010, n. 519), per sostenere che, in via generale, tutte le società pubbliche sono soggette alla giurisdizione della Corte dei Conti<sup>540</sup>.

Ciò sulla scorta del fatto che *“nelle società pubbliche l’interesse sociale è permeato e correlato a quello pubblico”* e ciò non può che giustificare *“un sindacato giurisdizionale improntato alle tecniche di giudizio tipiche della Corte dei conti, magistratura specializzata in materia di finanza pubblica allargata, con esclusione di ogni concorrenzialità od esclusività dell’azione di responsabilità societaria prevista dal Codice civile che è ad attivazione facoltativa [...] e si presenta strutturalmente e funzionalmente diversa dall’azione di responsabilità amministrativa essendo tesa alla protezione dell’interesse sociale e non di quello pubblico della collettività dei cittadini e delle imprese contribuenti ad ottenere gestioni pubbliche efficienti ed economiche e la reintegrazione delle finanze pubbliche pregiudicate da condotte di mala gestione amministrativa”*.

Le società pubbliche, invero, non sono, secondo la Corte dei Conti, altro che una forma di auto organizzazione con cui l’amministrazione pubblica di riferimento ha scelto di svolgere poteri, funzioni, servizi o compiti pubblicistici, mediante l’utilizzo di una formula privatistica più snella, veloce, poco costosa ed efficiente. Ciò tuttavia, non può essere sufficiente a sottrarre determinate attività, connotate da interesse pubblico e espletate mediante l’utilizzo diretto o indiretto di fondi pubblici, alla giurisdizione contabile della Corte stessa<sup>541</sup>.

---

<sup>540</sup> Critica sul punto, tra gli altri, VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell’argomentazione giuridica*, cit.

<sup>541</sup> *“L’interesse pubblico alla cui cura è preposta l’Amministrazione di riferimento che può scegliere di gestire o svolgere poteri, funzioni, servizi o compiti pubblicistici in forma privatistica in virtù dei poteri di auto-organizzazione che le competono, non implica il venir meno della necessità di rispettare i principi generali di buona amministrazione, indipendenza, imparzialità, efficacia, efficienza e, soprattutto, economicità. L’obiettivo di un’Amministrazione di risultato snella, veloce, poco costosa ed efficiente ha anche un fondamento nel diritto dell’Unione europea che ha imposto agli Stati membri il rispetto dei parametri di stabilità (patto di stabilità e crescita) attraverso, tra l’altro, l’obbligo di ridurre la spesa pubblica”*.

Al contrario, la Corte di Cassazione ha operato, con riferimento alle società pubbliche, una netta distinzione in relazione alla tipologia di danno causato da parte degli amministratori.

Nel caso in cui il danno sia arrecato al patrimonio sociale, considerato che, pur sussistendo uno o più soci pubblici, il soggetto di che trattasi rimane, in ogni modo, una società costituita in forma privatistica, connotata di autonomia sia giuridica che patrimoniale rispetto all'ente pubblico socio, secondo quanto sostenuto dal giudice civile, *“la giurisdizione è stata attribuita al giudice ordinario, non essendo configurabile nè un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, nè un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti”*<sup>542</sup>.

Viceversa, è possibile configurare una responsabilità contabile erariale nel caso in cui il danno arrecato nel corso della gestione societaria sia arrecato non al patrimonio della società stessa, bensì al patrimonio del socio pubblico in via diretta. Ciò si configura non quando il danno al socio derivi, indirettamente ed unicamente dalla perdita di valore della partecipazione sociale (nel qual caso, ci si troverebbe, ancora una volta nell'ipotesi del danno al patrimonio sociale e non al socio direttamente), ma solo quando il soggetto direttamente colpito dal danno sia unicamente il socio pubblico, non quale conseguenza del danno al patrimonio sociale.

Da ultimo, con sentenza 21 luglio 2015 n. 15199, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con riferimento alla società pubblica Cinecittà Holding S.p.A. ha stabilito un differente discrimine per il radicamento della competenza o meno della giurisdizione della Corte dei conti in materia di risarcimento danni derivanti da condotte illecite di amministratori e dipendenti. In particolare, la Corte ha stabilito che *“ai fini della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti”* debbano sussistere *“tre imprescindibili condi-*

---

<sup>542</sup> Da ultimo, Corte di Cassazione, 15594/2014, cit.

zioni: a) l'essere la società a totale partecipazione pubblica; b) l'essere la sua destinazione statutaria volta ad operare in via esclusiva o prevalente in favore della P.A. partecipante; c) l'esistenza di un cd. "controllo analogo" sulla gestione societaria rispetto a quello che la P.A. sarebbe legittimata ad esercitare su di una propria articolazione interna".

Ancora una volta, quindi, il discrimine tra applicabilità di disposizioni tipicamente pubblicistiche e disposizioni civilistiche deriva, dalla presenza di un rapporto tra amministrazione pubblica e società che va oltre la mera partecipazione azionaria, ma si sostanzia in vero e proprio controllo analogo.

Per completezza, si segnala, infine, che la Corte di Cassazione, ha ravvisato casi eccezionali di giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di società pubbliche, ulteriori rispetto alla presenza di una società *in house*. Ciò sulla scorta della "natura speciale dello statuto legale di talune società partecipate da enti pubblici"<sup>543</sup>.

## **2.2. Sull'esigenza di garantire la massima efficienza ed imparzialità amministrativa**

Le imprese pubbliche<sup>544</sup> oltre ad utilizzare soldi pubblici, sono generalmente (anzi ormai unicamente) titolari di funzioni o attività connotate inevitabilmente da un intrinseco interesse pubblico.

---

<sup>543</sup> Corte di Cassazione, 15594/2014, cit.: "Così, in relazione alla Rai Radio televisione italiana s.p.a., si è affermato che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sulle azioni di risarcimento del danno cagionato da componenti del consiglio d'amministrazione e da dipendenti perché, nonostante la veste di società per azioni, essa ha natura sostanziale di ente pubblico, con uno statuto assoggettato a regole legali in forza delle quali è designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo, sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare, destinataria di un canone d'abbonamento avente natura di imposta, compresa tra gli enti sottoposti al controllo della Corte dei conti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, nonché tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti (cfr. Sez. un n. 27092/2009). E ad analoga conclusione, sempre per ragioni attinenti al suo speciale statuto legale, si è pervenuti anche quanto all'Enav s.p.a. (Sez. un. 5032/2010)".

<sup>544</sup> Ed in questo caso, come accennato, si fa riferimento alla categoria delle imprese pubbliche in senso allargato, ovvero comprensiva anche di taluni soggetti privati che svolgono attività particolarmente con-

Tale circostanza ha determinato la volontà del legislatore di garantire che l'espletamento delle relative attività da parte di tali soggetti, a prescindere dalla loro qualificazione formale, avvenga nel rispetto dei principi dell'azione amministrativa medesima, quali la massima efficienza ed imparzialità amministrativa.

In tale ottica, vengono in rilievo, in maniera particolare, due differenti discipline: la legge 7 agosto 1990, n. 241, contenente le nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi e la legge 6 novembre 2012, n.190, contenente le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

### ***2.2.1. La legge sul procedimento amministrativo***

La legge 7 agosto 1990, n. 241 è uno dei capisaldi della normativa in materia di amministrazioni pubbliche, contenendo le regole generali di base dell'attività amministrativa. Vengono, in particolare, in rilievo tutte le norme relative al procedimento ed alla conseguente tutela del cittadino nei confronti delle amministrazioni e dei provvedimenti che queste emanano nei loro confronti, nonché le disposizioni in materia di accesso alla documentazione amministrativa<sup>545</sup>.

La legge 241/90, nella sua originaria formulazione, non indicava l'ambito di applicazione soggettivo della stessa, facendo solamente riferimento all'obbligo per le Regioni di regolare le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto dei principi da essa de-

---

nesse con interessi pubblici di rilievo, ovvero che sono attribuiti di diritti e prerogative tipiche di enti pubblici ovvero ancora di soggetti privati che sono connessi con le amministrazioni per il solo fatto che alcune disposizioni normative o regolamentari riservano a queste ultime prerogative speciali.

<sup>545</sup> In relazione al quale è stato recentemente emanato il regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, contenuto nel Decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n.184.

sumibili<sup>546</sup>. Conseguentemente, la stessa doveva ritenersi applicabile unicamente alle amministrazioni pubbliche statali.

Con l'art. 19, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15, il legislatore, per ovviare al citato vuoto normativo, ha modificato l'art. 29 della legge stessa, indicando espressamente che la stessa doveva trovare applicazione nell'ambito dei procedimenti posti in essere dalle amministrazioni pubbliche e dagli enti pubblici nazionali, fatta eccezione per le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale amministrativa, applicabili a tutte le amministrazioni pubbliche e, quindi, anche a quelle regionali e locali<sup>547</sup>.

Ulteriore modifica<sup>548</sup> è stata introdotta più di recente al fine di estendere l'ambito applicativo anche a tutte le società aventi totale o prevalente capitale pubblico, le quali sono tenute ad applicare le disposizioni di che trattasi al solo esercizio delle funzioni amministrative da queste svolte, mentre, le attività di carattere più tipicamente privatistico si possono espletare con le modalità tipiche delle imprese di capitali.

Con l'art. 1, comma 1, lettera b), della legge 11 febbraio 2005, n. 15, l'ambito di applicazione della disposizione in parola è stato ulteriormente esteso, anche se limitatamente ai principi ed alle finalità a cui l'attività "amministrativa" deve conformarsi.

Infatti, il legislatore, in tale occasione, ha previsto che il rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza, nonché i principi dell'ordinamento

---

<sup>546</sup> L'art. 29 originario prevedeva che *"le regioni a statuto ordinario regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto dei principi desumibili dalle disposizioni in essa contenute, che costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico. Tali disposizioni operano direttamente nei riguardi delle regioni fino a quando esse non avranno legiferato in materia"*.

<sup>547</sup> *"Le disposizioni della presente legge si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali e, per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa, a tutte le amministrazioni pubbliche"*.

<sup>548</sup> L'art. 10, comma 1, lettera b), numero 1), della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha così sostituito il testo originario del comma 1 dell'art. 1 della l. 241/90: *"le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche"*.

comunitario<sup>549</sup>, debba essere assicurato anche dai soggetti privati che sono preposti all'esercizio di attività amministrative<sup>550</sup>.

Un'ulteriore modifica della norma in questione, è, intervenuta, infine, ad opera della legge 6 novembre 2012, n. 190, la quale ha specificato che i soggetti privati che espletano attività di interesse pubblico, oltre a dover rispettare i criteri sopra enunciati devono assicurare, nello svolgimento dell'attività, un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni, in applicazione della legge 241/90<sup>551</sup>.

Con specifico riferimento alle sole disposizioni in materia di accesso ai documenti amministrativi, si deve, infine, sottolineare come l'art. 22 della legge 241 /90 (così come l'art. 2 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184<sup>552</sup>, avente ad oggetto il Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi), ricomprenda tra i soggetti tenuti alla loro applicazione *“tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”*<sup>553</sup>.

---

<sup>549</sup> Anche l'ampliamento del novero dei principi da rispettare è opera del medesimo intervento legislativo.

<sup>550</sup> Il comma 1ter dell'art. 1 della legge 241/90, come introdotto dal'art. 1, comma 1, lettera b), della legge 15/2005, prevedeva che *“i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”*.

<sup>551</sup> L'attuale testo del comma 1 ter dell'art. 1 della legge 241/90 prevede, quindi, che *“i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”*.

<sup>552</sup> L'art. 2 del d.P.R. 184/2006 prevede, infatti, che *“il diritto di accesso ai documenti amministrativi è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, da chiunque abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso”*.

<sup>553</sup> Nello stesso senso anche il successivo art. 23 della legge 241/90, a mente del quale *“il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di ga-*

### ***2.2.2. La disciplina in materia di anti corruzione***

In attuazione dell'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la Corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 (ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116) ed in adesione agli artt. 20 e 21 della convenzione penale sulla corruzione, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110, il Parlamento Italiano ha approvato la legge 6 novembre 2012, n. 190, contenente le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione. La legge è entrata in vigore il 28 novembre 2012.

La citata legge prevede una serie di adempimenti pubblicitari volti ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e la lotta alla corruzione.

Per quanto di interesse, viene in rilievo la norma del comma 34 dell'art. 1 della legge 190/2012 per effetto della quale le disposizioni relative agli adempimenti pubblicitari (commi 15-33 dell'art. 1 della legge 190/2012), si applicano, oltre che alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165<sup>554</sup> e agli enti pubblici nazionali, anche alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche di cui sopra e dalle loro controllate, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

---

*ranzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24".*

<sup>554</sup> Ovvero a "tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300".

Con riferimento a detti ultimi soggetti, le disposizioni in parola, tuttavia, devono essere applicate solamente con riguardo alle attività da queste svolte di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea.

In particolare, la norma di che trattasi, impone a tutti i sopra elencati soggetti, gli obblighi di seguito indicati.

Innanzitutto i soggetti “pubblici” devono provvedere alla pubblicazione, nei propri siti web, “*delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali*”<sup>555</sup>.

Relativamente a detto obbligo, il legislatore<sup>556</sup> ha precisato che i soggetti obbligati debbono rendere note le informazioni relative ai procedimenti, anche qualora siano svolti in deroga alle procedure ordinarie *ex lege*<sup>557</sup>, preordinati a: a. rilasciare autorizzazioni o concessioni; b. scegliere contraenti per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del d.lgs. 163/2006; c. rilasciare concessioni ed erogazioni di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari; d. attribuire vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; e. espletare concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'art. 24 del d.lgs. 150/2009.

I medesimi soggetti devono, inoltre, disporre la pubblicazione, nei propri siti web, dei bilanci ed i conti consuntivi e dei costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini<sup>558</sup>, nonché, a tutela del diritto di accesso dei cittadini, predisporre e porre a disposizione dei cittadini un indirizzo di posta elettronica

---

<sup>555</sup> Prima parte del comma 15 dell'art. 1 della legge 190/2012.

<sup>556</sup> Comma 16 dell'art. 1 della legge 190/2012.

<sup>557</sup> Comma 26 dell'art. 1 della legge 190/2012.

<sup>558</sup> Comma 15 dell'art. 1 della legge 190/2012.

certificata, da rendere noto attraverso il proprio sito web, che consenta a tutti i cittadini la trasmissione, di istanze relative a provvedimenti o procedimenti che lo riguardi<sup>559</sup>, nonché mettere a disposizione dei soggetti interessati tutta la documentazione e le informazioni relative ai provvedimenti ed ai procedimenti svolti<sup>560</sup>.

La normativa appena indicata, avrebbe dovuto essere<sup>561</sup> attuata tramite l'emanazione di appositi decreti attuativi interministeriali, tuttavia, con l'entrata in vigore del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, (avente ad oggetto il *“riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”*), con l'Intesa tra Governo, Regione ed Enti locali del 24 luglio 2013 le parti stipulanti l'Intesa hanno convenuto che l'applicazione delle norme in materia di trasparenza *“non deve attendere l'adozione del decreto interministeriale previsto dall'art. 1, comma 31 della l. n. 190, che potrà eventualmente intervenire per introdurre disposizioni di dettaglio e di raccordo”*.

Conseguentemente la disciplina di cui ai commi 15-33 della legge 190/2012 è, oggi, in vigore ed applicabile.

Orbene, sempre in materia di trasparenza ed anticorruzione, il legislatore ha, altresì emanato il citato d.lgs. 33/2013.

L'art. 11<sup>562</sup> di detto decreto, nella sua versione originaria, disponeva che le norme ivi contenute si applicassero in maniera integrale alle pubbliche amministrazioni in senso stretto, mentre alle<sup>563</sup> *“alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 e alle società da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile [...], limitatamente alla attività di*

---

<sup>559</sup> Comma 29 dell'art. 1 della legge 190/2012.

<sup>560</sup> Comma 30 dell'art. 1 della legge 190/2012.

<sup>561</sup> Così il comma 31 dell'art. 1 della legge 190/2012.

<sup>562</sup> Il comma 1 dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013, come pubblicato in Gazzetta Ufficiale, prevedeva che: *“ai fini del presente decreto per «pubbliche amministrazioni» si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni”*.

<sup>563</sup> Comma 2 dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013, come pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

*pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale o dell'Unione europea*" le sole disposizioni di cui all'art. 1, commi da 15 a 33 della l. 190/2012.

In proposito, è intervenuta la Commissione indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche - Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale, con delibera n. 50/2013<sup>564</sup>, ha precisato che la seconda categoria di soggetti indicata all'art. 11, comma 2, del d.lgs. 33/2013 (e, quindi, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni e le società da queste controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c.), *“sono tenute alla pubblicazione dei dati indicati dall'art. 1, commi da 15 a 33, della legge n. 190/2012, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea”*.

Tuttavia, con l'art. 24 bis, comma 1 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, l'art. 11 del d.lgs. 33/2013 è stato modificato includendo tra i soggetti tenuti all'integrale applicazione della disciplina del d.lgs. 33/2013, oltre alle amministrazioni pubbliche di cui sopra, anche a:

- i) gli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati<sup>565</sup>;
- ii) *“limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, gli enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile da parte di*

---

<sup>564</sup> Contenente le “Linee guida per l'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, 2014-2016”.

<sup>565</sup> Il comma 2, lett. a) dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013, attualmente in vigore, prevede che: *“la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche: a) agli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati”*.

*pubbliche amministrazioni, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi”*<sup>566</sup>.

Rimangono, al contempo, assoggettate alla sola applicazione delle disposizioni dell'art. 1, commi da 15 a 33, della legge 190/2012, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le società partecipate in misura minoritaria dalle pubbliche amministrazioni<sup>567</sup>.

Ciò che, quindi, rileva per il legislatore è la partecipazione pubblica ovvero la presenza di poteri speciali in capo all'ente pubblico nei confronti del soggetto, tali da consentire la nomina di organi sociali di vertice, pur in assenza di partecipazione.

La modifica normativa ha, dunque, eliminato qualsivoglia riferimento letterale alle società che non risultano sottoposte a controllo, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, da parte di pubbliche amministrazioni, ma sono controllate, ai sensi dell'articolo 2359 c.c., da società a loro volta partecipate dalle pubbliche amministrazioni.

Conseguentemente, da una prima lettura della nuova disposizione dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013, potrebbe affermarsi il principio che le società indirettamente partecipate da pubbliche amministrazioni pur svolgendo attività di interesse pubblico, sono state escluse totalmente dall'ambito di applicazione del d.lgs. 33/2013, pur rimanendo fermo l'obbligo di applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 15 a 33 dell'art. 1 della legge 190/2012, così come previsto dal comma 34 del medesimo articolo.

E ciò in quanto la nuova disposizione prevede che siano tenute all'integrale applicazione degli obblighi pubblicitari di cui al d.lgs. 33/2013, le società caratterizzate, sotto il profilo oggettivo, dall'espletamento di funzioni amministrative, attività di produzione di

---

<sup>566</sup> Comma 2, lett. b) dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013, attualmente in vigore.

<sup>567</sup> Il comma 3 dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013 dispone che: “*alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1, in caso di partecipazione non maggioritaria, si applicano, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 190*”.

beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici; sul piano soggettivo, dalla sottoposizione al controllo diretto (ai sensi dell'articolo 2359 c.c.) da parte di pubbliche amministrazioni ovvero della sussistenza, anche in assenza di una partecipazione azionaria delle pubbliche amministrazioni, di poteri in capo a queste di nomina dei vertici o dei componenti degli organi societari.

Ciò con il logico corollario che ove una società non presenti i requisiti oggettivi e soggettivi sopra indicati dovrebbe ritenersi esclusa dalla fattispecie di cui al comma 2, lett. b) dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013 e, quindi, non soggetta all'integrale applicazione delle disposizioni ivi previste.

D'altra parte, l'obbligo di applicare le sole disposizioni, contenute nel medesimo d.lgs. 33/2013, integrative dei commi da 15 a 33 dell'art. 1 della legge 190/2012, in conformità ad un'interpretazione letterale della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013, si estenderebbe alle sole società sottoposte a controllo minoritario delle pubbliche amministrazioni.

E', tuttavia, opportuno riflettere sulla circostanza che la modifica introdotta dal legislatore all'art. 11 del d.lgs. 33/2013 costituisce il recepimento delle considerazioni illustrate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica con la Circolare n. 1/2014 emanata il 14 febbraio 2014.

Orbene la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha precisato che *“l’attuazione della disciplina in tema di trasparenza interessa tutte le pubbliche amministrazioni in un’accezione che va necessariamente declinata al plurale, includendovi tutti i soggetti che perseguono finalità di interesse generale con l’utilizzo di risorse pubbliche”*.

Pertanto si è ritenuto che fosse evidente *“la volontà del legislatore di includere nell’ambito soggettivo delle pubbliche amministrazioni tutti quei soggetti che, indipendentemente dalla loro normale veste giuridica, perseguono finalità di interesse pubblico, in virtù di un affidamento diretto o di un rapporto autorizzatorio o concessorio (e che, proprio in ragione di tale rapporto privilegiato con la pubblica amministrazione, pos-*

*sono vantare una posizione differenziata rispetto agli altri operatori di mercato) e che gestiscono o dispongono di risorse pubbliche”.*

Ciò posto, è stato rilevato che, all’interno di tali soggetti privati, sia possibile distinguere taluni che debbano applicare integralmente la disciplina in materia di trasparenza ed altri che, invece, debbano applicarla limitatamente alle proprie attività di interesse pubblico.

La linea di demarcazione tra l’una e l’altra ipotesi, è stata individuata, in virtù del combinato disposto del citato art. 11, dell’art. 22, comma 1, lett. c) del d.lgs. 33/2013<sup>568</sup>, nonché dell’art. 1, comma 2, lett. c) del d.lgs. 39/2013<sup>569</sup>, nella tipologia di “*controllo pubblico*” esistente in capo alle stesse.

In particolare, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - dipartimento della funzione pubblica ha, quindi, concluso che:

- le società che risultano controllate direttamente dalle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell’art. 2359 c.c., devono essere sottoposte all’integrale applicazione delle regole di trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013, mentre
- le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni in misura minoritaria (o comunque diversa da quella descritta dall’art. 2359 c.c.), dovranno applicare le regole di trasparenza solo in maniera limitata.

Il legislatore, recependo tale interpretazione, nel nuovo testo dell’art. 11 del d.lgs. 33/2013, ha provveduto a ricomprendere tra gli operatori economici integralmente as-

---

<sup>568</sup> A mente del quale sono “*enti di diritto privato in controllo pubblico gli enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*”.

<sup>569</sup> A mente del quale sono “*enti di diritto privato in controllo pubblico, le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*”.

soggettati alle disposizioni ivi previste, anche le società controllate direttamente, ai sensi dell'art. 2359 c.c., lasciando, invece, assoggettate agli obblighi di trasparenza dei soli commi da 15 a 33 dell'art. 1 della legge 190/2012, con riferimento all'attività di pubblico interesse, le società partecipate in misura minoritaria dalle pubbliche amministrazioni.

Orbene, in considerazione di quanto riportato in relazione alla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ben si potrebbe ritenere che la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013<sup>570</sup> pur facendo riferimento alle sole “*società partecipate in misura minoritaria*”, debba interpretarsi in maniera estensiva, ricomprendendo al suo interno tutti quei soggetti che siano sottoposti ad un controllo pubblico diverso da quello diretto di cui all'art. 2359 c.c., ivi compreso anche il controllo indiretto.

In caso contrario ci si troverebbe nella paradossale situazione per cui verrebbe meno qualsivoglia obbligo di pubblicità discendente dal d.lgs. 33/2013, in capo a società che perseguono finalità di interesse pubblico, in virtù di un affidamento diretto o di un rapporto autorizzatorio o concessorio e che gestiscono o dispongono di risorse pubbliche, per il solo fatto che non sussiste tra queste e l'amministrazione pubblica un controllo diretto, ma solamente un controllo indiretto, attraverso società a loro volta controllate dall'Amministrazione stessa.

E ciò a maggior ragione, se si considera che detti soggetti sarebbero in ogni modo tenuti all'applicazione delle disposizioni in materia di pubblicità contenute nei commi da 15 a 33 dell'art. 1 della legge 190/2012, in virtù di quanto previsto al successivo comma 34 della medesima legge.

---

<sup>570</sup> Che prevede l'assoggettamento dei soggetti ivi indicati all'applicazione limitata del d.lgs. 33/2013, ovvero all'applicazione dei soli obblighi di trasparenza discendenti dai commi da 15 a 33 dell'art. 1 della legge 190/2012, con riferimento all'attività di pubblico interesse, ed alle sole disposizioni integrative di detti obblighi, presenti nel d.lgs. 33/2013.

Del resto, accordando preferenza ad una interpretazione letterale, sarebbe oltremodo agevole aggirare le disposizioni di legge dando vita a società il cui azionista è rappresentato da società controllate da enti o pubbliche amministrazioni.

## CONCLUSIONI

L'intervento pubblico nell'economia è un fenomeno da sempre presente nel panorama istituzionale e giuridico italiano, in quanto rispondente a svariate necessità dell'amministrazione pubblica per lo più discendenti dall'esigenza di assicurare l'espletamento di attività di natura imprenditoriale pur connotate da più o meno pregnanti interessi pubblici.

L'estensione di un siffatto intervento è peraltro apparsa differente nei diversi periodi storici proprio perché correlata alla specifica situazione di fatto e di diritto esistente in Italia.

In particolare, come illustrato nel corso del presente lavoro, all'inizio del secolo scorso si è assistito ad una progressiva espansione dell'intervento pubblico dell'economia, sia dal punto di vista quantitativo (il numero di soggetti pubblici operanti nel mercato raggiunto alla fine del secolo scorso è davvero impressionante) sia con riferimento agli ambiti economici interessati (tanto che spesso, in quel periodo, lo Stato intervenne anche in settori che non apparivano minimamente connotati di interesse generale, trasformando così lo stesso Stato in vero e proprio imprenditore).

In tale contesto, gli strumenti utilizzati dall'apparato statale per gestire il proprio intervento furono di vario tipo a seconda della necessità di imporre un'azione più o meno diretta sul mercato medesimo.

Si andava da forme di gestione diretta, quali le aziende organo e gli enti pubblici economici, a forme di gestione indiretta, quali le partecipazioni in società di diritto comune. Nel primo caso, lo Stato italiano interveniva nei diversi settori economici avvalendosi di soggetti, i quali, pur operando nel mercato concorrenziale secondo le regole dello stesso, erano disciplinati, al loro interno e nei rapporti con i terzi come soggetti di diritto pubblico. Tali fattispecie consentivano la maggior libertà possibile di azione e di scelta

da parte del soggetto pubblico proprietario, ma rendevano, inevitabilmente, più complicata la gestione dell'attività economica medesima, stante il loro completo assoggettamento interno alla disciplina pubblicistica, ben più articolata e complessa.

Nel secondo caso, invece, l'amministrazione pubblica si serviva, per la propria attività industriale, di soggetti interamente privati, regolati e sottoposti, quasi interamente (esistevano già allora talune piccole deroghe previste per legge in favore di società di diritto comune partecipate da soggetti pubblici volte a garantire a questi ultimi posizioni di parziale vantaggio rispetto agli altri soci privato proprio in funzione dell'interesse pubblico di cui sono portatori), alle disposizioni di diritto comune al pari di qualsivoglia altro soggetto privato di ugual fatta, sia al suo interno che nel rapporto con i soggetti terzi con cui si rapportava nell'espletamento della propria attività.

Le società a partecipazione pubblica consentivano indubbiamente una gestione più rapida e snella dell'attività, stante l'assoggettamento alle disposizioni di diritto comune, ma non garantivano alcuna libertà di azione del soggetto pubblico, soprattutto in caso di partecipazione pubblica non totalitaria, il quale manteneva all'interno della gestione societaria le medesime prerogative e poteri di qualsiasi altro socio privato.

Ciò con l'evidente conseguenza che l'attività svolta tramite società di tal fatta aveva quale ultimo fine quello del perseguimento del massimo lucro per la società medesima, rimanendo del tutto neutro, al contrario il fine pubblico di cui l'amministrazione è inevitabilmente portatrice.

La scelta dello strumento da parte dell'amministrazione pubblica, quindi, avveniva in funzione dell'ampiezza dell'intervento che quest'ultima intendeva imporre nel particolare settore di attività in cui operava il soggetto medesimo.

Orbene, come ampiamente illustrato, il sistema venutosi a creare nel corso del secolo scorso, alla fine degli anni '80 entrò in crisi a causa di numerosissimi fattori, primo fra tutti il pesante indebitamento statale che conseguì all'inarrestabile espansione dell'intervento economico nell'economia.

La crisi del sistema come appena descritto portò il legislatore nazionale (come, peraltro, stava già avvenendo negli altri paesi europei nel medesimo periodo) a promuovere un processo di progressiva dismissione dell'intervento del pubblico nell'economia.

L'obiettivo perseguito era quello di rendere detto intervento il meno diffuso possibile, limitandolo ai soli e pochi ambiti di attività che richiedessero effettivamente e necessariamente un'intromissione volta a garantire la tutela degli interessi della collettività. Ciò restituendo contestualmente al mercato ed alla concorrenza tutti gli altri settori economici fino a quel momento dominati dal potere pubblico.

Il processo di privatizzazione portò all'eliminazione quasi totale (rimangono ancora oggi alcuni sporadici e non significativi esempi) dei soggetti pubblici preposti alla gestione diretta dell'economia, quali le aziende organo e gli enti pubblici economici ed ad una drastica diminuzione delle società a partecipazione pubblica (in maniera particolare di quelle a totale partecipazione pubblica).

E tuttavia, come noto, oggi in Italia esiste ancora un numero spropositato di società a partecipazione (anche totalitaria, si veda le innumerevoli società in house presenti soprattutto a livello locale) pubblica - il cui obbligo di dismissione continua ad essere oggetto di normative reiterate di anno in anno - connotate da una forte ingerenza dei poteri pubblici.

Il tutto aggravato dalla circostanza per cui, essendo venute meno, quasi del tutto, le figure delle aziende organo e degli enti pubblici economici, la sola (o quasi) modalità di intervento pubblico nell'economia rimane oggi la partecipazione dell'ente pubblico, in qualità di socio, in società di diritto comune, nella specie, in società per azioni.

Astrattamente tale realtà potrebbe anche considerarsi positivamente, ponendo i soggetti pubblici che intendano svolgere attività economico imprenditoriali nella medesima posizione di qualsivoglia altro soggetto privato, ovvero quali soci di società operanti nell'ambito del libero mercato e sottoposte, pertanto, alle relative regole ed al rispetto della concorrenza.

Purtroppo, però, come ampiamente illustrato, così non sembra.

Ed infatti, il quadro normativo italiano attuale relativo all'impresa pubblica prevede una serie di disposizioni di varia natura idonee a determinare una distorsione dello strumento societario utilizzato.

Se non paiono esserci più dubbi in merito alla natura delle società a partecipazione pubblica, le quali sono da annoverarsi indubitabilmente tra i soggetti di diritto privato, problemi sorgono qualora si vadano ad analizzare le disposizioni relative alle modalità di azione delle stesse.

D'altronde, l'influenza dominante del potere pubblico sulle società di diritto comune (sia essa garantita dal possesso azionario di maggioranza ovvero dall'esistenza di poteri speciali), nonché l'impiego di risorse pubbliche all'interno di detti soggetti, ha portato il legislatore nazionale a prevedere una sempre maggior estensione dell'ambito di applicazione delle norme pubblicistiche anche a società partecipate pubbliche, o, addirittura, a società interamente private. Si pensi alle citate norme in materia di *spending review*, di accesso, di trasparenza e di anticorruzione, nonché le previsioni in materia di procedimenti ad evidenza pubblica (come dettagliatamente elencate nel corso del quarto capitolo del presente lavoro).

In tal modo, le società per azioni detenute o partecipate da enti pubblici - così come, sempre più spesso, anche società per azioni interamente private, ma espletanti attività di rilievo pubblico - essendo tenute, nello svolgimento della propria attività, all'applicazione di procedimenti e processi tipicamente pubblici, vengono via via a perdere la loro tipicità ed ad assimilarsi sempre più a soggetti di diritto pubblico.

E ciò nonostante, in via del tutto astratta, il legislatore medesimo abbia più volte statuito che, fatte salve le deroghe espressamente previste per legge, le società a partecipazione pubblica sono assoggettate interamente alla disciplina privatistica. Pare chiaro come la presenza di una siffatta norma di chiusura del sistema, venga almeno in parte vanificata dalla costante e dilagante proliferazione di deroghe e disposizioni speciali applicabili, in

via generale, a tutti i soggetti che, in via diretta o indiretta, sono coinvolti nella gestione dell'interesse pubblico.

Tutto quanto sopra, da un lato, ovviamente frustra l'esigenza di snellezza dell'azione perseguita dal legislatore nel trasformare - con il processo di privatizzazione - tutti i soggetti pubblici operanti nel mercato in società per azioni ed assoggettarli alla relativa disciplina, stante che, come detto, in realtà tali nuove società, nella prassi, operano sempre più come soggetti pubblici e non giù come soggetti privati.

Dall'altro lato, tale situazione determina un'evidente difficoltà per le società di che trattasi a mantenere livelli di competitività, in un confronto economico concorrenziale con imprese nazionali e soprattutto internazionali sostanzialmente e formalmente private.

In considerazione di quanto sopra, sarebbe quindi opportuno un ripensamento globale dell'impianto normativo attuale da parte del legislatore.

In tal senso potrebbe essere auspicabile anche un parziale ritorno alla situazione previgente, ove l'amministrazione pubblica poteva scegliere lo strumento (pubblico o privato) da utilizzare per l'espletamento delle attività che venivano ritenute essenziali per la collettività in relazione alla concreta e specifica esigenza, ma senza che la natura dello strumento prescelto venisse modificata in alcun modo, come invece avviene oggi, ove invece lo Stato sceglie di utilizzare la società per azioni, senza tuttavia accettare in realtà di sottoporsi interamente alle disposizioni previste in relazione a tale strumento, ma piegandole e modificandole fino a snaturare la stessa natura prevista dal codice civile per la forma societaria.



## BIBLIOGRAFIA

- ALBERTI, *Appalti in house concessions in house ed esternalizzazione*, in riv. it. dir. pubbl. comun., 2001;
- ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;
- AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in riv. trim. dir. pubbl., 1997;
- AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in TORCHIA – BASSANINI, *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005;
- AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano 1936;
- ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in Jus, 1988;
- ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008;
- ARDIZZONE – VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, giur. comm. 2013;
- BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957;
- BACHELET, *La istituzione del Ministero delle partecipazioni statali*, in riv. trim. dir. pubbl., 1958;
- BARDUSCO, *Ente pubblico*, in dig. pubbl., VI, Torino, 1991;
- BASSI – MERUSI (a cura di), *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993;
- BENVENUTI, *Gli enti funzionali*, in arch. ISAP, I, Milano, 1972;
- BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in riv. soc., 1962;
- BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948;
- BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001;
- BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996;

BORGARELLI, *Natura giuridica della Cassa Nazionale Infortuni*, in riv. dir. pubbl., 1910;

BOSCOLO, *Le Golden share di fronte al giudice comunitario*, in foro it. 2002;

CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in CHITI-GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2007;

CAFFÉ, *Considerazioni intorno al settore pubblico dell'economia*, in riv. trim. dir. proc. civ., 1958;

CAMERA DEI DEPUTATI, *L'indirizzo e il controllo del Parlamento sulle partecipazioni statali*, Roma, 1976;

CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911;

Cammeo, *Società commerciali ed ente pubblico*, Firenze, 1947;

CAPACCIOLI, *Cenni sul criterio di economicità nella gestione delle partecipazioni statali*, in impr. amb. p. a., 1976;

CARABBA, *Impresa pubblica*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, Torino, 1993;

CARINGELLA, *Gli organismi di diritto pubblico*, in DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Milano, 2007.

CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in GAROFOLI-SANDULLI, (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005;

CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003;

CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955;

CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009;

CASSESE – FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996;

CASSESE, *Ente pubblico economico*, in Novissimo digesto;

CASSESE, *Formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974;

CASSESE, *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, Bologna, 1976;

CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2011;

CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962;

CASSESE, *Privatizzazioni annunciate, mezze privatizzazioni e pseudo privatizzazioni in Italia*, in *Economia e Credito*, 1992;

CASSESE, *Relazione al IX Convegno italo-tedesco*, tenutosi a Berlino nel maggio 1996;

CAVALLO PERIN – CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *dir. amm.*, 2006;

CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, in *foro. it.*, 2003;

CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011;

Chieppa, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in Guer-rera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010;

CHIRICO - DE MARCO, in *foro amm.* 1978, I;

CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, SANDULLI (a cura di), *serv. pubbl. app.*, Quaderni, Milano, 2004;

CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010;

CLARICH – PISANESCHI, *Fondazioni bancarie e regioni*, in *giorn. dir. amm.*, 2002;

CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010;

COLTELLI, *Attribuzioni patrimoniali ad enti e contributi statali*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1960;

COLTELLI, *La nozione di impresa pubblica in relazione alla competenza del ministero delle partecipazioni statali*, in *corr. amm.*, 1958, 1590;

CONTI, *Le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in dir. economia, 1996;

CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e “potere di controllo” nell’art. 2449 c.c.*, in giur. comm., 2008;

CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, in SANDULLI (a cura di), serv. pubbl. app., Quaderni, Milano, 2004;

COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in giur. comm., 1995;

COTTINO, *Partecipazione pubblica all’impresa privata e interesse sociale*, in arch. Giur., 1965;

D’ALBERGO, *Direttiva*, in enc. dir. 1964;

D’ALBERGO, *Impresa pubblica*, in Novissimo Digesto, 1968;

D’ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960;

D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008;

DAVANZO, *I controlli sulle aziende a prevalente partecipazione statale*, in *Il diritto fallimentare*, 1960;

DE CRISTOFARO, *Su la commercialità delle persone giuridiche pubbliche*, in riv. dir. pubbl., 1918;

DE PASQUALE, *Golden share all’italiana*, in dir. pubbl. comp. ed eur. 2000;

DE VALLES, *Teoria giuridica dell’organizzazione dello Stato*, Padova, 1931;

DELLA CANANEA Commento a Parere n. 2228 del 9 ottobre 1996, in *Privatizzazione senza autorità di regolazione?*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, n. 5, 487;

DEMURO, *L’incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in giur. comm. 2008;

DI FRANCESCO, *I modelli e i processi organizzativi. Il potere di autorganizzazione della P.A.*, in *amm. it.*, 1990, 896;

DI PORTO, *Note sul regime giuridico delle privatizzazioni in Italia. In particolare nei servizi pubblici essenziali*, in giur. comm., 1999;

DI STEFANO, *Privatizzazioni e sistema delle partecipazioni statali*, Roma-Milano, 1994;

DRAGHI, *Le privatizzazioni: riflessioni sui risultati della prima fase*, relazione al Convegno Privatizzazioni e riforma del diritto societario, Roma 28 settembre 1994;

DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in giorn. dir. amm., 2004;

FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984;

FERRARA, *Teoria delle Persone giuridiche*, Torino-Napoli, 1915;

FERRARI, *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, in *Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, SANDULLI (a cura di), serv. pubbl. app., Quaderni, Milano, 2004.

FERRARI-CHIMENTI, *Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici*, in SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, I – I principi generali, I contratti pubblici, I soggetti, Milano, 2008;

FERRARIS, *La classificazione delle persone morali di diritto pubblico*, in riv. dir. pubbl., 1919;

FERRI G.B., *L'idea di programmazione*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica (Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata il 22-24 maggio 1970)*, Milano, 1971;

FERRI, *Le società*, Torino, 1987;

FERRI, *L'ingerenza dei non soci negli affari della società*, in *Annuario di dir. comp. e di studi legisl.*, 1932;

FRACCHIA, in *Imprese pubbliche regionali e locali*, in enc. giur.;

FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in riv. trim. dir. pubbl., 1962;

GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1982, 17;

GALGANO, *Le Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988;

GALGANO, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *contr. e impr.*, 1996;

GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: scelte dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in *urb. e app.*, 2001;

GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998;

GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico*, in SANDULLI - DE NICTOLIS – GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, I – I principi generali, I contratti pubblici, I soggetti*, Milano 2008;

GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998;

GATTI, *Privatizzazione dell'ENEL e riforma del sistema elettrico. Alcune considerazioni preliminari*, relazione al Convegno del 28 giugno 1994 dell'Associazione Italiana Economisti dell'energia;

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988;

GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977;

GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1974;

GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 235;

GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *riv. delle soc.*, 1958;

GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1960;

GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, Relazione al Convegno sul codice dei contratti pubblici del 19 ottobre 2007, Palazzo Spada, per il decennale della rivista *Urbanistica e Appalti*, ora in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it);

GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 80, (1-2013), 41-89;

GOISIS, *Imprese pubbliche*, in CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006;

GRACCHI, *Schema di relazione*, in Ministero dell'Industria e del Commercio, *L'Istituto per la ricostruzione industriale - I.R.I.*, Torino, 1955, I;

GRECO R., *Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici – V. I settori speciali. L'esecuzione*, Milano, 2008;

GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008;

GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in riv. it. dir. pubbl. comun., 1998;

GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto secondo: le attese deluse*, in riv. it. dir. pubbl. comun., 1999;

GUARINO, *Enti strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1962;

GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauero nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano, 1968;

GUERRA, *Le società di partecipazione*, Milano, 1957;

GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010;

IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in MARCHETTI (a cura di) *Le privatizzazioni in Italia: Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995;

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003;

JAEGER, *Privatizzazioni*, in enc. giur.;

JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in giur. comm., 1992;

LA LUMIA, *Banche private e banche pubbliche*, in riv. dir. comm., 1925;

LA MALFA, *La riorganizzazione delle partecipazioni economiche dello Stato*, in Ministero dell'Industria e del Commercio, *L'Istituto per la ricostruzione industriale - I.R.I.*, Torino, 1955, I;

LAZZARA, *Libera circolazione dei capitali e "golden share"*, in foro amm. CDS, 2002;

LEVI, *La persona giuridica pubblica*, in riv. trim. dir. pubbl., 1951;

LIBONATI, *La faticosa accelerazione delle privatizzazioni*, in giur. comm., 1995;

MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in merito al c.d. partenariato pubblico-privato*, in giust. amm., 2006;

MARONGIU, *Organo e ufficio*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1990;

MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;

MENGONI, *Concetto di "azienda con prevalente partecipazione statale"*, in AA.VV. *Problemi di interpretazione e di attuazione dell'art. 3 legge 22 dicembre 1956, n. 1589*, Torino;

MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in dir. amm., 2004;

MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000;

MERUSI, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in riv. trim. dir. pubbl., 1972.

MERUSI, in *Il sogno di Diocleziano - Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013;

MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977;

MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in riv. dir. comm., 1942;

MINERVINI, *La privatizzazione nel settore elettrico*, in Quaderno n. 12 della Rassegna giuridica dell'energia elettrica, 1995;

MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, in riv. soc., 1994;

MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997;

NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003;

NICOLÒ, *Impresa pubblica, impresa privata e le c.d. aziende con prevalente partecipazione statale*, in dir. lav., 1959;

OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in riv. dir. civ., 1994;

OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in riv. dir. civ., 1994;

OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959;

OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, in Enciclopedia del diritto, 1970;

OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in riv. soc., 1960;

OTTAVIANO, Voce *Impresa pubblica* in enc. dir., Milano, 1970;

PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in riv. soc., 1992, 91;

PASQUINI – SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

PASTERIS, *Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957;

PEDONE, *Le privatizzazioni in Italia: una riflessione sui risultati della prima fase*, relazione al Convegno *Privatizzazioni e riforma del diritto societario*, Roma 28 settembre 1994, poi in *Privatizzazioni e riforma del diritto societario*, Quaderno 10, 1995, Consob;

PERFETTI - DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico, e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in dir. amm., 2004;

PERFETTI, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in foro amm. (Cons. St.), 2004;

PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso Grandi Stazioni fra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in foro amm (Cons. St.), 2004;

PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in Foro amm. (Cons. Stato), 2003;

PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza*, nota a Cons. St., sez. V, 9 maggio 2001, n. 2605, in riv. it. dir. pubbl. com. 2002;

PERICU-CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale, Milano, 1998;

PERNA, *L'eccesso di tutela nella privatizzazione delle "public utilities"* nota a Parere n. 330 del 20 settembre 1995, in Foro it., 1996, III;

PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000;

PIRAS, *Commento alla L. n. 359 dell'8 agosto 1992*, in Le nuove leggi civili commentate, 1994;

PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007;

PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in riv. trim. dir. proc. civ., 1972;

POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni "di diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in dir. proc. amm., 1996;

PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma, 1917;

RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in riv. dir. pubbl., 1916;

RENNA, *La Sibec S.p.A. tra realtà normativa e prospettive di attuazione*, in dir. amm. 1999;

RICCIO, *La dubbia sanabilità degli affidamenti in house providing*, in urb. e app., 2004;

RICCIO, *Privatizzazioni: bocciate le golden share che limitano la ripartizione delle quote - La sproporzione delle norme rispetto all'obiettivo contrasta con la libera circolazione dei capitali*, in Guida al diritto, 2002, n. 24;

RIGHI, *L'ambito soggettivo di applicazione della Legge Quadro di riforma in materia di appalti pubblici di lavori*, in Mastragostino (a cura di), *La Legge Quadro in materia di appalti pubblici di lavori*, 2003;

ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 154;

ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in riv. trim. dir. pubbl., 1970;

ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 182;

ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Le privatizzazioni in Italia: Saggi, leggi e documenti*, MARCHETTI (a cura di), Milano, 1995; MAZZONI, *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in riv. soc., 1996;

ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977;

ROVERSI-MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 segg. del codice civile)*, in riv. dir. civ., 1968;

SANDULLI, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici – V. I settori speciali. L'esecuzione*, Milano, 2008;

SANINO, *Le privatizzazioni*, Roma, 1997;

SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in riv. dir. civ., 1973;

SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980;

SCHLESINGER, *Le c.d. "fondazioni bancarie"*, in banca borsa tit. cred., 1995;

SCHLESINGER, *Procedure di trasferimento del controllo di s.p.a. in mano pubblica e contenuti del contratto di cessione*, in *Problemi giuridici delle privatizzazioni*, Milano, 1994;

SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, Relazione tenuta nel Seminario di studio "Autonomia locale e autonomia imprenditoriale nei servizi pubblici locali" (Ravenna, 27-28 novembre 2003), ora in *lexitalia.it*, n. 12/2003;

SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *foro amm.*, 1984;

SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *riv. soc.*, 1958;

SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *riv. soc.*, 1996;

SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1997;

SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006;

STELLA RICHTER, *L'interesse pubblico nelle privatizzazioni*, in *giust. civ.* 2001;

TANZI, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *banca borsa tit. cred.*, 2013;

TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950;

TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1964;

VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in *foro amm. CdS*, 2003;

VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *dir. proc. amm.*, 2014;

VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008;

VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979;

VOLPE, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, relazione tenuta al seminario su “La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica” a Cagliari, il 4 luglio 2014, oggi su [giustamm.it](http://giustamm.it);

ZANOBINI, *Corso di diritto*, Milano, 1936.