



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MILANO

Corso di dottorato in diritto pubblico, internazionale ed europeo - XXXI Ciclo  
Curriculum in diritto amministrativo - IUS/10  
Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale

**CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLE SOCIETÀ A  
PARTECIPAZIONE PUBBLICA ALLA LUCE DEL  
NUOVO TESTO UNICO  
(D.LGS. 19 AGOSTO 2016, N. 175)**

Dott. Matteo Vescovi  
Matricola n° R11190

Tutor: Chiar.mo Prof. Francesco Goisis

Coordinatrice: Chiar.ma Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Anno accademico 2018/2019



*«...lo Stato azionista non è il semplice strumento della sua propria distruzione, il passaggio, intermedio e temporaneo, che si concluderà con l'ingresso dei privati e con la ritrazione del potere pubblico dalla sfera economica. Strumento bensì, ma anche fine in sé stesso: fase istituzionale nuova, da cui si generano altri problemi ed inattesi orizzonti di studio»*

NATALINO IRTI – 1993



# Sommario

## **Capitolo I - Inquadramento generale del tema .....1**

1. Premessa .....1
2. L'intervento pubblico nell'economia e il continuo riposizionarsi del confine tra ciò che è pubblico e ciò che non lo è. Considerazioni in ordine sparso sul diritto amministrativo in mutazione .....9
3. Il tortuoso itinerario delle società pubbliche nel diritto amministrativo in mutazione. Considerazioni sull'impostazione dell'indagine .....29

## **Capitolo II - Il tortuoso itinerario delle società pubbliche. Dalle origini alle soglie della codificazione del nuovo Millennio .....41**

1. Le origini. Il dilemma dell'"anonima di Stato" e la scelta di campo operata dal legislatore con il Codice civile del 1942. Gli sviluppi dei decenni successivi e i primi tentativi di sistematizzazione .....41
2. Gli anni Novanta del XX secolo. La "fase istituzionale nuova" caratterizzata da una spiccata tendenza all'utilizzo dello strumento societario. I fattori scatenanti..56
3. La prosecuzione del dibattito sulle società pubbliche in parallelo con il "problema dell'ente pubblico" .....69
- 3.1 [segue] L'influsso del diritto dell'Unione europea e la stagione della "non qualificazione" .....90
4. La stagione della "contaminazione pubblicistica" del regime delle società pubbliche. Il punto di rottura nell'approccio del legislatore: dal favore al disfavore .....113
- 4.1 [segue] L'emblematico caso delle società pubbliche per la gestione dei servizi pubblici locali. L'onda privatizzatrice e la risacca pubblicistica.....141
5. Brevi considerazioni di sintesi. Le società pubbliche e la persistente attualità della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato.....170

## **Capitolo III - Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 .....172**

1. Premessa .....172
2. Brevi cenni alle vicende che hanno interessato il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica dopo la sua entrata in vigore. Dalla sentenza Corte Costituzionale, 25 novembre 2016, n. 251 al decreto "correttivo", d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 .....174
3. I criteri di delega fissati dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, c.d. legge Madia .....179

4. Uno sguardo d'insieme sul Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.....	182
5. Le norme di sistema contenute nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica .....	191
5.1 [ <i>segue</i> ] I tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3, co. 1, TUSPP) e l'applicazione alle società a partecipazione pubblica delle norme di diritto societario contenute nel codice civile e delle norme generali del diritto privato (art. 1, co. 3, TUSPP).....	203
6. La riconduzione delle società a partecipazione allo schema societario privatistico tipizzato dal Codice civile. La clausola ermeneutica generale che chiude il cerchio e traccia la rotta da seguire da qui in avanti.....	216
<b>Considerazioni conclusive .....</b>	<b>223</b>
<b>Riferimenti bibliografici.....</b>	<b>229</b>



# Capitolo Primo

## Inquadramento generale del tema

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'intervento pubblico nell'economia e il continuo riposizionarsi del confine tra ciò che è pubblico e ciò che non lo è. Considerazioni in ordine sparso sul diritto amministrativo in mutazione – 3. Il tortuoso itinerario delle società pubbliche nel diritto amministrativo in mutazione. Considerazioni sull'impostazione dell'indagine

### 1. Premessa

Un diffuso senso di incertezza. Parafrasando Fabio Merusi <sup>(1)</sup>, questo è il sentimento che, più di tutti, pervade l'animo di coloro che hanno affrontato in passato e che tutt'ora affrontano il tema delle società pubbliche.

Il dato emerge già dal tentativo di fornire una definizione *lessicale* <sup>(2)</sup> del sintagma “società pubbliche” <sup>(3)</sup>. Così, in dottrina è stato osservato che “con tale espressione si designano comunemente enti societari (e dunque privati) a partecipazione pubblica, nei quali, cioè, pubblico non è l'ente considerato bensì i soggetti – o alcuni dei soggetti – che vi partecipano”, al punto che “si distinguono, usualmente, società a partecipazione pubblica minoritaria, maggioritaria, totalitaria” <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007, 27.

<sup>(2)</sup> Cioè che *describe* usi linguistici, registrando il significato in cui una certa parola viene usata, in un dato gruppo sociale e in un data epoca. Diverso è il caso della definizione che *propone* usi linguistici, la quale o introduce un nuovo termine o attribuisce ad un termine già in uso un significato (più o meno) nuovo. Si parla, in proposito, di definizione *stipulativa*. In argomento, si cfr. A. BELVEDERE, voce *Definizioni*, in *Dig. disc. priv., Sez. civile*, Utet, Torino, 1989, V, 149 e ss.

<sup>(3)</sup> “Sintagma fino a poco tempo fa estraneo al lessico giuridico italiano”: così G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 5-6, 1000. Ma si veda già M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Nuova ed., Il Mulino, Bologna, 1995, 163.

<sup>(4)</sup> C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1, 1-2.

A prima vista, dunque, pare assumere rilevanza decisiva il profilo della titolarità, da parte di soggetti pubblici, di quote di partecipazione in società di capitali <sup>(5)</sup>. Profilo che, tuttavia, permette di cogliere solo parzialmente quanto si cela dietro l'espressione in questione. La stessa dottrina, infatti, ha segnalato che per società pubbliche s'intendono anche "quelle società che, pur non essendo partecipate da uno o più enti pubblici, ne subiscono però in qualche modo il controllo o, per così dire, l'influenza" <sup>(6)</sup>. Ma non è tutto.

Si registrano, infatti, casi in cui l'espressione società pubbliche "è usata in senso enfatico, per sottolineare come talune società siano sottoposte ad una disciplina speciale, tendenzialmente pervasiva, contenuta in leggi specificamente destinate a contemperare i connotati societari con le finalità pubbliche" <sup>(7)</sup>. Ed altri casi ancora, nei quali "l'attributo pubblico è predicato addirittura per identificare la natura giuridica delle società, che, secondo alcuni studiosi e una parte della giurisprudenza, sarebbero veri e propri enti pubblici in forma societaria, in via di principio sottoposti alle norme del diritto amministrativo" <sup>(8)</sup>.

La rassegna appena conclusasi, per quanto concisa, consegna all'interprete un ventaglio di significati assai variegato <sup>(9)</sup>, per non dire contraddittorio. In particolare, nell'ipotesi da ultimo menzionata: quando, cioè, il sintagma "società pubbliche" è

---

<sup>(5)</sup> In questa prospettiva, ad es., A. PAPA MALATESTA, voce *Partecipazioni pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1995, X, 693.

<sup>(6)</sup> "Magari perché la società è legata da particolari vincoli contrattuali a un determinato soggetto pubblico (potrebbe essere il caso del contratto di servizio fra un ente locale e la società erogatrice di un determinato servizio pubblico) o perché a questo è riservato, pur in mancanza di una partecipazione azionaria, il diritto di nominare uno o più amministratori (ipotesi entrambe oggetto di previsioni codicistiche, sia prima che dopo la riforma: ora art. 2359, n. 3, e art. 2450)": così, di nuovo, C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 2. L'A., poi, conclude: "Da questo punto di vista, dunque, l'espressione «società pubbliche», che inizialmente appariva fuorviante, rivela invece la sua puntualità, perché – prescindendo dal riferimento alla partecipazione pubblica – è idonea a ricomprendere anche le fattispecie appena descritte". Va segnalato che l'art. 2450 c.c. è stato abrogato nel corso del 2007: per maggiori dettagli sul punto, si veda *infra*, nota 123.

<sup>(7)</sup> G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, cit., 1000.

<sup>(8)</sup> G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, cit., 1001.

<sup>(9)</sup> Il cui novero, peraltro, non è limitato a quanto sin qui indicato nel testo. Ad es., A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, in C. IBBA, C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli, Torino, 2011, 63, osserva che "In concreto, lo stesso *nomen* di società pubbliche è attribuito a società che operano su un piano nazionale o internazionale e ad altre che invece hanno un raggio di azione puramente regionale o locale; a società che operano in settori monopolistici o oligopolistici ed altre, invece, che operano nel mercato aperto; a società che hanno una *governance* fortemente condizionata da norme pubblicistiche – in ragione delle funzioni esercitate o del particolare loro rapporto con pubbliche amministrazioni – ed altre, invece, che si conformano senza forzature ai modelli di *governance* messi a disposizione dal diritto societario generale; e si potrebbe continuare".

impiegato per fare riferimento a soggetti che della società di capitali avrebbero soltanto la veste esteriore, essendo nella sostanza enti pubblici.

Il problema definitorio <sup>(10)</sup> riflette una realtà magmatica, ascrivibile ad un più ampio e generalizzato fenomeno di “decostruttivismo” – prendendo ancora a prestito le parole dello Studioso evocato in apertura – che affligge l’intero diritto amministrativo “in cui, eliminato un principio metafisico, una scienza speciale dell’agire pratico naviga nell’anarchia” <sup>(11)</sup>. *Status*, quello appena descritto, che in verità sembra rappresentare la cifra dell’*evo* giuridico attuale, “caratterizzato dall’esaurimento delle grandi narrazioni ideologiche della modernità” e perciò definito “postmoderno” <sup>(12)</sup>. È bene soffermarsi un istante su questo punto, sull’antitesi tra diritto moderno e diritto postmoderno.

Si tratta, come è stato notato, di “due concezioni del diritto assai lontane e distanti tra loro: quella squadrata, statica, monolitica, gerarchicamente ordinata che aveva governato la modernità e quella pluralistica, policentrica, complessa, fluttuante, dinamica, sfumata, indeterminata, che segna il passaggio a un ordine nuovo, all’emergere di nuovi assetti che, per l’appunto, possiamo chiamare postmoderni” <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Alla cui risoluzione la dottrina ha, in ultima istanza, rinunciato. In proposito si veda, *ex multis*, M. CAMMELLI, voce *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Ann. V, Giuffrè, Milano, 2012, 1190, il quale discorre di “oggettiva inesistenza di una categoria unitaria” e, al contempo, di “difficoltà di individuare una definizione giuridicamente soddisfacente di società pubblica che non si traduca nella mera presa d’atto della partecipazione di un ente pubblico, primario o derivato, nel capitale sociale”. Concorde, sul punto, G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Giuffrè, Milano, 2017, 1 e ss.

<sup>(11)</sup> F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 27, ove anche la constatazione che “Di continuo non si quali principi siano applicabili al caso concreto, le risposte della dottrina sono plurime e controverse, i contributi dottrinali sulle singole questioni numerosissimi, ma quasi mai riconducibili ad una logica comune, dalla quale poter estrarre un indirizzo prevalente”. Il “principio metafisico” in questione è individuato nel principio di legalità, il quale “condiziona ontologicamente l’esistenza stessa del diritto amministrativo” (28): secondo l’A., “per ricostruire la decostruzione, basta rimettere il principio di legalità al suo posto” (31). Critico P. GROSSI, *Sull’odierna incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 4, 948, che definisce quella di Merusi una “operazione euristica sicuramente oggi assai ardua”, a cagione del fatto che quest’ultimo evita di entrare nel merito di stabilire quale sia la consistenza della legalità.

<sup>(12)</sup> G. DI GASPARE, *Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 30 giugno 2018, 1.

<sup>(13)</sup> Così R.E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in Id. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, Bologna, 2016, 9. Che prosegue: “Queste diverse concezioni possono essere a loro volta declinate in tutta una serie di antitesi che ne fotografano aspetti peculiari: monopolio della legge statale nella produzione del diritto/pluralismo delle fonti; generalità e astrattezza del comando legislativo/cangianti particolarità del caso; potere esclusivo del legislatore nella costruzione del diritto/compartecipazione dell’interprete-creatore; principio binario (tutto-niente, inclusione-esclusione, vero-falso, torto-ragione, fatto-diritto, legittimo-illegittimo)/principio di

Il “paradigma” della modernità è rappresentato dalla “volontà di costruire sistemi, teorie, interpretazioni totalizzanti”, nonché dal “progetto di spiegare il mondo attraverso l’applicazione di principi unitari” e dalla “fiducia nella razionalità, nell’oggettività, nel valore positivo della scienza e dell’intervento tecnologico e in tutte le altre idee di derivazione illuministica successivamente fatte proprie dalle correnti del positivismo e del realismo” (14). Nel campo del diritto, una delle più importanti manifestazioni concrete riconducibili all’idea di modernità è senza dubbio l’esperienza della codificazione (15): essa, infatti, “postula e racchiude ogni altra manifestazione del paradigma della modernità, dall’esclusiva statualità del diritto al compimento di un ideale di sistematicità” (16).

Lo scenario, tuttavia, muta radicalmente nel corso del Novecento, secolo in cui affondano le radici della postmodernità giuridica (17). Si comincia dall’enunciazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano, “che contraddiceva il disegno illuminista dello Stato quale unico monopolistico produttore di diritto” (18); segue, come frutto delle “degenerazioni” avvenute tra il 1915 e il 1945

---

graduazione (dal meno al più adeguato, dal meno al più opportuno) e di appartenenza parziale (parzialmente incluso, parzialmente escluso), così da giungere a una conclusione che rappresenti il punto di massima realizzazione di tutti i principi in gioco; diritto costruito solo per regole (le fattispecie normative)/diritto costruito soprattutto per principi; diritto completo a priori nel momento della sua fissazione da parte della legge/diritto che si completa e si attua nel suo farsi concreto; matematica del sillogismo/flessibile logica del bilanciamento; valore esclusivo delle forme/attenzione sostanziale per i valori”.

(14) M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., 204.

(15) Che ha costituito “un momento essenziale di cesura nella storia del diritto continentale”: così A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, 465. Ma, per una presa di distanza dalla “ipotesi ricostruttiva che va per la maggiore almeno tra gli storici del diritto”, si veda G. DI GASPARE, *Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling*, cit., 4 e ss.

(16) In questi termini di nuovo M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, cit., 205. Nell’analizzare la codificazione dell’età napoleonica, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., 460, ricorda che “un profilo fondamentale” del Codice civile francese del 1804 attiene al “carattere esclusivo della nuova disciplina” in esso contenuta. Si ebbe, infatti, “l’esclusione di ogni altra fonte sussidiaria anteriormente in vigore. Con una celebre disposizione di legge coeva al Codice venne stabilito che dal momento della sua entrata in vigore le leggi, le ordinanze, le consuetudini, il diritto romano, la giurisprudenza della Corti sovrane e ogni altra fonte di diritto avrebbe cessato di avere vigore nelle materie disciplinate dal codice stesso”.

(17) Cfr. P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 3 e ss.

(18) R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 10. Il riferimento è, ovviamente, a S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Mariotti, Pisa, 1917, *passim*. In base alla teoria propugnata dall’A., all’interno dello Stato-ordinamento, che identifica una comunità di individui (popolo) e ne include tutte le manifestazioni organizzative, si collocano tanti ordinamenti giuridici particolari (sezionali o derivati) in qualche misura separati (e autonomi) dall’ordinamento

(<sup>19</sup>), il passaggio al c.d. Stato costituzionale, che con l'archetipo della Costituzione rigida “metteva in crisi il primato della legge, costringendola a conformarsi ai suoi principi fondamentali” (<sup>20</sup>); si passa, ancora, “al riconoscimento del valore creativo della giurisprudenza e alla consapevolezza ... che il testo della norma trova completamente solo attraverso la mediazione dell'interprete”, per poi “approdare all'avvento del diritto europeo – quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prima e quello dell'Unione poi – che ha sviluppato in modo conclamato e anche con accenti nuovi quel mutamento globale che era stato preparato nel tempo, scardinando gli assetti ereditati dalla concezione positivista ottocentesca della legge e dello Stato” (<sup>21</sup>).

Del tutto evidente, insomma, è la sostituzione del modello del “legislatore onnipotente” – identificato nello Stato nazionale, istituzione giuridica centrale dell'epoca moderna – con quello di un “ordine giuridico a più livelli, che entro lo Stato si articola nel livello legislativo e in quello costituzionale, ma prevede altresì, verso il basso, il livello regionale e verso l'alto il livello europeo” (<sup>22</sup>).

Se l'epicentro della crisi investe prima di tutto lo Stato, il quale cessa di essere l'esclusivo produttore di diritto (<sup>23</sup>), ad una sorte analoga vanno in contro i codici:

---

generale statale. In particolare, non sempre quel che avviene all'interno di ciascun ordinamento particolare ha una rilevanza nell'ordinamento generale; inoltre, è ammissibile che nel primo esistano norme derogatorie rispetto a quelle applicabili alla generalità dei consociati.

(<sup>19</sup>) A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., 621: degenerazioni che “con la guerra di trincea, con il sacrificio di milioni di soldati, con il coinvolgimento delle popolazioni civili, sino al genocidio – avevano mostrato in quali abissi potesse precipitare lo Stato sovrano [...] E a quali aberrazioni potesse giungere la legislazione”.

(<sup>20</sup>) R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 10.

(<sup>21</sup>) R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 10-11.

(<sup>22</sup>) A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., 622, che prosegue: “Il ridimensionamento del ruolo della legislazione [...] si è accompagnato con la riemersione, non solo nella realtà dalla quale mai era scomparsa ma anche nella considerazione dei giuristi, di due altre fonti. Da una parte la consuetudine, dall'altra la dottrina sono ormai riconosciute come elementi ineliminabili non solo di conoscenza ma di produzione del diritto positivo. In questa dinamica giuridica estremamente complessa – in cui si affiancano costituzioni, leggi ordinarie, leggi regionali, direttive europee, ma anche consuetudine e dottrina – la giurisdizione, sia ordinaria che costituzionale, ha assunto una funzione fondamentale di equilibrio tra legge, diritti e giustizia. Una funzione ben più rilevante di quella, deliberatamente riduttiva, ad essa assegnata nel sistema introdotto sul continente con le codificazioni dell'Ottocento” (623). Una prospettiva, quella da ultimo indicata con riguardo alla giurisdizione, che discioglie nuovi spazi di interazione fra corti internazionali e corti statali: cfr. sul punto G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, 15 e ss.

(<sup>23</sup>) Nella metafora di filosofi e sociologi, il diritto “sconfina” oltre i limiti geopolitici degli Stati. Cfr., a tal proposito, M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 16 e ss., la quale osserva: “Una vera e propria “cultura dei confini” di

questi, “che, nella loro ambizione di regolare secondo un disegno coerente l’intero universo giuridico, rappresentavano l’emblema della modernità, costituiscono ormai solo «una» della fonti giuridiche e quindi solo una delle componenti in gioco, che, oltretutto, a contatto con le «altre», vede mutare in misura talora non irrilevante il significato e la portata delle previsioni che vi sono contenute” (24). A fronte di tali accadimenti, si è giustamente parlato di crisi delle codificazioni e della nostra età come di una “età della decodificazione” (25).

Il fenomeno sin qui descritto, peraltro, si ripercuote sul sistema stesso delle fonti, “rappresentabile non più attraverso la «rassicurante» metafora «verticale» della piramide alla cui sommità è posta la legge di origine parlamentare, ma attraverso quella «orizzontale» assai più instabile e fluida della rete, che allude alle interconnessioni tra fonti di provenienze diverse, chiamate a interferire e a interagire su identici oggetti. Un sistema di fonti, oltretutto, non più solo di matrice politico istituzionale, e quindi legislativa, ma sempre più giurisprudenziale, a partire dalla due Corti di vertice europee, che si sono assunte il ruolo di vere creatrici di diritto” (26).

Come da più parti osservato, “da tutto ciò è derivata, quasi ovunque, una drammatica crisi di certezza sulla reale configurazione del diritto in vigore e sui suoi contenuti. Una crisi che trova un precedente paragonabile ... nella crisi del diritto

---

ispirazione illuministica, improntata alle idee di chiarezza e di distinzione, che dominava il mondo occidentale, e in specie, europeo, versa in crisi. Parallelamente, anche il mondo giuridico e istituzionale rispecchiava una sicura geometria di forme, distinzioni e confini. L’idea montesquieuiana di “divisione dei poteri” può essere in un certo senso considerata l’archetipo di un’ingegneria istituzionale basata su tali presupposti, che oggi sono in crisi. Il diritto e le istituzioni odierni sono a propria volta investiti da questa crisi della “cultura dei confini” e si possono scorgere svariate strategie attraverso cui essi superano il proprio tradizionale carattere territoriale e confinato”.

(24) R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 12, che aggiunge: “Il rigido monismo positivistico moderno si disaggrega, si frantuma. Contano sempre più, da un lato, il formarsi spontaneo del diritto all’interno della società, e, dall’altro, i referenti sovranazionali, soprattutto, ma non solo, europei”.

(25) N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*. L’espressione è utilizzata per descrivere il fatto, ormai incontestabile, che quasi ogni istituto disciplinato dai Codici vede integrata e alterata la disciplina codicistica da norme esterne di legislazione speciale. Il carattere esaustivo e onnicomprensivo dei Codici nelle rispettive materie è venuto meno”: così A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., 641.

(26) R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 13. Con specifico riguardo al sistema delle fonti, l’attuale conformazione di quest’ultimo chiama l’interprete a uno sforzo di notevole portata, come ricorda A. ABIGNENTE, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 7: “Nello sgretolamento di monistiche strutture gerarchiche piramidali, l’interprete ha il compito prioritario di orientarsi nel coacervo di regolazioni di diversa provenienza, a volte in conflitto, che reclamano l’inclusione in un unico sistema pur rimanendo legate alle loro origini: nel suo agire *pratico*, gli viene raccomandato di contemperare *audacia* e *prudenza* nella «navigazione in un oceano di incertezze attraverso arcipelaghi di certezze»”. Immagine, quest’ultima, che l’A. prende a prestito da E. MORIN, *I sette saperi necessari all’educazione del futuro*, R. Cortina, Milano, 2001, p. 88.

comune alla fine del Settecento, che portò alle moderne codificazioni” (27). Al punto che non è mancato chi ha preso a parlare, con riguardo alla nostra epoca, di “regressione premoderna” (28).

Che si condivida oppure no un simile giudizio, in questa sede poco conta. Un punto, però, va sicuramente dato per acquisito, ed è questo che al termine del nostro breve *excursus* ci interessa sottolineare: l’affermarsi della fenomenologia giuridica postmoderna ha determinato “una marcata liquefazione di principi e regole di ordinamento che sembravano inossidabili, plasticamente intangibili, e sulle quali avevamo pazientemente edificato le nostre pur relative certezze” (29), facendo così assurgere l’incertezza a “cifra” del tempo presente (30).

Sinteticamente, si può parlare di “decostruzione dell’ordine precedente”, ma anche di “pluralismo e ibridazione”: il diritto, dunque, “vive di continue contaminazioni tra una pluralità di matrici diverse di provenienza diversa” (31). Ciò vale anche per il diritto amministrativo, come ci ricordava Merusi in avvio del presente lavoro (32).

---

(27) A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., 641.

(28) C. SALVI, *Diritto postmoderno e regressione premoderna*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, II, 1811 e ss. Nel ricostruire la fenomenologia giuridica postmoderna, l’A. ne individua i seguenti tratti caratterizzanti: *i*) diversificazione delle fonti; *ii*) legislazione sovrabbondante e deforme; *iii*) giurisprudenza creativa. Essa, osserva l’A. (1824), si contrappone nettamente ai caratteri originari della modernità giuridica: *iv*) monopolio nazionale delle fonti del diritto; *v*) “soggezione” del giudice alla legge; *vi*) diritto civile basato sul principio di uguaglianza, e su categorie generali idonee a formare “sistema”. In ciò l’A. legge un chiaro segno di regresso.

(29) Sono parole di R. FERRARA, *L’interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, I, 335 e ss., qui 369-370.

(30) Cfr. A. ABIGNENTE, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, cit., 12, che riferisce l’incertezza “(al)la dimensione soggettiva e più intima dell’individuo ma anche (al)la sua sfera relazionale e sociale, sino ad estendersi alla scienza, al diritto, alle istituzioni, ai saperi”. Cfr. inoltre, anche per differenti punti di vista, G. ALPA, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, *passim*; A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Giuffrè, Milano, 2007, 201 e ss.; A. LUNA SERRANO, *La sicurezza giuridica e le verità ufficiali del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, *passim*; F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in G. DE GIORGI CEZZI, G. CORSO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI, F.G. SCOCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, I, 487 e ss.

(31) R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 13.

(32) Peraltro, a proposito del rapporto tra diritto amministrativo e postmodernità giuridica, merita di essere ricordata l’opinione di M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, cit., 206 e ss., secondo cui il primo avrebbe subito in misura assai attenuata l’influsso della seconda. Ciò perché, ad avviso dell’A., “il diritto amministrativo è un mondo a parte: sotto alcuni profili si presenta ancora come premoderno, sotto altri profili va alla ricerca di una perenne modernizzazione che però non raggiunge mai e sotto altri ancora è *costitutivamente* postmoderno” (202). Per un accenno al carattere costitutivamente postmoderno del diritto amministrativo, *infra* nota 99.

Tuttavia, rassicuriamo subito il lettore. Non è nostra intenzione delineare nobiltà e miserie del diritto amministrativo <sup>(33)</sup> – la cui percezione, peraltro, è a tal punto diffusa, da essere entrate ormai in pianta stabile nella trattazione manualistica <sup>(34)</sup> –, piuttosto che della scienza che di tale diritto si occupa <sup>(35)</sup>. L'intento delle pagine che seguono è ben più modesto: rendere ragione del “metodo” secondo cui si è scelto di impostare l'indagine sulle società pubbliche.

---

<sup>(33)</sup> Affrontate a più riprese da Merusi stesso (nell'opera sin qui citata e, poi, in F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012, *passim*; nonché in ID., *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, *passim*) ma anche da altri studiosi, tra cui, recentemente: N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4, p. 1605 e ss.; M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo nel “grande contesto”*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, Giornate di studi in onore di Guido Corso, Palermo, 12-13 dicembre 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 129 e ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 9 e ss. G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, *passim*; M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Giuffrè, Milano, 2008, in part. 241 e ss. e, per le conclusioni, 397 e ss. Ampissima, poi, è la produzione scientifica di Sabino Cassese sulle mutazioni in atto nel diritto amministrativo. Senza pretesa di esaustività, possono qui richiamarsi: S. CASSESE, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 9, 869 e ss.; ID., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1, 27 e ss.; ID., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 4, 901 e ss.; ID., *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 2, 389 e ss.; ID., *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 1, 12 e ss. Immane, infine, il contributo degli storici del diritto, per il quale si veda, *ex plurimis*, P. GROSSI, *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quaderni fiorentini XLV*, 2016, 9 e ss.

<sup>(34)</sup> Si vedano, ad es., le pagine di G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 29 e ss.; o di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Quarta ed., Giappichelli, Torino, 2014, 23 e ss.; o di M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Quarta ed., Giappichelli, Torino, 2019, 389 e ss.

<sup>(35)</sup> S. CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 4, 879, non esita ad affermare che “La scienza del diritto amministrativo attraversa un generale crisi, travagliata com'è dal suo stesso progresso. Questo è dovuto all'ampliarsi del suo oggetto, all'accentuarsi delle sue contraddizioni, all'accumularsi delle nuove conoscenze, alla sua arretratezza metodologica, alla sua povertà tematica”. Valutazioni, quelle appena riportate, riprese e condivise da S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Giappichelli, Torino, 2014, 1 e ss. Più in generale, sul tema, si vedano: A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim*; L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, *passim*; M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 4, 1293 e ss.; A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 4, 761 e ss.; B. SORDI, *Nodi cruciali nel processo evolutivo della scienza amministrativa*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 35 e ss.; ID., *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 2, 310 e ss.

Sia consentito, pertanto, registrare una delle “ambiguità”<sup>(36)</sup> che oggi connotano il diritto amministrativo, sorvolando sulle altre.

## **2. L'intervento pubblico nell'economia e il continuo riposizionarsi del confine tra ciò che è pubblico e ciò che non lo è. Considerazioni in ordine sparso sul diritto amministrativo in mutazione**

Tra gli eventi che negli ultimi decenni hanno maggiormente influenzato il sistema amministrativo italiano debbono senza dubbio annoverarsi il progressivo ricorso al diritto privato da parte della pubblica amministrazione (c.d. privatizzazione) e la tendenza a collocare all’“esterno” e lasciare ai privati attività che, in precedenza, venivano svolte direttamente dalla pubblica amministrazione stessa (c.d. esternalizzazione o *outsourcing*)<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Per riprendere l'espressione utilizzata da S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, cit., 912.

<sup>(37)</sup> Così L. CASINI, *I confini e le dimensioni*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, 24. Anche qui, peraltro, come si è visto a proposito delle società pubbliche, la terminologia utilizzata dagli interpreti non è univoca. S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 3-4, 579 e ss., ad es., riconduce al *genus* delle privatizzazioni ciò che sopra, nel testo, è definito come esternalizzazione. In particolare, tra i vari tipi di privatizzazione che egli individua, vi sono sia le c.d. “destatizzazioni”, le quali “consistono nella costituzione di agenzie [...] alle quali sono affidati compiti pubblici”, con la conseguenza che “compiti che erano affidati una volta ad amministrazioni statali vengono svolti, ora, da organismi retti dal diritto privato” (584); sia le ipotesi di “affidamento di funzioni pubbliche a privati” (585). La qual cosa, però, non deve stupire. Sussiste, invero, una naturale area di sovrapposizione tra i due fenomeni, dal momento che l'esternalizzazione spesso si realizza mediante contratti o mediante figure soggettive proprie del diritto privato, come ad es. le società di capitali (cfr., al riguardo, G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Nuova ed., Cedam, Padova, 2010, 81 e ss.). Difficile, ad ogni modo, è individuare una nozione generalmente condivisa di privatizzazione. Sottolinea S. GIACCHETTI, *Privatizzazioni: la nuova frontiera dell'interesse pubblico*, in *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Atti del XLV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 16-18 settembre 1999, Giuffrè, Milano, 2000, 218, che quello di privatizzazione “è un concetto quanto mai proteiforme”, al punto che si possono individuare “una trentina di significati diversi, a seconda che si faccia riferimento ai *beni* o ai *soggetti* o alle *attività* o ai *rapporti*; sicché sarebbe più opportuno parlare di privatizzazioni anziché di privatizzazione”. È proprio tale varianza di significati ad aver spinto molti degli studiosi che si sono occupati del tema a cimentarsi, in apertura delle rispettive trattazioni, in una puntuale *actio finium regundorum*, volta a specificare che cosa debba intendersi con il termine privatizzazione: così, ad es., R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998, 1 e ss. Quanto invece alla esternalizzazione o *outsourcing*, una buona definizione è quella che si trova nel già menzionato G. DI GASPARE, *Servizi*

Si tratta di temi assai vasti ed ampiamente dissodati, rispetto ai quali qualsiasi tentativo di sintesi risulterebbe, in questa sede, assolutamente velleitario<sup>(38)</sup>. Quel che

---

*pubblici locali in trasformazione*, cit., 81, per cui con tale termine “si intende la realizzazione di un’attività, precedentemente svolta direttamente dalla amministrazione, ad opera di un soggetto terzo al quale tale svolgimento sia stato – vario titolo – attribuito dalla amministrazione titolare dell’attività”. Non si cada tuttavia nell’errore di considerare quello della esternalizzazione un fenomeno uniforme, di facile comprensione e privo di criticità (si veda anzi la nota successiva).

<sup>(38)</sup> Pertanto, sull’uso del diritto privato da parte dell’amministrazione pubblica – “questione antica, ma sempre aperta a molteplici soluzioni interpretative”, come rammenta S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli, 2005, I, 789 – si rimanda al quadro, sintetico ma efficace, tratteggiato da F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 549 e ss., che ripercorre le vicende degli “ultimi venticinque anni”, in cui “l’ordinamento pubblicistico è stato interessato da un massiccio fenomeno di privatizzazione, che ha riguardato sia l’organizzazione che l’attività, cioè sia i soggetti, trasformati da enti pubblici in persone giuridiche private, che i rapporti, ora connotati dalla crescente utilizzazione, nell’azione amministrativa, di moduli consensuali o comunque mutuati dal diritto privato” (550). La letteratura su questi temi è davvero sconfinata. Collocandoci nel torno di tempo che dai primi anni Duemila arriva fino al presente, possono qui richiamarsi, senza pretesa di completezza: F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell’interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Cedam, Padova, 2000, *passim*; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L’organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001, *passim*; E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*; P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell’amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Cedam, Padova, 2005, *passim*; V. SESSA, *Gli enti privati di interesse generale*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*; F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l’impiego del diritto privato per compiti dell’amministrazione pubblica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Giuffrè, Milano, 2008, 341 e ss.; G. NAPOLITANO, *La contrattualizzazione dell’attività amministrativa. Parabole gius-economiche del contratto nell’azione amministrativa*, in G. AMATO e R. GAROFOLI (a cura di), *I tre assi. L’amministrazione tra democratizzazione, efficientismo, responsabilità*, Nel Diritto, Roma, 2009, 105 e ss.; ID., *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in V. ROPPO e P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno, Roma, 2-3 dicembre 2011, Giuffrè, Milano, 2013, 393 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*; D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell’interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2012, *passim*; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Nuova ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 19 e ss.; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 45 e ss.; F. ASTONE e F. MARTINES, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 109 e ss.; G. PALMA, *Delle aporie in dottrina circa l’impiego di “norme” di diritto privato nell’azione dell’amministrazione pubblica. Contributo alla identificazione della potenziale logica ricostruttiva del progressivo sviluppo del sistema ordinamentale*, in *federalismi.it*, n. 3/2016; nonché, da ultimo, l’ampia indagine di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016, *passim*. Numerose anche le opere collettanee, tra le quali si segnalano: G. FALCON e B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell’organizzazione e nell’azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Atti del convegno, Trento, 7-8 giugno 2012, Cedam, Padova, 2013, *passim*; B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell’amministrazione tradizionale*, Atti del seminario, Trento, 17 dicembre 2012, Cedam, Padova, 2013, *passim*; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Annuario 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, *passim*; F. GIGLIOTTI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, *passim*.

invece mette conto segnalare sono, per così dire, gli effetti prodotti dalle suddette vicende.

A tal fine, risulta d'aiuto muovere da alcune riflessioni di Giorgio Berti risalenti agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso<sup>(39)</sup>, con le quali viene posta in evidenza, innanzitutto, l'“incertezza di fondo” che caratterizza l'utilizzo dei moduli privatistici nell'organizzazione della pubblica amministrazione. Infatti – osserva lo studioso –, se dal lato dell'attività il ricorso al diritto privato è cosa ben nota (“una pratica che ha

---

Venendo al tema dell'esternalizzazione, anche qui va innanzitutto chiarito che è consigliabile parlare al plurale, di “esternalizzazioni”. Queste, infatti, osserva L. FIORENTINO, *L'organizzazione centrale*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, cit., 203-204, a livello generale “possono distinguersi in due principali macrocategorie: quelle che hanno ad oggetto servizi e attività strumentali [...] e quelle relative a funzioni amministrative”. Nella prima macrocategoria “è poi possibile distinguere tra: esternalizzazioni di servizi/attività funzionali all'esercizio dell'azione amministrativa e dirette all'amministrazione [...] ed esternalizzazioni di servizi/attività rivolte alla collettività”. Nella seconda macrocategoria, invece, sono individuabili “almeno quattro sottocategorie: esternalizzazioni di potestà amministrative nell'ambito di procedimenti amministrativi; esternalizzazioni di potestà amministrative nell'ambito di procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica; esternalizzazioni di potestà pubbliche certatrici e certificatrici”. Per i dovuti distinguo in tema, si veda anche G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 963 e ss. Con riferimento all'esternalizzazione di servizi, in particolare di servizi pubblici (nel senso di “rivolti al pubblico” e contrapposti dunque a quelli strumentali, rivolti cioè all'amministrazione), la produzione dottrinale è vastissima oltre che incessante. Trattandosi di un tema connesso a quello oggetto del presente studio, si rimanda ai contributi che verranno via via citati in prosieguo. Con riferimento all'esternalizzazione di funzioni, invece, *ex multis*: A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*; ID., voce *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Giuffrè, Milano, 2007, 570 e ss.; E. D'ALTERIO, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 4, 969 e ss.; N. PECCHIOLI, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, cit., I, 611 e ss.; S. TORRICELLI, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 253 e ss.; I. PIAZZA, *Soggetti privati e attività amministrativa: principi, regole e regime degli atti*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAIITA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 487 e ss. In ogni caso, va segnalato che la contrapposizione tra funzioni pubbliche in senso stretto e pubblici servizi (sulla quale si veda M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Seconda ed., Giuffrè, Milano, 2000, 581), particolarmente enfatizzata in passato, oggi pare quasi del tutto superata. Si cfr., in tal senso, M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, cit., III, 2391 e ss.; G.D. COMPORITI, *Il principio di unità della funzione amministrativa*, in M. RENNA e F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 307 e ss.; G. NAPOLITANO, voce *Funzioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, III, 2631 e ss. Quest'ultimo A., in particolare, osserva che “Un'opinione diffusa [...] distingue funzione e servizio per affermare che soltanto la prima è un'attività necessaria per la collettività: quindi, in gestione riservata, retta dal diritto pubblico. La contrapposizione tra funzione e servizio, tuttavia, costituisce un retaggio dello Stato liberale oggi in larga misura superato” (2633). Allo stato attuale, dunque, l'attenzione è rivolta principalmente a verificare fin dove possa spingersi l'attribuzione di funzioni e compiti di interesse generale ai privati, comprese le c.d. *inherently governmental functions*, cioè le “funzioni inerentemente pubbliche” o “sovrane”, operando un'attenta analisi costi-benefici: in questi termini, ID., *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2014, 93 e ss.

<sup>(39)</sup> Ci si riferisce a G. BERTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Il Mulino, Bologna, 1993, 13 e ss., dal quale sono riprese le citazioni riferite *infra*, nel testo.

accompagnato sempre la vita dell'amministrazione pubblica", estrinsecatesi tramite vari strumenti giuridici quali, ad es., "negozi e contratti in luogo di provvedimenti; acquisto di beni in luogo di espropriazioni, locazione in luogo della concessione etc."), altrettanto non può dirsi con riguardo, appunto, al lato dell'organizzazione: "il potere pubblico ha creduto che la sua affermazione e la sua conservazione, con le note caratterizzazioni che l'hanno accompagnato, dipendessero dalla specialità della sua organizzazione, e cioè dal fatto che il complesso organizzativo dei soggetti pubblici, raccordati fra loro e tutti tributari verso lo Stato di uno statuto particolare, facesse da barriera all'ingresso nella scena di moduli o di figure non omogenee. Non si voleva insomma lasciare spazio a delle contaminazioni che avrebbero potuto compromettere il quadro organizzativo fondamentale e il suo perdurare".

Riecheggiano, in queste parole, fatti ben conosciuti. A cavallo tra XIX e XX secolo, l'avvento del c.d. Stato pluriclasse ha determinato un aumento della sensibilità per i servizi e l'esigenza di assumerli in mano pubblica ha dato avvio ad una rapida crescita del sistema amministrativo, "nel senso della costituzione necessaria di nuovi e differenziati apparati, poiché l'apparato dello Stato non era attrezzato a rendere tutti i servizi richiesti" (40). Si è così assistito "ad una incontenibile proliferazione degli enti

---

(40) F.A. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi. Profili generali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, II, 4, che soggiunge: "In altre parole, occorre nuovi strumenti organizzativi e all'assunzione di nuovi compiti corrispondeva l'espansione dell'organizzazione pubblica destinata ad adeguarsi a questi nuovi compiti". Nello stesso tempo e in termini analoghi, "la possibilità di soddisfare i crescenti bisogni dei cittadini valorizzò l'emergere degli interessi locali e l'aspirazione a curarli in sede locale, per cui [...] al fenomeno delle nuove Amministrazioni direttamente collegate allo Stato si è accompagnato il contemporaneo accrescersi dell'intervento delle Amministrazioni locali" (ivi). Considerazioni di tenore analogo in G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991, 45 e ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 10 e ss.; B. SORDI, *Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello Stato sociale*, in *Quaderni fiorentini XLVI*, 2017, t. I, 175 e ss. Ma si cfr. già M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico (considerazioni generali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 121 e ss., il quale evidenzia l'estensione dell'interessamento e della partecipazione dello Stato ad attività e fini diversi da quelli tradizionale e come su tale processo abbiano influito da un lato l'industrializzazione/urbanizzazione e dall'altro i due conflitti mondiali: fenomeni, questi, che hanno determinato una crescita smisurata dei bisogni dei cittadini che il nuovo Stato sociale – o, come lo abbiamo chiamato nel testo, lo Stato pluriclasse – si impegnava a soddisfare. L'espressione "Stato pluriclasse" è di Massimo Severo Giannini, che l'ha impiegata per individuare lo Stato (inteso come "complesso dei pubblici poteri operante in un paese internazionalmente individuabile") via via formatosi fra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, attraverso l'"introduzione del suffragio universale, accompagnato dall'organizzazione partitica e/o sindacale delle classi già escluse dal voto": così, M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 2-3, 389 e ss. Gli Stati pluriclasse, dunque, sono connotati dalla circostanza che "in essi tutte le classi sociali concorrono al governo politico, e cercano di introdurre istituzioni a tutela dei propri interessi. La conseguenza del cambiamento è l'aumento del numero degli

pubblici non territoriali, che all'epoca dell'unità d'Italia erano del tutto sporadici", nonché "ad un incremento cospicuo dell'apparato statale" (41). Dunque, nasceva qui la figura dell'ente pubblico non territoriale, destinata a dilagare negli anni a venire (42).

Ciò ha comportato, nell'immediato, un problema di non facile soluzione, quello "di conciliare la presenza di più soggetti formalmente riconosciuti come pubblici con l'esistenza di una entità superiore sovrana, cioè lo Stato". Problema risolto

---

interessi che da privati o collettivi divengono pubblici, perché affidati a pubblici poteri [...] Negli Stati nei quali l'avvento al governo politico di tutte le classi ha conseguito risultati maggiori, le amministrazioni nuove sono, in sostanza, le amministrazioni di protezione sociale e le amministrazioni di direzione dell'economia" (392). Sulla portata del concetto gianniniano di Stato pluriclasse si vedano le riflessioni di C. PINELLI, *Massimo Severo Giannini costituzionalista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 3, 833 e ss., in part. 855 e ss., nonché l'interessante dialogo a distanza tra S. CASSESE, *Che cosa resta?*, e G. ROSSI, *Il "lascito" di Massimo Severo Giannini*, entrambi in *irpa.eu*, dicembre 2015 e gennaio 2016.

(41) G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo, I. Parte generale: lezioni*, Giuffrè, Milano, 2013, 56. Cfr. anche E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2016, 88-89; F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 49 e ss.; C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Seconda ed., Giuffrè, Milano, 2003, I, 251 e ss., in part. 264-266. A tal proposito, non va dimenticato il profilo concernente la differente origine dei "nuovi" enti pubblici. Come osserva V. CERULLI IRELLI, *"Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994, 86, infatti, questi "sorgono in relazione a due fenomeni tra loro molto diversi. Da una parte, sorgono senz'altro per opera di un atto di organizzazione assunto dallo Stato (o altro pubblico potere) per far fronte a proprie esigenze organizzative e funzionali. In tali casi [...] lo Stato, a fronte di una nuova esigenza di amministrazione sostanziale, anziché creare uffici della propria organizzazione, ovvero attribuire la cura dei relativi interessi pubblici ad uffici esistenti, crea un nuovo ente, cioè un ufficio dotato di personalità giuridica distinta dalla propria. Questo fenomeno [...] prende corpo ad iniziare dal periodo giolittiano, si incrementa notevolmente durante il fascismo, e continua sino ad oggi. L'altro fenomeno, molto diverso dal primo in termini sostanziali, può essere indicato come quello del *riconoscimento* siccome pubbliche di preesistenti organizzazioni, in genere ascrivibili all'autonomia privata o sociali, comunque differenziate rispetto allo Stato, e all'origine esponenziali di interessi diversificati rispetto a quelli propri dello Stato. In questi casi la "pubblicità" cala sulle preesistenti organizzazioni producendo determinate conseguenze di ordine positivo [...] Questo fenomeno, che si evidenzia ad iniziare dalle fondamentali leggi del periodo crispino, segnatamente in ordine alle casse di risparmio e monti di credito su pegno, e rispettivamente alle IPAB, prosegue a sua volta sino a tempi recentissimi". In sintesi, "Gli enti pubblici vengono istituiti non solo per gestire funzioni e servizi «di Stato», svolti finora dallo Stato ma anche per gestire funzioni e servizi non di Stato: fino allora gestiti da soggetti privati e poi attratti nella sfera pubblica, o per la loro rilevanza o, più semplicemente, per la pressione di gruppi sociali interessati ad una statizzazione [...] Così si spiega il passaggio alla sfera pubblica di funzioni e servizi come quelli relativi alla previdenza, all'assistenza, alla sanità": in questi termini, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Quinta ed., Giappichelli, Torino, 2010, 103.

(42) Si cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 147: "Nello Stato monoclasse i soli enti ai quali sicuramente si riconosceva la personalità giuridica pubblica erano gli enti territoriali. Dalla seconda metà del secolo [diciannovesimo, n.d.r.] ebbe inizio un movimento di espansione, motivato dall'opportunità di portare sotto il controllo dello Stato le persone giuridiche che svolgessero attività di interesse generale, onde furono, prima o poi, pubblicizzate le università degli studi, gli enti allora detti di beneficenza (poi divenuti di assistenza), i consorzi di bonifica e altri enti locali di attività economica. Con l'avvento dello Stato pluriclasse si introdusse l'innovazione di enti pubblici di carattere nazionale, molti dei quali – tipici gli enti con fini di attinenti alla previdenza e all'assistenza – curatori di interessi delle nuove classi emergenti"; fu così che venne "inventata la figura dell'ente pubblico non territoriale".

individuando in quest'ultimo “la fonte e il paradigma della persona giuridica pubblica, da cui gli altri soggetti mutuavano la loro ragion d'essere e la loro legittimazione ad agire nell'ordinamento” (43).

In questa fase, insomma, ogni attività di cura di pubblici interessi veniva fatta derivare da un'unica fonte di pubblicità, lo Stato, “cui corrispondeva il riconoscimento

---

(43) P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 39-40, che prosegue: “Nonostante ciò, la ricerca di un parametro che consentisse di individuare il *proprium* delle persone giuridiche pubbliche affaticò non poco gli studiosi che operarono tra la fine dell'Ottocento e i primi anni del Novecento”. Anche “nei primi decenni del Novecento, che pure videro il moltiplicarsi degli enti pubblici e il diffondersi di una certa percezione del progressivo sfaldamento della nozione unitaria di Stato come unico riferimento della pubblicità, lo sforzo della dottrina sembrò prevalentemente concentrarsi ancora nell'opera di riconduzione di ogni forma di soggettività pubblica allo Stato” (51-52). Insomma, “la concezione dogmatica” dell'epoca, ricorda M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 148, “vedeva nell'ente pubblico minore una sorta di frammento dello Stato, un potere pubblico a cui la legge desse delle attribuzioni che altrimenti sarebbero dovute spettare alle amministrazioni dello Stato”. La connotazione “stato-centrica” dei pubblici poteri ha rappresentato, in effetti, una costante della cultura giuridica italiana, seppur con alcune differenze tra i due secoli. Dapprima, a dominare la scena è stata la c.d. teoria dell'organo, che per lungo tempo ha influenzato lo studio dell'apparato organizzativo dei pubblici poteri nel nostro ordinamento, come ricorda C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, cit., 256 e ss. A tal proposito, osserva G. GARGANO, *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti giuridici della soggettività “speciale” tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 78: “Si può quindi ritenere come, nel XIX secolo, il concetto di pubblicità, riferito al soggetto, possa trarre origine unicamente dallo Stato e, soprattutto, attraverso la propria immedesimazione nello Stato. La soggettività pubblica, in termini giuridici, ha unicamente l'effetto di consentire al soggetto di agire “in nome e per conto” dello Stato”. In un secondo momento, gli studiosi hanno profuso i loro sforzi nella continua ricerca di criteri di collegamento tra lo Stato e le nuove persone giuridiche pubbliche da esso create. Infatti, nota sempre Gargano, “Nel Novecento il primo elemento di novità riscontrabile intorno al tema della soggettività pubblica è che il diritto positivo diventa il creatore dell'ente pubblico. In particolare, il legislatore inizia a qualificare le figure soggettive come persone giuridiche di diritto pubblico, istituendo nuovi enti o trasformando persone giuridiche di natura privata, ed attribuendo loro una autonoma esistenza giuridica rispetto allo Stato con conseguenze sullo stesso apparato amministrativo” (117-118). In questo contesto, la teoria dell'organo cessa di dominare la scena, come lucidamente colto da O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato (Concetto, natura, rapporti)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 17 e ss., 69: “Lo Stato può certo, per una serie di ragioni di convenienza politica e sociale distaccare dai propri taluni compiti o scopi, dotarli di facoltà e mezzi adeguati a raggiungerli e porli come subietti giuridici a sé, e porre con ciò dei propri uffici come persone a sé stanti [...] E quando ciò lo Stato faccia, quegli uffici col diventare subietti giuridici a sé, con fini propri, volontà ed attività propria, cessano di essere organi dello Stato, di far parte della sua organizzazione, pur rimanendo con lo Stato strettamente collegati, perché nei fini loro lo Stato continua a vedere fini *anche* propri”. Conclude allora G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 118-120: “Nel Novecento, quindi, oltre al criterio formale della qualificazione ad opera del legislatore, si deve anche riflettere sul collegamento tra la natura della persona giuridica e lo Stato con delle differenze significative, però, rispetto al secolo passato. In sintesi, lo Stato rappresenta ancora la persona giuridica pubblica “prima” e “per eccellenza”, sicché il concetto di pubblico coincide innanzitutto e si concentra, anche nel Novecento, con il collegamento con lo Stato. Soprattutto, continua ad essere la misura di ciò che è pubblico e, quindi, deve essere assunto sempre quale termine di paragone per la risoluzione delle questioni circa la natura degli altri soggetti [...] La soggettività pubblica, però, non è più unicamente riconducibile all'apparato statale, non è più monopolio dello Stato”.

di una disciplina piuttosto omogenea applicabile all'attività dei soggetti pubblici" (44). Per tale via, "tutta la multiforme attività pubblica è risultata così inquadrabile entro l'avvolgente struttura soggettiva dello Stato che, con il suo carattere compatto, organico e piramidale, si poneva come unitario centro di aggregazione delle altre figure pubbliche esistenti nel proprio territorio" (45).

La tenuta di un simile impianto teorico è stata però messa a dura prova dall'azione dei pubblici poteri nell'economia, campo elettivo del fenomeno di "proliferazione" di cui si va dicendo (46). L'assunzione, da parte degli apparati

---

(44) P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 41. *Ivi*, in nota, il rimando a U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, 21 e ss., il quale sottolinea come da ciò derivasse "una sorta di primato dell'amministrazione come soggetto e come organizzazione rispetto all'amministrazione come attività" e come la concezione autoritaria dell'amministrazione finisse col dominarne sia la dimensione soggettiva che quella oggettiva. Analogamente, P. SALVATORE, *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, in *Studi in onore di Vincenzo Caianiello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 593 e ss., 594, nota che "La struttura e la funzione, il modello organizzativo e le regole dell'attività, costituivano in quel contesto un binomio indissolubile. Il filo conduttore della pubblicità si svolgeva interamente sul piano soggettivo-organizzativo. Il profilo soggettivo assorbiva gli altri", su tutti quello dell'attività, che "rimase per lo più nell'ombra".

(45) G.D. COMPORTE, *Il principio di unità della funzione amministrativa*, cit., 312.

(46) Osserva S. CASSESE, *Le imprese ai privati e la cura dell'interesse generale allo Stato: un programma non realizzato nel primo quarantennio di storia unitaria*, in V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, I, 91 e ss., che, sebbene l'opinione prevalente collochi la nascita dello Stato imprenditore all'inizio degli anni Venti del Novecento, ben prima in realtà lo Stato ha assunto veste economica. Le forme di gestione, sia dirette sia indirette, erano certo rudimentali (esercizio diretto mediante gestione in economia, regia cointeressata, concessione e convenzione) e "non fu mai neppure considerata la possibilità di organizzare un quadro di comando statale della vasta mano pubblica". Cionondimeno, l'ampiezza del settore economico pubblico già nei primi quarant'anni di Italia unita smentì i programmi liberistici della classe dirigente. In quest'epoca, conclude l'A., "Il liberismo fu prevalentemente verbale" (99). Per un'approfondita analisi di questa fase storica, si veda G.F. FERRARI, *Stato e mercato nell'esperienza italiana: dall'Unità alla Seconda guerra mondiale*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Seconda ed., Egea, Milano, 2013, 35 e ss. Più in generale, con riguardo ai modi dell'azione dei poteri pubblici nell'economia – sempre mutevoli nel tempo, come ricorda F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Quinta ed., Giappichelli, Torino, 2016, 1 –, frequente è il ricorso da parte degli studiosi all'immagine del pendolo che oscilla tra fasi in cui la presenza pubblica è minore e periodi in cui è maggiore: così, *ex multis*, E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Quarta ed., Giappichelli, Torino, 2018, 4; G. DURANO, *Poteri autoritativi tra interessi pubblici e regole del mercato. Alla continua ricerca degli equilibri comunitari*, Giappichelli, Torino, 2018, 4. In questo moto oscillatorio vengono a modificarsi la natura e il contenuto dell'attività pubblica nell'economia, sotto vari profili. Come sottolinea G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1995, 238, sul finire del XX secolo il più evidente è stato "quello del passaggio dall'attività di gestione a quella di regolamentazione". Sul significato da attribuire alla formula di sintesi "dallo stato gestore (od interventore) allo stato regolatore", si cfr. V. GASPARINI CASARI, *Mercato e istituzioni*, in *Dir. econ.*, 2002, 3-4, 527 e ss., mentre per una compiuta individuazione dei tratti propri della funzione amministrativa di regolazione si cfr., da ultimo, P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 337 e ss. È peraltro opinione largamente condivisa quella secondo cui, in seguito alla recente crisi globale

pubblici, di compiti indirizzati principalmente alla produzione di beni e alla provvista di servizi aventi un contenuto ed un rilievo economici, difatti, ha fortemente influito sull'assetto organizzativo tradizionale <sup>(47)</sup>, il quale ha raggiunto un grado di diversificazione tale da mettere in crisi “le astratte linee di corrispondenza ipotizzate a sostegno del sistema” <sup>(48)</sup>.

È su questo terreno che hanno fatto la loro comparsa i moduli organizzativi dell'azienda organo (dello Stato o di un ente pubblico locale), dell'ente pubblico

---

scoppiata negli anni 2007-2008, il pendolo dell'intervento pubblico nell'economia sia tornato a muoversi. In una direzione, però, che gli studiosi faticano ancora a decifrare in modo compiuto; ad ogni modo, da più parti si sente discorrere di “neointerventismo pubblico”: così, ad es., S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2018, 34. Al riguardo si vedano, senza pretesa di esaustività, A. PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*; M. D'ALBERTI, *Nuove tendenze del governo dell'economia*, in *Riv. giur. mezz.*, 2013, 3, 349 e ss.; ID., *L'intervento pubblico nell'economia: miglioramenti e criticità*, in F. DI LASCIO (a cura di), *Il diritto dei Paesi europei. Tendenze e riforme*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 19 e ss.; M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 1, 1 e ss., per i profili europei; nonché G. NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, 471 e ss. Sulla suggestiva conclusione raggiunta da quest'ultimo Autore, secondo cui l'attuale crisi starebbe conducendo, contemporaneamente, a “più Stato e meno Stato”, commenta così S. CASSESE, in S. CASSESE e L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 68: “Coglie un paradosso. Si teme di ripetere gli errori della reazione alla crisi precedente, ma si è costretti egualmente a intervenire”.

<sup>(47)</sup> Cfr. F.A. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi. Profili generali*, cit., 5; nonché S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 2, 374 e ss., spec. 377. Osserva P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 61-62, che “i nuovi compiti, soprattutto quelli legati allo svolgimento di attività commerciali, mal tolleravano la sussunzione nelle rigide categorie concettuali del diritto amministrativo e finivano col dare vita a nuovi modelli difficilmente inquadrabili nello schema della persona giuridica pubblica, così come fino a quel momento ricostruito. L'elegante armonia ottocentesca, ispirata a una specialità del soggetto che indefettibilmente si rifletteva sulla specialità del regime giuridico dell'attività, mostrava in realtà già gravi sintomi di crisi”. Anche dal punto di vista costituzionale, per la cultura giuridica italiana del tempo inquadrare le trasformazioni in atto non fu affatto facile. Mentre queste prendevano corpo, infatti, l'amministrazione pubblica era “considerata e disciplinata come potere esecutivo o di governo sottoposto alla legge” e la sua nozione “circoscritta [...] all'ambito dell'autorità e alla disciplina relativa in maniera tale da non riuscirvi a ricomprendere, o meglio, da ricomprendervi artificialmente come manifestazione di autorità anche ciò che si è venuto nel corso degli anni sempre più diffusamente spiegando come attività non più solo di regolazione ma anche di prestazione”: in questi termini G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Annuario 2004, Giuffrè, Milano, 2005, 11 e ss., 13. Analogamente, L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 417, ricordano che “I giuristi applicarono alla dimensione prestazionale gli stessi criteri che avevano seguito per la sistemazione dogmatica dell'attività autoritativa”. Nei primi anni del Novecento, pertanto, lo sviluppo dell'attività di prestazione venne comunque ricondotto al regime speciale pubblicistico riservato all'attività amministrativa tradizionale.

<sup>(48)</sup> G.D. COMPORTI, *Il principio di unità della funzione amministrativa*, cit., 312.

economico, dell'ente pubblico *holding* gestore di partecipazioni <sup>(49)</sup>; moduli di diritto pubblico <sup>(50)</sup> – perciò sempre e comunque tributari verso lo Stato di uno statuto

---

<sup>(49)</sup> Cfr. F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013, 83 e ss. In tema, assai nota è la tripartizione formulata da Giannini con riguardo ai modelli organizzativi dell'impresa pubblica nel nostro ordinamento, “risultato di una stratificazione di tre esperienze diverse. La prima che va, *grosso modo*, dall'ultimo decennio del secolo scorso alla fine della prima guerra mondiale; la seconda dal primo dopoguerra al 1930-33, cioè alla risoluzione delle grande crisi economica; infine la terza che arriva sino ad oggi [...] Nella prima esperienza l'impresa pubblica è, sostanzialmente, oggetto di una attività di un organo dello Stato [...] Nella seconda esperienza l'impresa è invece affidata ad un ente separato dallo Stato, quasi sempre di natura pubblica [...] Infine, nella terza fase lo strumento più importante diviene l'azionariato pubblico, o, in termini oggi più comuni, la partecipazione pubblica ad un'impresa che ha normalmente la forma di una società di capitali; l'impresa viene legata all'ente di comando – che è lo Stato – attraverso l'intermediazione di un altro ente pubblico o, più raramente, di un organo dello Stato medesimo; talché si viene sovente a costituire un gruppo”: in questi termini, M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 2, 227 e ss., 228. Per quanto attiene all'impresa-organo, “parallelamente allo Stato, essa fu introdotta nella legislazione degli enti locali” registrando, nell'arco di tempo dal 1903 al 1925, un “grandissimo sviluppo” (242). Ciò che la caratterizza è il fatto che “vi è un organo di ente che gestisce l'impresa. Quanto poi alla titolarità dell'impresa, sono da distinguere due casi principali: la titolarità può spettare all'ente in quanto tale, ovvero può spettare direttamente all'organo; nel primo caso l'organo è un organo ordinario, nel secondo è un organo (di diritto) eccezionale, e ad esso può essere riservata la denominazione «azienda autonoma»” (245). Prosegue Giannini: “La debolezza delle imprese-organo sta tuttavia nella soggezione alla legislazione amministrativa: esse seguono le norme della contabilità pubblica, e quindi i negozi privati che esse pongono in essere sono duplicati da tutta un'attività preparatoria, o susseguente (di controllo), che si esprime in atti amministrativi, nonché da un'attività contemporanea, anch'essa amministrativa” (246-247). Prende piede, allora, il modello delle imprese pubbliche gestite da enti pubblici separati dallo Stato, qualificabili come “enti pubblici strumentali”: “il fatto che loro compito sia la gestione di una o più imprese, sotto l'aspetto giuridico costituisce una differenza solo di specie, rispetto agli enti pubblici strumentali che abbiano compiti attinenti più propriamente allo svolgimento di funzioni o di servizi pubblici” (259). All'origine di tale secondo modello, dunque, “sta la ragione tecnica dell'evasione dalla costrizione della legge di contabilità pubblica” (260). Ma vi è anche un'altra grande differenza rispetto all'impresa-organo: “Per questa il ministro provvede mediante ordini interni, se l'impresa è in gestione diretta, mediante direttiva vincolante se è azienda autonoma; per l'impresa ente pubblico invece esso ha poteri meno autoritativi: la responsabilità tecnica dell'ente è pur sempre del presidente e del consiglio di amministrazione” (263). Vi è, infine, la terza esperienza: quella dell'impresa ordinaria in partecipazione pubblica. “Il pubblico potere qui non agisce quale soggetto pubblico, al quale la norma attribuisce funzioni e servizi; si pone come soggetto privato, e quindi agisce quale operatore privato, nei limiti della legittimazione specifica che ha per quella materia” (265-266). Pertanto, ci si trova dinanzi a “imprese regolate dalle norme del diritto comune, e quindi distinte da quelle regolate da norme di diritto speciale (come p. es. le imprese organo), esercitate da un imprenditore che è un ente [...] anch'esso di diritto comune [...] nel quale un pubblico potere ha una posizione determinante: il pubblico potere «pubblicizza» queste imprese, non nel senso che ne altera la natura o la struttura, ma in un senso che direbbesi soggettivo, ossia l'impresa è assoggettata a determinante pubblica” (267). La peculiarità, dunque, non è data dalla disciplina dell'impresa o dell'imprenditore (societario, in genere) che la esercita, che rimane quella del diritto privato, bensì dall'inquadramento di entrambi nell'orbita degli enti pubblici di gestione, che fungevano da cerniera fra potere politico e imprese operanti sul mercato. È il “sistema delle partecipazioni statali”, definitivamente consacrato dalla l. 22 dicembre 1956, n. 1589, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali. In particolare, la l. cit. “estese a tutte le partecipazioni in mano allo Stato [...] il modello dell'ente pubblico in funzione di *holding* già sperimentato con l'IRI e con l'ENI, prevedendo che tutte le partecipazioni statali allora esistenti dovevano essere «concentrate» in enti pubblici, aventi funzioni di filtro fra lo Stato-governo e le società in forma privata, denominati enti di gestione”: così, F. MERUSI e D. IARIA, voce *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, 3.

<sup>(50)</sup> “*in toto* certamente pubblici”, sottolinea F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit., 84.

particolare, per dirla con le parole di Berti <sup>(51)</sup> – che, tuttavia, rispondevano all'esigenza di organizzare su base imprenditoriale la gestione di attività e la produzione di beni, con contestuale utilizzo, su larga scala, del diritto privato <sup>(52)</sup>.

Alla medesima esigenza rispondeva, poi, la partecipazione diretta di pubbliche amministrazioni in società per azioni <sup>(53)</sup>, anche se, per diverso tempo, si è trattato di

---

<sup>(51)</sup> Dieci anni prima, lo stesso A. – in G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini XI/XII*, 1982/1983, t. II, 1001 e ss., 1029 – osservava: “La persona giuridica dello Stato genera [...] in continuazione persone giuridiche pubbliche modellate su di essa: l'attribuzione di una pubblicità ad un ente, anche se destinato poi ad operare nel campo della produzione economica o dei servizi, è divenuto il simbolo della necessità di un legame soggettivo con lo Stato”. Punto rimarcato, in tempi recenti, da G. COFRANCESCO e F. BORASI, *Adeguamento marginale e Stato eventuale*, Giappichelli, Torino, 2016, 170, i quali, nell'analizzare le strutture di amministrazione “attiva” succedutesi nel nostro ordinamento dall'Unità d'Italia in avanti, discorrono di “una realtà policromatica dominata dalla colorazione in senso pubblicistico, anche se l'intensità del ruolo e del potere statale assume una gradazione decrescente a seconda del tipo di ente giuridico interessato”. In continuità con quanto segnalato *supra* alla nota 21, curioso è il “paradosso” descritto da G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 121-122, nei seguenti termini: “l'ente pubblico nasce per volontà del legislatore che intende creare una persona giuridica autonoma dall'apparato amministrativo centrale. All'origine dell'ente pubblico autonomo, quindi, vi è la necessità di fare uscire una parte dell'amministrazione statale dagli schemi rigidi del diritto pubblico [...] tuttavia la dottrina, anziché restringere, amplia la categoria delle persone giuridiche sottoposte al diritto pubblico. Così sembra che la interpretazione della dottrina vada proprio in senso opposto alla volontà del legislatore. Il diritto positivo vuole fuggire dal diritto pubblico utilizzando anche gli schemi del diritto privato, mentre la dottrina tenta di porre sulle stesse basi la origine di un nuovo soggetto da inglobare nel diritto pubblico”. Risulta confermato, in tale contesto, che il “comune denominatore” di tutte le teorie sull'ente pubblico è lo Stato, o meglio, il collegamento con esso: “Ciò che muta [...] è “solo” il criterio di collegamento di volta in volta utilizzato da ciascuna dottrina. Così, alcune volte il criterio della pubblicità è rinvenibile nel fine, altre nel controllo, altre ancora nel doppio fine o nel rapporto di servizio” (138). A quest'ultimo, in particolare, cioè al rapporto di servizio, si riconnette il fondamentale concetto di strumentalità, rispetto al quale è d'obbligo il rimando a G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 1 e ss., e a V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Cedam, Padova, 1959, *passim*. Concetto ancora oggi impiegato nella manualistica per catalogare le relazioni intersoggettive tra enti aventi soggettività distinte: si cfr., tra gli altri, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2016, 344 e ss.; E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 105.

<sup>(52)</sup> Si cfr. G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 33, con specifico riferimento al periodo tra Prima e Seconda guerra mondiale. Dovendo affrontare i nuovi compiti, lo Stato del primo dopoguerra fece ricorso solo in parte al diritto amministrativo: si veda, in proposito, G. SALEMI, *Il nuovo diritto pubblico e le sue caratteristiche fondamentali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, II, 37 e ss., 53, ove la constatazione che “lo Stato, anzi che giovare del comando e della coazione, dichiara la sua volontà senza imperativi, applicando i rimedi già in uso fra soggetti privati”. Ma già ad inizio secolo, come ricorda G. MELIS, *Storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, cit., I, 95 e ss., 109, era forte “La polemica contra la burocratizzazione, contro gli eccessi rigoristi della legge di contabilità e contro l'invasione delle ragioniere”: in tale contesto, “Il modello più evocato fu quello dell'impresa privata, il riferimento ricorrente fu il codice del commercio”.

<sup>(53)</sup> Dove il termine “diretta” sta a significare la mancanza dell'interposizione dello schermo degli enti di gestione tra pubblica amministrazione e società. A tal proposito, osserva G.D. SPOTA, *Partecipazioni statali*, in G. GUARINO, *Dizionario amministrativo*, Seconda ed., Giuffrè, Milano, 1983, II, 1201 e ss., 1206: “La caratteristica differenziante delle società a partecipazione statale nei confronti di altre società in mano pubblica – il cui capitale è posseduto da enti pubblici diversi da Enti di Gestione, ad es. enti territoriali [...] – consiste nell'inquadramento in un modello organizzativo verticale, costituito da varie stratificazioni di soggetti”.

una soluzione non largamente diffusa <sup>(54)</sup>. Dominante, infatti, fu la partecipazione indiretta, realizzata cioè mediante “la figura dell’ente autonomo di gestione di partecipazioni nella forma della *holding* pubblica che sarà dallo Stato preferito per circa mezzo secolo quale strumento di intervento nell’economia” <sup>(55)</sup>. Preferito e preferibile – dirà la Relazione La Malfa del 1951, concernente la riorganizzazione delle partecipazioni economiche dello Stato – in quanto “il principio di autonomia istituzionale e funzionale, su cui è basato tutto il sistema I.R.I., ha avuto finora il vantaggio di non mettere lo Stato direttamente a contatto della gestione aziendale vera e propria e di assicurare la soluzione tecnica ed amministrativa dei problemi della gestione aziendale meno gravosa possibile per lo Stato” <sup>(56)</sup>. Era da evitare, infatti, “una pericolosa commistione fra Stato-sovrano e Stato-imprenditore, fonte, secondo gran parte della dottrina, dei difetti funzionali delle imprese pubbliche” <sup>(57)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Si cfr. F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit., 86, il quale osserva che, mentre con l’Istituto per la Ricostruzione Industriale nacque “il modello di gestione che combinava assieme la pubblicità dell’ente con il diritto privato della gestione di un’impresa attraverso la società per azioni”, ben diverso era il modello dell’azionariato diretto da parte di amministrazioni pubbliche “in cui il pubblico usa[va] solo ed esclusivamente uno strumento di diritto privato e che sopravvisse in qualche caso al di fuori del provvedimento di costituzione dell’IRI, ad esempio in alcune società “autarchiche” come l’AGIP, finalizzata a svolgere ricerche petrolifere che i privati non svolgevano a causa dell’aleatorietà dell’investimento”. Proprio l’Agenzia Generale Italiana Petroli, peraltro, tra la fine degli anni Trenta e l’inizio degli anni Quaranta del secolo scorso fu oggetto di un profondo contrasto interpretativo tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione, i cui punti salienti sono oggi ripercorsi da P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2007, 145 e ss., a cui si rinvia anche per i pertinenti riferimenti bibliografici. In ogni caso, tornando alle osservazioni di F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, cit., 84, e con ciò concludendo, questi afferma che la partecipazione diretta in società per azioni “non può [...] essere considerato un modello organizzativo di diritto pubblico, bensì, almeno formalmente, di diritto privato”. Sul punto si avrà modo di tornare nel corso del capitolo successivo.

<sup>(55)</sup> L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell’impresa pubblica: dall’IRI alle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano, 2008, 2.

<sup>(56)</sup> U. LA MALFA, *Relazione conclusiva presentata nel Consiglio dei Ministri del 9 aprile 1951, concernente la riorganizzazione delle partecipazioni economiche dello Stato*, in MINISTERO DELL’INDUSTRIA E DEL COMMERCIO, *L’Istituto per la Ricostruzione Industriale – I.R.I.*, Torino, Utet, 1955, I, 11 e ss., qui 110. I “principi vettoriali” indicati dalla relazione per riordinare le imprese in mano pubblica all’indomani della seconda guerra mondiale, in estrema sintesi, erano due: in primo luogo, “la gestione diretta attraverso il diaframma di un ente pubblico in funzione di *holding*”; in secondo luogo, “la creazione di organi governativi centrali col compito esclusivo di dirigere quasi tutte le imprese in mano operanti nel settore industriale e commerciale” (così F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Ed. definitiva, Giuffrè, Milano, 1965, 16).

<sup>(57)</sup> F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., 30. La necessità di evitare la summenzionata commistione era opinione diffusa anche nell’ambiente politico del tempo. Si veda, ad es., M. FERRARI AGGRADI, *Le partecipazioni statali nella politica di sviluppo*, Ministero delle Partecipazioni Statali, Roma, 1959, I, 27, secondo cui “Non è questo il compito dell’Amministrazione [amministrare direttamente le aziende sottoposte al Ministero delle partecipazioni statali, *n.d.r.*] che, non essendo adatta né preparata all’esercizio di questa funzione, rischierebbe di assumersi responsabilità che non solo non le competono ma che, in ogni caso, assolverebbe con risultati incomparabilmente

In ogni caso, a fronte di uno strumentario tanto ampio, sopravvissuto all'avvento della Costituzione repubblicana ed anzi incrementatosi con essa <sup>(58)</sup>, Berti osserva che “il diritto pubblico dell'economia, che ha in un certo senso rappresentato e razionalizzato la partecipazione dello Stato ai processi economici, fu di per sé allo stesso tempo pronubo e figlio di una contaminazione divenuta necessaria: enti economici, aziende pubbliche, aziende municipalizzate, società a prevalente partecipazione pubblica rappresentano, proprio nel loro progressivo degradare verso l'utilizzo di strutture ricavate dal mondo economico, la dimostrazione più convincente che, trapassando dall'amministrazione di polizia all'amministrazione di economia, la sfera dell'organizzazione pubblica basata su enti speciali non avrebbe potuto più girare su se stessa in completa indipendenza dalle figure del diritto privato e quindi da

---

meno positivi di quelli che possono conseguire organismi specializzati. Non spetta, ad esempio, al Ministero fornire alle aziende assistenza finanziaria e di coordinamento tecnico-economico. Il suo compito essenziale è quello di fissare le linee generali della politica delle partecipazioni, controllandone l'adempimento: la responsabilità delle singole gestioni deve essere lasciata ai competenti organi sociali, sotto la vigilanza degli enti di gestione” (testo del discorso tenuto al Senato della Repubblica il 6 maggio 1959).

<sup>(58)</sup> “[...] Costituzione che, nella parte economica, non è particolarmente innovativa: ed eleva a livello costituzionale schemi di azione che erano stati già conosciuti nell'ultima fase dello Stato liberale e durante il fascismo”: in questi termini, G. CORSO, *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, in M. CAFAGNO e F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 594. Per l'analisi di tale transizione e dei successivi sviluppi si rinvia, nuovamente, ad A. PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, cit., 21 e ss., nonché a: M. CAFAGNO e F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 57 e ss.; O. POLLICINO, *L'economia nella Costituzione: le scelte dell'Assemblea costituente*, e Id., *L'economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, e G.F. FERRARI, *Stato e mercato nell'esperienza italiana: dal 1948 a oggi*, tutti in Id. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 55 e ss.; R. DI RAIMO, *Economia mista e modelli di sviluppo: lo Stato imprenditore nell'opera cinquantenaria del Giudice delle leggi*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, XI e ss.; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Terza ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2017, 139 e ss.; M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, Terza ed., Cedam, Padova, 2013, 237 e ss. Naturalmente, lo studio dei tempi e dei modi dell'intervento pubblico nell'economia corre parallelo a quello della c.d. costituzione economica (in part., degli art. 41 e ss. Cost.), tema su cui la letteratura è assai ampia. Valga perciò il richiamo, in questa sede, al sempre valido volume di S. CASSESE (a cura di), *La Costituzione economica*, Quinta ed., Laterza, Roma-Bari, 2012, *passim*. Tra le opere che di recente si sono occupate *ex professo* del tema, si veda quella del costituzionalista Q. CAMERLENGO, *Costituzione, economia, società*, Cacucci, Bari, 2017, *passim*. In ogni caso, con riguardo alla linea di sviluppo post-costituzionale del fenomeno che qui interessa, rimane valido quanto osservato in termini generali da F.A. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi. Profili generali*, cit., 10: “l'aspetto caratterizzante [...] non è tanto l'innovazione, nel senso dell'individuazione di strumenti nuovi, ma l'istituzionalizzazione di strumenti già conosciuti”.

un'organizzazione, talora parallela e talora intrecciata, in cui pubblico e privato devono necessariamente convivere e rendersi compatibili" (59).

L'esperienza dell'intervento pubblico in ambito economico – “fenomeno che per primo venne bruscamente ad agitare le acque relativamente tranquille della soggettività pubblica” (60) – ha dunque reso evidente, secondo Berti, che quando “si parla di utilizzo di modelli privatistici nell'organizzazione amministrativa si viene collocati quasi automaticamente lungo una linea spezzata fatta di rientranze verso l'uno e verso l'altro dei versanti, non sapendo più alla fine se sia l'organizzazione dell'autorità ad occupare spazi di libertà economica o viceversa” (61). Del resto, proprio l'emersione di dinamiche organizzative diverse da quelle tradizionali aveva portato, già a metà degli anni Settanta, la dottrina più attenta a concludere che “il principio che gli scopi pubblici debbono sempre e necessariamente essere perseguiti con strumenti giuridici, che siano diversi od anzi opposti rispetto a quelli a disposizione dei privati, *non trova più una rispondenza positiva*” e che al principio dell'organizzazione delle amministrazioni secondo il modello della persona Stato si era ormai sostituito il principio positivo dei modelli differenziati (62).

---

(59) G. BERTI, *Introduzione*, cit., 15. Risulta evidente, quindi, la stretta relazione intercorrente tra attività (d'impresa e perciò retta dal diritto privato) e organizzazione (speciale e connotata in senso pubblicistico). Quest'ultima non è insensibile alla prima, anzi: ne subisce in modo significativo l'influsso. Cfr., a tal proposito, B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di “ente pubblico” nell'esperienza italiana*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., 3 e ss., 14: “Il pubblico ha dunque cancellato le matrici forti della sua specialità. L'unità amministrativa si è dissolta coinvolgendo prima il piano dell'attività e subito dopo quello dell'organizzazione”. Anche F.A. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi. Profili generali*, cit., 5, sottolinea che “effettivamente la funzione esercitata influisce sull'assetto organizzativo” ed indica, come evidenze empiriche a supporto di tale affermazione, proprio “le aziende autonome, gli enti pubblici economici, le imprese pubbliche e le società pubbliche”.

(60) L'immagine di deve a P. SALVATORE, *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, cit., 594, il quale aggiunge: “Con l'avvento degli enti pubblici economici e con quelli di gestione in particolare, caratterizzati dallo svolgimento di una attività imprenditoriale, la rottura tra struttura e funzione assunse toni esplosivi tanto che lo studio della organizzazione e quello dell'attività presero strade diverse” (595). Su tali vicende (rottura tra struttura e funzione, enti pubblici e problema dello Stato imprenditore), si veda P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 62 e ss.

(61) G. BERTI, *Introduzione*, cit., 15-16.

(62) G. GUARINO, *L'organizzazione della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1977, 85. Si cfr., in epoca successiva, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, Torino, 1997, 28: “Accolta dal legislatore, nel superamento e nel rovesciamento dell'obsoleta relazione fra strutture e azione, una concezione funzionale dell'amministrazione, anche gli assetti organizzativi, una volta asservibili i moduli privatistici, hanno potuto svincolarsi dalle rigidità autoritative delle tradizionali forme organizzative di diritto pubblico. All'alternatività dei moduli dell'attività ha così potuto giustapporsi una fungibilità di strumenti organizzativi”. Il medesimo A., poi, riporta in nota un

E non è tutto. Dinanzi ai summenzionati interventi di privatizzazione e di esternalizzazione avviati dal legislatore, *in fieri* nel momento stesso in cui Berti scrive, questi aggiunge che “il fenomeno si va enormemente complicando”. Infatti, la “ritirata, almeno apparente, delle figure dello stato sociale, dell’interventismo”, da un lato, e la “ricerca di strumenti adeguati a ricondurre verso la società ciò che in precedenza il potere politico aveva caparbiamente monopolizzato”, dall’altro, contribuiscono “alla nascita e alla crescita di un ordine giuridico organizzativo di non definita e non definibile qualità: quel qualcosa di mezzo tra pubblico e privato, che non è frutto di accoppiamenti o di sintesi, ma espressione di un fenomeno nuovo, contrassegnato dal vicendevole sormontarsi, ripetuto e continuo, di supremazia politica e di libertà economica, che sta dilaniando l’ordinamento che conoscevamo e che prepara probabilmente una stagione giuridica nuova”<sup>(63)</sup>.

In definitiva, con gli importanti avvenimenti che hanno segnato l’inizio degli anni Novanta del XX secolo, pare giungere a compimento quel processo di superamento delle categorie della tradizione, di cui l’azione pubblica nell’economia aveva costituito, per così dire, un primo assaggio<sup>(64)</sup>.

---

interessante passo tratto da V. OTTAVIANO, voce *Ente pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1991, VI, 114, ove si afferma che “Come l’amministrazione può svolgere le sue attività ricorrendo al diritto privato, ugualmente, ove l’ordinamento lo richieda, una parte della sua organizzazione può venire assoggettata al diritto privato. In entrambi ricorre, difatti, il medesimo fenomeno della disciplina privatistica di rapporti o di attività che fanno capo al soggetto pubblico. L’organizzazione presuppone che mezzi umani e materiali vengano destinati secondo un certo disegno al conseguimento di un fine e l’ordinamento può assoggettare i rapporti che a tal uopo si istituiscono, a seconda delle esigenze da soddisfare, tanto ad una disciplina di natura pubblica che ad una avente natura privata”. Possono scorgersi, nelle parole che precedono, le radici del “fenomeno di disarticolazione del potere amministrativo, di marcata insofferenza verso le sue manifestazioni e di preferenza per l’uso di strumenti civilistici nell’attività delle pubbliche amministrazioni e nel loro rapporto con i destinatari”, descritto da G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 35 e ss.

<sup>(63)</sup> G. BERTI, *Introduzione*, cit., 16. Sulla “ritirata” dei pubblici poteri evocata dall’A., si veda l’interessante dialogo a distanza tra M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2000, *passim*, e M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, 169 e ss.

<sup>(64)</sup> “[S]e fino alla fine degli anni Ottanta dello scorso secolo gli apparati amministrativi (unitariamente considerati all’interno della generale categoria dell’ente pubblico) si caratterizzavano per una disciplina di specie che, pur nell’atipicità e nella multiformità dei modelli organizzativi esistenti, era in prevalenza contraddistinta da tratti pubblicistici, gli anni Novanta hanno segnato l’avvio di una fase connotata dalla progressiva, e, si potrebbe dire, quasi inarrestabile, attrazione dei soggetti e degli strumenti d’amministrazione nell’orbita del diritto privato. Ciò è avvenuto attraverso i due concorrenti processi della privatizzazione dei soggetti, ossia della trasformazione di molti enti pubblici in persone giuridiche private, e della privatizzazione dei rapporti, ossia della crescente utilizzazione nell’azione amministrativa di moduli consensuali o comunque mutuati dal diritto privato”: in questi termini, P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell’amministrazione*, cit., 579.

Le parole di Berti – per le cui ampie (e frequenti) citazioni il lettore vorrà scusarci – hanno trovato sviluppo nella riflessione giuridica degli anni successivi, in particolare nell’opera di chi si è soffermato ad analizzare la dialettica tra pubblico e privato all’interno del diritto amministrativo<sup>(65)</sup>, giungendo a dimostrare che essa “da un lato, causa una parziale ‘privatizzazione’ del diritto amministrativo, per effetto della quale importanti elementi dell’organizzazione e dell’attività amministrative sono sottoposte al diritto civile. Dall’altro, innesca un movimento di senso inverso, che si traduce nell’estensione di discipline pubbliche al diritto amministrativo ‘privatizzato’ e, più in generale, a quello ordinato in forme civilistiche”<sup>(66)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> Il riferimento è all’opera di G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*.

<sup>(66)</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., VIII. Tracce dell’impostazione seguita dall’A. si ritrovano in N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato* (1980-1982), ora in Id., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, 3 e ss., il quale già a suo tempo aveva evidenziato l’affermarsi di due processi paralleli che si compenetrano l’un con l’altro all’interno dello Stato, quello della “privatizzazione del diritto pubblico” e quello della “pubblicizzazione del diritto privato”. Pertanto, nella sua opera G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., approfondisce, in primo luogo, la privatizzazione del diritto amministrativo, a cui è dedicato l’intero capitolo secondo (75 e ss.). L’introduzione di istituti civilistici persegue vari obiettivi: dotare l’amministrazione di strumenti più agili; uniformare le regole del settore pubblico e di quello privato; facilitare, attraverso soluzioni di tipo consensuale, la partecipazione a progetti di interesse generale; restituire all’iniziativa privata le originarie forme organizzative e circoscrivere la rilevanza pubblica della relativa attività a profili specifici. In tutti questi casi, il ricorso ad istituti civilistici è il risultato di una scelta consapevole del legislatore o dell’amministrazione per effetto della quale il diritto privato disciplina in via ordinaria determinati profili dell’organizzazione e dell’attività amministrative. L’A., peraltro, non manca di sottolineare che, alle volte, la suddetta scelta risente di “rappresentazioni mitologiche degli istituti civilistici”. Comunque, è interessante notare che già in questa fase è possibile che si verifichi il fenomeno oggetto di approfondimento del capitolo successivo, ossia l’estensione delle discipline pubbliche. Ciò avviene quando, anziché fare ricorso agli istituti privatistici di diritto comune, la normazione amministrativa ricorre – e si tratta della maggior parte dei casi – a discipline speciali (141 e ss.). In tale ipotesi, il diritto privato comune viene modificato secondo due tecniche: la prima sottopone il ricorso alla disciplina civilistica a un vaglio di compatibilità, che ne condiziona l’an e il *quomodo* dell’applicazione; la seconda, invece, consiste nell’esplicita introduzione di una o più disposizioni che si aggiungono o si sostituiscono alla regolamentazione privatistica richiamata. Ebbene, la notevole flessibilità insita nel criterio della compatibilità – osserva l’A. – “si presta a operazioni di sostanziale restaurazione del regime pubblico e di resistenza all’introduzione di quelle regole civilistiche che dovrebbero invece costituire il nuovo ‘statuto’ ordinario di soggetti, attività e rapporti” (143-144). In ogni caso, il cuore dell’opera è rappresentato dal terzo capitolo, dedicato appunto all’estensione delle discipline pubbliche (155 e ss.): “La soggezione dell’organizzazione e dell’attività amministrative al diritto civile determina una reazione inversa dell’ordinamento. Questa si traduce nell’estensione di disciplina pubbliche, elettivamente destinate a regolare il fenomeno amministrativo. Soggetti, attività e rapporti retti dal diritto amministrativo sono sottoposti a prescrizioni speciali che definiscono condizioni del ricorso agli strumenti civilistici, modalità di svolgimento dell’azione, controlli sulla rispondenza all’interesse pubblico”. Qui l’A. – oltre a segnalare che il processo in questione trae origine da precise scelte del legislatore ma coinvolge anche la giurisprudenza, la quale estende regole e garanzie proprie dell’azione amministrativa applicando principi e interpretando le formule indeterminate della normazione – si sofferma sui due diversi itinerari attraverso i quali la pubblicizzazione si realizza. Il primo conduce all’applicazione automatica del

Nell'arco di un decennio, infatti, la dottrina ha registrato dapprima “una serie convergente di tendenze unitariamente qualificabili come fuga dal diritto amministrativo” <sup>(67)</sup>. Poi, a stretto giro, “un ritorno al diritto amministrativo” <sup>(68)</sup> giustificato dalla necessità, avvertita dall'ordinamento, di “tutelare interessi che sarebbero altrimenti compromessi dalla sola applicazione delle regole civilistiche” <sup>(69)</sup>, la cui considerazione “non si traduce soltanto in un limite al ricorso al diritto privato o in una modificazione delle sue regole, ma anche nella sovrapposizione di prescrizioni pubbliche” <sup>(70)</sup>.

Ecco delinearsi, allora, i possibili connotati della nuova stagione giuridica preconizzata da Berti <sup>(71)</sup>: “Privatizzazioni e corrispondenti estensioni delle discipline

---

regime amministrativo, valorizzando, a seconda dei casi, il concetto di funzionalizzazione dell'attività di diritto privato dell'amministrazione; la sostanza pubblica di soggetti pur ordinati secondo forme e strutture tipiche del diritto privato; i caratteri di determinate attività, considerate oggettivamente pubbliche. Il secondo, invece, conduce all'estensione di singole discipline pubbliche in ragione dei diversi interessi tutelati caso per caso, rifuggendo da qualsiasi automatismo che pretenda di riscontrare nella vigenza della singola disciplina i presupposti per l'applicazione indiscriminata del regime amministrativo. L'A. critica il primo indirizzo per sposare invece il secondo (171 e ss.).

<sup>(67)</sup> M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 2, 301 e ss., 303 (facendo riferimento al saggio di S. MARTIN RETORTILLO, *Reflexiones sobre la 'huida' del derecho administrativo*, in *Rev. ad. publ.*, 1996, 140 e ss.). Chiti richiama, a tal proposito, “la tendenza al *downsizing* dello Stato e dei pubblici poteri, il recedere dell'atto amministrativo, la crisi delle forme autoritative di azione, il recedere dell'atto amministrativo e il contestuale diffondersi di modelli contrattuali nell'azione amministrativa, il nuovo modo di configurare i servizi pubblici, i fenomeni di privatizzazione”. Naturale il richiamo a Giannini, che nel suo manuale del 1970 profetizzava un “ritiro” del diritto amministrativo: si cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, I, 57.

<sup>(68)</sup> “O, se si preferisce, una vanificazione della c.d. «fuga nel diritto privato» a seguito della identificazione della «vera natura della cosa»”: in questi termini, e in quelli riportati *supra* nel testo, F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 1, 39 e ss., 45 (testo e nota). Sul criterio della natura delle cose, nozione appartenente tanto al bagaglio dei giuristi quanto a quello dei filosofi del diritto, si veda l'interessante studio di L. PELLICCIOLI, *Natura delle cose e metodo giuridico. Il «diritto naturale» dei giuristi*, Edizioni ETS, Pisa, 2015, *passim* (e, con particolare riferimento al diritto amministrativo, 88 e ss.).

<sup>(69)</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 156. Interessi che, ad avviso dell'A., “riguardano, a seconda dei casi, la comunità nel suo complesso, la funzione affidata al soggetto agente, i suoi interlocutori diretti, i beneficiari dell'azione, i terzi”. Nel ripercorrere le vicende in esame, osserva F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, cit., 554, che “nello stesso periodo in cui si privatizzava, in buona parte si (ri)pubblicizzava. Alla crescita esponenziale, tra i soggetti deputati alla cura di interessi generali, di persone giuridiche dichiaratamente di diritto privato si accompagnava, infatti, la rivisitazione del quadro normativo applicabile in via generale ai soggetti stessi, finalizzata a valorizzare le peculiarità specifiche derivanti dalla natura pubblica degli interessi curati in forme privatistiche”.

<sup>(70)</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 156.

<sup>(71)</sup> Il quale, peraltro, con sorprendente lungimiranza, già allora non sottaceva “l'impressione che vi sia stata una platonica rivincita del diritto privato, dal quale all'origine il diritto pubblico fu fatto derivare, sopra le esasperazioni della pubblicità in senso formale. Dico platonica, perché in realtà vi è stata forse di più la penetrazione dell'autorità e dei suoi modi di apparire nel grande scenario del diritto privato. Una sorta di sottomissione del privato al pubblico”: così, G. BERTI, *Introduzione*, cit., 15.

pubbliche indicano chiaramente come l'identità del diritto amministrativo non possa più tracciarsi lungo le coordinate offerte dalla 'grande dicotomia' pubblico-privato. Da un lato, viene meno la considerazione del diritto amministrativo come 'ramo' del diritto pubblico; dall'altro, ne diventa insoddisfacente anche la rappresentazione per aree, soggette al dominio dell'uno o dell'altro sistema. Regole di integrazione complesse e variabili danno luogo, invece, a continui intrecci e sovrapposizioni di discipline", che a loro volta "conducono alla continua ricostruzione di istituti a geometria variabile" (72).

Certo, la tesi del superamento della grande dicotomia pubblico-privato non gode di consenso unanime (73). Per molti, infatti, rimangono attuali le parole di Salvatore

---

(72) G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 235 e 241. La conclusione raggiunta dall'A. e riportata nel testo è di ordine generale, nel senso che riguarda il diritto amministrativo nel suo complesso, "chiamato – sottolinea Napolitano – a liberarsi della tradizionale logica binaria, se vuole offrire un quadro rispondente alla complessità del reale" (244). Sul tema dell'organizzazione, oggetto specifico delle riflessioni di Berti, si vedano invece le conclusioni dallo stesso formulate: "Quindi l'organizzazione pubblica si decolora, essa perde incisività nei confronti delle attività, non è più protettiva, come una grande madre, di tutte le filiazioni, quali servizi, garanzie, atti della più varia natura e via dicendo. Il linguaggio di oggi mi sta proprio a dire questo, e cioè che l'organizzazione è di per sé cangiante e assai poco risolutiva" (così G. BERTI, *Introduzione*, cit., 18). Sempre sul tema dell'organizzazione si vedano altresì, in tempi recenti, le analisi di C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 115 e ss., e di F.G. SCOCA, *Considerazioni sull'evoluzione della organizzazione amministrativa*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 639 e ss. Efficace, poi, la sintesi di L. TORCHIA, *Studiare il diritto amministrativo oggi*, in ID. (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Il Mulino, Bologna, 2017, 7 e ss., 15: "In materia di organizzazione è [...] particolarmente evidente lo scarto fra la variegata realtà e l'assetto delle nozioni tramandate. I modelli organizzativi sono non solo molteplici, ma anche mutevoli e continuano a modificarsi sotto la pressione di esigenze sempre nuove".

(73) Già M. D'ALBERTI, *Recensione a G. Napolitano, Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 1, 237 e ss., nell'esprimere la propria "preoccupazione sulle prospettive dei rapporti fra diritto pubblico e privato nel diritto amministrativo", ammoniva: "il rischio, da evitare, è che si passi dalla mitologia della dicotomia pubblico-privato alla mitologia del loro intreccio, con equilibri variabili a seconda delle circostanze". All'opposto, per D'Alberti, "è indispensabile individuare criteri per scomporre e ordinare l'intreccio", riflettendo ad esempio su alcuni "principi" – "dalla correttezza alla buona fede alla diligenza" – che "riguardano sia l'attività contrattuale che l'attività provvedimentale della pubblica amministrazione" (239). Ordine di idee, questo, poi ripreso dallo stesso A. in diverse occasioni: M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2010, 67 e ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 4, 1019 e ss.; ID., *Per un diritto comune ai privati e alle pubbliche amministrazioni*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, cit., I, 679 e ss. Il pensiero di D'Alberti è sostanzialmente condiviso da A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., il quale, all'esito del suo studio sull'attività consensuale dei soggetti pubblici, suggerisce "l'opportunità di preservare, anche all'interno dell'ordinamento amministrativo, il senso [...] della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato" (485). Dal canto suo, dopo la monografia del 2003 Napolitano è tornato più volte sul tema. Ad es., in G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nella 'reinvenzione del governo': una indagine comparata*, in G.A. BENACCHIO e M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*,

Pugliatti, secondo cui “Ogni crisi nel campo del diritto riconduce alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e quanto più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione; cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l’esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato. Infatti, negata la distinzione, si risolve il diritto” (74).

---

Atti del IV congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 243 e ss., nell’analizzare le riforme avviate in diversi Paesi all’inizio del XXI secolo come risposta alla crisi del 2008, egli afferma che “le politiche di riforma amministrativa sembrano abbandonare la linea di distinzione tra pubblico e privato” (253); cionondimeno, in sede di conclusioni osserva: “Il fatto che il rapporto tra pubblico e privato non costituisca più il campo di battaglia e di propaganda delle politiche di riforma amministrativa e di reinvenzione del governo non significa che esso abbia perso rilevanza pratica o utilità conoscitiva [...] Il discrimine tra pubblico e privato, dunque, in taluni casi, può servire ancora oggi ad evitare che la ricerca di uno Stato più intelligente degeneri nella pratica di uno Stato che prova a fare il furbo” (262-263). L’osservazione secondo cui la recente crisi finanziaria ed economica avrebbe profondamente revocato in discussione la distinzione tra pubblico e privato si rinviene anche in A. ZOPPINI, *Diritto privato vs Diritto amministrativo (ovvero della ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, 515 e ss.

(74) S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 696-697. Parole, quelle riportate nel testo, la cui attualità è specificamente evidenziata, tra gli altri, da F.F. PAGANO, *L’attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti su “diritto pubblico e diritto privato”*, in *Dir. e soc.*, 2015, 4, 739 e ss., e da A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 486, in nota. Da ultimo, si sono soffermati sulla dicotomia pubblico-privato, sostenendone la perdurante validità (pur con accenti diversi e da differenti angolature), F. LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in G. DE GIORGI CEZZI, G. CORSO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI, F.G. SCOCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, cit., I, 475 e ss.; G. CORSO, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in L. NIVARRA e A. PLAIA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Atti del Seminario in onore di Salvatore Mazzamuto, Palermo, 9 giugno 2017, Giappichelli, Torino, 2018, 45 e ss.; E. SCHMIDT-ABMANN, “*Quod ad statum rei Romanae spectat*”. *Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 625 e ss.; M. CLARICH, *Il rapporto tra Diritto pubblico e Diritto privato*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo*, cit., 47 e ss.; I. PUPOLIZIO, *Pubblico e privato. Teoria e storia di una grande dicotomia*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*. Peculiare la posizione di S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 21 e ss., il quale, pur concordando – se ben si è inteso – con l’opinione che vede la distinzione pubblico-privato in via di progressivo superamento e destinata all’abbandono, non può fare a meno di notare se il legislatore decide ancora di farvi ricorso, l’interprete ha il dovere di cercare un senso da attribuire a tale distinzione. Lo spunto per tale conclusione proviene, nello specifico, dall’art. 1, co. 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241. Osserva a tal proposito l’A.: “La scelta di scindere l’attività delle amministrazioni, secondo la classica logica dicotomica della contrapposizione tra diritto pubblico e privato, riporta all’attenzione dell’interprete quella dimensione bipolare che sembrava ormai superata dalle profonde trasformazioni degli ultimi cinquant’anni” e dalla contestuale “elaborazione di nuovi paradigmi” da parte della dottrina, potenzialmente idonei ad “accantonare il modello classico (e obsoleto) dell’antitesi tra autorità e libertà”. All’esito della sua articolata indagine, Vinti giunge alla conclusione che “Il diritto amministrativo è [...] destinato a essere proiettato ben oltre i confini in cui è sorto per trasformarsi nel diritto comune dei rapporti complessi, intendendosi per tali quei rapporti non limitati dalla dimensione terrestre del mio e del tuo” (195). L’idea di un diritto comune – “al di sopra o al di là di privato e pubblico [...] un diritto che è diritto, e basta” – era in precedenza stata avanzata, ad es., da N. IRTI, *Prefazione*, in V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., IX e ss., secondo cui “Non c’è [...] un’essenza del diritto pubblico o privato; non ci sono istituti ontologicamente propri dell’uno o dell’altro: la volontà politica ha dinanzi a sé interessi, e dunque posizioni di soggetti con riguardo a dati beni, e sceglie, di tempo in tempo e di caso in caso, la tecnica più coerente e adeguata”. Così, secondo Irti, “La neutralità delle tecniche sospinge verso il diritto comune, cioè un diritto da cui la scelta politico-normativa è in grado di attingere per la tutela di qualsiasi

Tuttavia, è proprio tale sottolineatura a permettere la ricongiunzione con il punto di partenza, là dove ci si era proposti di indagare le conseguenze innescate dai processi di privatizzazione e di esternalizzazione, intercorsi nel nostro sistema amministrativo a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso <sup>(75)</sup>.

Ebbene, ciò che quegli eventi (inquadriati nel più ampio contesto che in queste pagine, per sommi capi, si è cercato di delineare) restituiscono è uno scenario in cui tutto è in discussione <sup>(76)</sup>, compresa "l'idea stessa ... che esistano due diritti, l'uno per

---

tipo di interesse. Il diritto comune è, o è destinato ad essere, *diritto dei mezzi*, non *diritto dei fini*; diritto degli strumenti, non degli scopi perseguiti", cosa che, "come è ovvio, trascenderebbe l'antitesi di autorità e libertà" (XI). *Contra* S. GIACCHETTI, *Privatizzazioni: la nuova frontiera dell'interesse pubblico*, cit., 224 e ss., secondo cui, pur essendo vero che "la distinzione tradizionale diritto pubblico-diritto privato diventa irrilevante, irrimediabilmente datata, da rottamare", ciò, tuttavia, "non significa che si stia ricreando un diritto comune a pubblici e privati operatori [...] dal momento che le trasformazioni in corso riguardano solo i soggetti della sfera pubblica e i loro poteri". Secondo l'A., a fronte dell'affermarsi, inesorabile, di una "concezione del diritto pubblico come diritto pubblico dell'economia" (nel cui ambito "la rilevanza pubblica tende a staccarsi dal momento giuridico, al quale finora era strettamente legata, per allocarsi accanto al momento economico", assumendo così una dimensione "tendenzialmente totalizzante"), "la dicotomia va posta tra diritto pubblico alla regolazione del mercato [...] e diritto *del pari pubblico* alla promozione del *welfare*" (242). Per un quadro completo delle variegate posizioni riguardanti la dicotomia pubblico-privato e la sua sorte, si rinvia a M. PROTTO, *Il diritto debole. Dal rapporto all'organizzazione: andata e ritorno*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 93 e ss., in part. 97 e ss.

<sup>(75)</sup> Di recente, ripercorre a ritroso la parabola delle riforme amministrative italiane, iniziata proprio negli anni Novanta del XX secolo, M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 641 e ss. Si veda anche M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 2, 347 e ss. per l'interessante constatazione della diffusione nel nostro ordinamento, a partire da quel decennio, della tecnica della codificazione "a diritto costante". Con riguardo alla legislazione amministrativa, l'A. osserva che "il processo è stato inaugurato dall'art. 20, comma 11, della legge n. 59/1997 e dall'art. 7 della legge n. 50/1999, che hanno disposto l'emanazione di numerosi testi unici misti, è poi proseguito con l'art. 1 della legge n. 229/2003, che ha delegato il Governo a emanare decreti di riassetto normativo in importanti settori di diritto amministrativo, per poi continuare ai giorni nostri", per poi aggiungere: "La logica della codificazione a diritto costante ha prodotto come risultato concreto anzitutto numerosi codici di diritto amministrativo speciale. Essi danno vita a micro-sistemi legislativi (codice dell'ambiente, dei beni culturali, sulle espropriazioni per pubblica utilità, dell'amministrazione digitale, dei contratti pubblici, sulla trasparenza e così via) che si collocano agli antipodi dell'idea regolativa del codice in senso tradizionale. La codificazione a diritto costante partecipa alla stessa logica di frammentazione del sistema che pervade l'ordinamento odierno ed è contestuale al tramonto dell'ordine codicistico classico, laddove sperimentato. Gli attuali codici settoriali [...] rispondono essenzialmente a esigenze pratiche di conoscenza, riordino, semplificazione. Essi si basano su equilibri del tutto provvisori e criteri di settore, che è proprio ciò che la forma idealtipica di codice intendeva combattere. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre d'agevole ricostruzione" (362-363). In sintesi, quella descritta è una produzione normativa che procede "per via di assestamenti successivi, stante l'intrinseca esigenza di frequente aggiornamento" (364).

<sup>(76)</sup> Per la considerazione del diritto amministrativo come oggetto di discussione, già A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 6, pt. V, 168 e ss.

i rapporti tra privati, l'altro per quelli tra amministrazioni pubbliche e privati" (77). Idea "oggi seriamente revocata in dubbio dal processo di compenetrazione tra pubblico e privato" (78), il quale consegna all'interprete un diritto amministrativo "costruito con tanti materiali diversi" e "pieno di ambiguità" (79), in cui ogni "ogni acquisizione è necessariamente provvisoria" (80).

In poche parole, un diritto amministrativo in costante mutazione, in special modo negli ultimi tre decenni, nel corso dei quali è stato oggetto di un moto riformatore

---

(77) G. MELIS, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 161. Di recente, propone una lettura unitaria dell'attuale sistema giuridico, dove non avrebbe più molto senso dividere il diritto civile dal diritto amministrativo, atteso che i confini tra le due discipline vengono continuamente attraversati in senso bidirezionale sia dal legislatore, nazionale e comunitario, sia dalla giurisprudenza, G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2018, *passim*. In tale ambito, di particolare interesse è anche L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018, *passim*, la cui analisi spazia dai principi di buona fede e correttezza a quelli di trasparenza e concorrenza. Quanto al profilo storico della dicotomia pubblico-privato, questo è stato oggetto di approfondimenti, in ultimo, da parte di B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quaderni fiorentini XLV*, 2016, 193 e ss., a cui integralmente si rinvia. Qui vale la pena riportare quanto osservato dall'A. in sede di conclusioni: "Sarà il secondo Ottocento il momento della massima purezza della dicotomia. Il momento della massima compattezza delle due sfere. Il momento della massima nettezza dei confini. Lo Stato è comando, autorità; è unità rigida [...] Al polo opposto, dominano invece incontrastati la signoria della volontà, il diritto soggettivo, il contratto. Purezza, compattezza, semplicità tuttavia durano poco. Incombono le pesanti trasformazioni [...] Per tutto il corso del Novecento [...] la grande dicotomia sarà investita da un pesante fuoco di fila di decostruzione teorica. Crescono a dismisura le zone grigie, le terre di nessuno. Spunta il *tertium genus* del *droit social*. Si avvia la frammentazione disciplinare che rimescola continuamente le carte. Si intrecciano tumultuosamente privatizzazioni del pubblico e pubblicizzazioni del privato. Si fa strada, a innescare nuove trasversalità, una inedita indivisibilità dei diritti. La grande dicotomia, così faticosamente creata, sta diventando ormai un confine di facile trapasso" (208-209). L'importanza della dimensione storica per comprendere la portata della dicotomia pubblico-privato era già sottolineata dallo stesso S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 745. Sulla intrinseca "storicità" della distinzione insiste, tra i civilisti, anche B. TROISI, *Nozioni giuridiche fondamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 19 e ss.

(78) G. MELIS, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 161. Tale compenetrazione, peraltro, secondo G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 241 e ss., determina anche una trasformazione del tradizionale concetto di specialità del diritto amministrativo. Sul tema si veda, da ultimo, A. PAJNO, *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, 129 e ss.

(79) Si tratta, nuovamente, delle espressioni utilizzate da S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, cit., 912. "[G]li istituti del diritto amministrativo costituiscono, allora, una mera formula riassuntiva di frammenti di una disciplina differenziata", le cui 'categorie' si determinano "in relazione a discipline, disaggregabili e scomponibili e con confini mai fissi e netti": così G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 243-244. Recentemente, parla di "un diritto che si costruisce attraverso l'ibridazione degli istituti" A. PAJNO, *Diritto europeo e trasformazioni del diritto amministrativo. Alcune provvisorie osservazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 2, 466 e ss., 469.

(80) M. PROTTO, *Il diritto debole. Dal rapporto all'organizzazione: andata e ritorno*, cit., 102.

perpetuo. La storia recente del diritto amministrativo, infatti, “è soprattutto storia di riforme, anche solo annunciate o appena iniziate”<sup>(81)</sup>.

### **3. Il tortuoso itinerario delle società pubbliche nel diritto amministrativo in mutazione. Considerazioni sull'impostazione dell'indagine**

E le società pubbliche?

Come anticipato nelle battute introduttive di questo capitolo, esse hanno partecipato al processo di “decostruzione” sin qui tratteggiato. Ora si dirà di più. Le società pubbliche hanno preso parte con un ruolo di prim'ordine a detto processo, rappresentandone per certi versi l'emblema, come rilevato dalla più avveduta dottrina: il tema delle società pubbliche non solo “è stato una delle costanti del dibattito giuridico del dopoguerra (oltre che ... del dibattito politico, sindacale, economico, ma anche sociologico e politologico)”, ma ha altresì costituito “il principale punto di contatto tra «pubblico» e «privato», di cui tanto si è scritto”<sup>(82)</sup>.

---

<sup>(81)</sup> Così M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, cit., 364-365, che prosegue: “Appartiene infatti alla fisiologia di un ordinamento giuridico la necessità che le amministrazioni, vuoi nei loro modelli organizzativi, vuoi nell'uso dei loro strumenti di azione, si trasformino con il cambiare dello Stato e della società. Il cammino riformatorio è inteso ad adeguare l'apparato amministrativo e l'azione della pubblica amministrazione alle esigenze della modernità”. In termini analoghi A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 34-35, con l'ulteriore precisazione che “è nell'ultima parte del XX secolo che le riforme amministrative divengono una vera e propria *politica pubblica autonoma* la cui responsabilità è affidata ad un componente del governo, un compito pubblico stabile e continuo che trova posto nell'agenda politica. Prima di tale data le riforme amministrative erano riforme di settore (l'istruzione, la sanità, la casa, le pensioni): dall'ultima parte del XX secolo acquistano invece un carattere sistemico, in quanto rivolte al sistema amministrativo nel suo complesso ed implicanti la necessità di un impegno continuo e non occasionale”. Anche per G. DELLA CANANEA, *Finanza e amministrazione pubblica*, in G. DELLA CANANEA e M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 135 e ss., 151, “Il sistema amministrativo italiano è entrato negli anni novanta del XX secolo in una fase di trasformazione profonda, non ancora conclusa”. Sempre con riguardo alle mutazioni del diritto amministrativo, per uno sguardo aperto all'esperienza di altri Paesi si cfr. B. SORDI, *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 2, 311 e ss., e la letteratura, italiana e straniera, *ivi* citata.

<sup>(82)</sup> G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. impresa*, 1998, 3, 235 e ss., qui 239.

In effetti, senza necessità di volgere lo sguardo troppo indietro nel tempo, è facile accorgersi che tante branche del sapere risultano implicate nello studio delle nostre società. Gli scienziati politici, ad esempio, le studiano come “fatto politico”, cioè come “unità di analisi per lo studio sulla distribuzione del potere attraverso la ricostruzione delle relazioni proprietarie che si stabiliscono tra i soci e nei territori” <sup>(83)</sup>. Gli economisti si interrogano su come le stesse possano contribuire alla creazione di “valore pubblico”, intendendosi come tale il “soddisfacimento equilibrato e contemperativo delle esigenze finali della comunità di riferimento e delle esigenze funzionali dell’ente” <sup>(84)</sup>; o piuttosto su come la natura degli enti pubblici soci – i quali non di rado tendono a muoversi secondo logiche di tornaconto politico-elettorale – possa influire sulla qualità dei bilanci delle società e sulla corretta rappresentazione dei dati economici in essi contenuti <sup>(85)</sup>. Poi, ovviamente, ci sono i giuristi, che nel trattare il tema della società pubbliche adottano i punti di vista più disparati.

In molti focalizzano la propria attenzione sulle società, analizzandole nel prisma di categorie o concetti giuridici di portata più o meno ampia. Vi è così chi propone la chiave di lettura della personalità giuridica <sup>(86)</sup>; chi quella dell’impresa <sup>(87)</sup> e, più in

---

<sup>(83)</sup> Questa la prospettiva dello studio condotto da G. CITRONI, A. LIPPI, S. PROFETI, *Governi privati. Le società partecipate dei comuni strumento e arena del governo locale*, Prefazione di G. Sapelli, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, *passim*, qui 13, per i quali “L’elemento di straordinaria rilevanza empirica di questo universo differenziato di società partecipate, oltre alla loro incredibile diffusione, alla varietà formale e alla fantasia dei campi di applicazione, è che sono divenute un diffuso modo di amministrare o, come si dice ormai nell’uso comune, una modalità condivisa di *governare per aziende*”.

<sup>(84)</sup> Sulla creazione di valore, tema che da sempre attira l’interesse degli studiosi di ogni ramo delle discipline economiche e aziendali, è incentrata l’indagine di A. ZIRUOLO, *Valore pubblico e società partecipate. Tendenze evolutive della performance*, Franco Angeli, Milano, 2016, *passim*, qui 18 (per la definizione di “valore pubblico”).

<sup>(85)</sup> In questo solco si colloca l’analisi empirica di F(rancesco). CAPALBO, *La qualità del bilancio delle società a partecipazione pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2016, *passim*.

<sup>(86)</sup> Su tutti F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*. Ma si veda anche D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata*, cit., 21 e ss., che, nell’esplicitare i “presupposti teorici” della propria indagine, attribuisce un ruolo centrale al concetto di personalità giuridica, manifestando la convinzione che esista “un substrato materiale prenormativo rispetto a quelle entità [...] alle quali, nell’ordinamento generale, può essere conferita la personalità giuridica”; substrato che, secondo l’A., non può essere manipolato *ad libitum*, né dal legislatore né, tantomeno, dalla giurisprudenza.

<sup>(87)</sup> Così, in termini piuttosto ampi, K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell’“impresa”*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*, che intende il concetto di impresa “come modello di comportamento ben più esteso di quello ricavabile dal V libro del codice civile spaziando esso dalla mera erogazione di ricchezza, alla produzione di beni e servizi rispettosa dell’esigenza di remunerazione dell’investimento effettuato, e, infine, ad una produzione preordinata al conseguimento ed all’appropriazione di un profitto speculativo” (IX-X).

particolare, dell'impresa pubblica <sup>(88)</sup>; chi quella del partenariato pubblico-privato <sup>(89)</sup>; chi quella della concorrenza e, in termini più ampi, del rapporto tra Stato e mercato <sup>(90)</sup>.

Altri invece, risalendo dalla società al socio, puntano l'obiettivo sull'utilizzo che le pubbliche amministrazioni fanno del modello societario, nonché sui compiti che la legge impone ad esse nell'esercizio del governo societario <sup>(91)</sup>. Una prospettiva, quella

---

<sup>(88)</sup> Per tale impostazione cfr. A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, *passim*. La coppia impresa pubblica-società pubblica affiora anche in un altro recente studio monografico: quello di A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*, incentrato però sull'analisi dei vincoli, di natura costituzionale e comunitaria, che condizionano l'operato delle imprese pubbliche, con particolare riferimento all'acquisto di beni e servizi e alla realizzazione di lavori da parte delle medesime.

<sup>(89)</sup> È questo il punto di partenza dell'analisi condotta da S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 1 e ss. Sui contorni della formula giuridica "partenariato pubblico-privato" si vedano, *ex multis*, R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Giappichelli, Torino, 2016, 27 e ss.; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 888 e ss.; nonché i contributi raccolti in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*, tra cui quelli di G. Piperata, G. Sciuillo, F. Cortese e M. Dugato, rilevanti per un inquadramento generale del tema. Vale, in ogni caso, quanto recentemente osservato da S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urb. e app.*, 2017, 5, 616 e ss., il quale sottolinea che il PPP, a tutto voler concedere, può essere considerato alla stregua di "un archetipo generale piuttosto lasco, nel quale il legislatore italiano – sulla scorta di indirizzi europei e, prima, di una tendenza generale dei paesi avanzati – ha cercato di riunire fattispecie varie. Si è quindi in presenza di una nozione di tipo reticolare, nel senso che la partnership si avvale di modelli contrattuali diversi, tra i quali, volta a volta, si sceglie quello ritenuto più rispondente al peculiare tipo di rapporto da disciplinare" (617-618).

<sup>(90)</sup> Cfr. I.G. ANTONINI, *La duplice natura della società pubblica: tra garanzia della concorrenza e alternativa all'appalto*, Padova University Press, Padova, 2014, *passim*, che individua nel "principio di concorrenza" la "fondamentale linea di discriminazione" lungo cui riordinare l'universo delle società pubbliche. Si veda, altresì, S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, *passim*.

<sup>(91)</sup> Così R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 11 e ss., che decide di "focalizzare l'attenzione *governance* e, dunque, sul ruolo ed i compiti del socio pubblico". Più di recente, propone l'abbandono della prospettiva della società a favore di quella del socio pubblico G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Jovene, Napoli, 2016, 3 e ss., che osserva: "Nel vastissimo panorama scientifico dedicato all'utilizzo dello strumento societario da parte dei pubblici poteri è possibile rinvenire una significativa costante metodologica, giacché la maggior parte degli studi esistenti, più o meno esplicitamente, ha condiviso la medesima prospettiva d'analisi incentrata sui caratteri della società. Un approccio del genere finisce inevitabilmente per polarizzare l'attenzione sui soli aspetti più visibili di una fattispecie che, rinvenendo la sua radice altrove, è molto più complessa di come possa apparire. Pertanto, non può stupire se le acquisizioni faticosamente raggiunte non siano del tutto appaganti, in quanto la dottrina, tralasciando la prospettiva del socio, ha finito per concentrarsi su vicende che si pongono a valle della scelta operata dai pubblici poteri in ordine all'utilizzazione dello strumento societario ed ha così cercato di spiegare gli effetti di un fenomeno senza indagare sugli elementi che ne costituiscono la causa. Le principali anomalie che si collegano all'utilizzazione dello strumento, prima ancora che prodursi in capo

del socio pubblico, che consente poi di intercettare temi in un certo senso classici del diritto amministrativo, come quello dell'auto-organizzazione amministrativa <sup>(92)</sup>, oppure della capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche <sup>(93)</sup>.

---

alla società, investono i pubblici poteri. In capo agli stessi si realizza, infatti, un evento apparentemente inspiegabile in quanto questi, pur potendo disporre di ogni soluzione organizzativa immaginabile, preferiscono trasfigurare la propria originaria essenza per proiettarsi in un nuovo contesto istituzionale in cui si riducono a semplici soci, tendenzialmente accomunati ai privati". Adopera la lente del governo societario anche la monografia (l'ultima in ordine di tempo ad essere data alle stampe, a quanto consta) di F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*, che affronta il tema della *corporate governance* delle società pubbliche italiane riproponendo, però, la "costante metodologica" sopra denunciata da Caruso, ossia quella di una prospettiva di analisi incentrata sui caratteri della società. Cuccu, infatti, "al fine di individuare eventuali profili della disciplina nei quali si intrecciano problematicamente il piano pubblicistico relativo al socio e quello privatistico riguardante invece società", concentra la propria attenzione "sugli elementi di specialità della disciplina di tali società", da individuarsi "soprattutto (usando generali criteri di classificazione) nel rapporto tra soci e l'organo gestorio, nella peculiarità della funzione di controllo sulla gestione e, infine, nell'attività di "eterodirezione" della società" (129).

<sup>(92)</sup> C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Ristampa, Jovene, Napoli, 2012, *passim*; G. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, *passim*. Come già si può intuire dai titoli, la prospettiva dell'(auto)organizzazione assume particolare rilievo se rapportata ad un certo "tipo" di società pubblica, quella *in house providing*. Ma non solo: cfr., ad es., A. LOLLI, *Le società a partecipazione pubblica come possibile elemento dell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 1994, 1, 105 e ss. Ad ogni modo, da un punto di vista generale (e dunque non solo da quello che guarda alle società pubbliche), l'interesse per la dimensione organizzativa della sfera pubblica rappresenta una "costante" della dottrina amministrativistica italiana, "storicamente attenta, più di quanto accada in altre culture vicine, ai temi organizzativi": lo ricorda A. PIOGGIA, *L'amministrazione in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 137, in un interessante scritto dedicato, nello specifico, ai servizi pubblici. Settore, quello dei servizi pubblici, anch'esso profondamente avvinto alla "variabile organizzativa", come recentemente messo in luce da A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

<sup>(93)</sup> S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione pubblica comunale. Ammissibilità e ambiti*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*. Qui la "particolarità" dell'indagine sulle società pubbliche (in tal caso a partecipazione mista, con la componente pubblica rappresentata dall'istituzione comunale) risiede "nella prospettiva dalla quale l'argomento viene osservato: la vicenda della partecipazione a società sarà ripercorsa considerandola nella sua essenza più elementare, ossia come una delle possibili espressioni del potere negoziale dell'ente pubblico" (2). L'interrogativo di partenza, dunque, è il seguente: "qual è il rapporto tra Comune e contratto di società?" (16). Per rispondere, osserva l'A., c'è un "nodo" da sciogliere: "il nodo che occorre sciogliere per intendere correttamente il rapporto tra ente locale e società mista consiste nell'alternativa tra, da un lato, il riconoscimento di un principio, immanente al sistema, in base al quale affermare, anche in capo agli enti pubblici (e dunque agli enti locali), una piena capacità di diritto privato (e, con essa, tra l'altro, la possibilità di stipulare un contratto di società) e, dall'altro e all'opposto, la convinzione che la partecipazione in società debba essere consentita solo in virtù di una specifica previsione di legge in tal senso (e, dunque, legittimante). Questa tematica incontra, necessariamente, quella, attigua, della valenza, speciale o meno, del principio di legalità con riferimento all'attività di diritto privato degli enti pubblici". In quest'ottica, allora, diviene necessario "indugiare [...] su un'analisi più ampia, che verta prevalentemente sui principi del sistema, esaminando la complessa relazione intercorrente tra enti pubblici e diritti, obblighi e facoltà ascrivibili al diritto civile. In fondo, la partecipazione in società non è che una delle manifestazioni della capacità di diritto privato dell'ente locale astrattamente configurabile". Questi, dunque, "i riferimenti concettuali che definiscono l'ambito dell'indagine" di Valaguzza: "la capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche,

Non meno significativa infine, è la visuale che tiene insieme ente pubblico partecipante e società partecipata sotto il cappello della efficiente gestione delle risorse pubbliche, delle quali fanno entrambi uso <sup>(94)</sup>. Un approccio, quest'ultimo, che in tempi recenti ha trovato conforto a livello legislativo e, soprattutto, costituzionale, con l'affermazione all'art. 97 Cost. del principio secondo cui "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico" <sup>(95)</sup>.

Tanti, dunque, sono i modi di studiare le società pubbliche nel campo del diritto. Ora tocca a noi, in chiusura di paragrafo (e di capitolo), esplicitare lungo quale direttrice sarà condotta la presente indagine. Nel fare ciò, torna utile richiamare il punto da cui siamo partiti, ovvero sia un (appena abbozzato) tentativo di fornire una definizione lessicale del sintagma "società pubbliche".

A tal proposito, in tempi recenti vi è chi ha affermato che "Le vicende della società pubblica sono quelle di un tortuoso itinerario nell'esperienza giuridica da sintagma misconosciuto a figura plurale, a sua volta scandito nell'ultimo quarto del secolo scorso dalle oscillazioni tra opposte polarità" <sup>(96)</sup>. L'estraneità al lessico

---

in generale, e dell'ente locale, in particolare; *il Comune*, inteso come persona giuridica di diritto pubblico e i vincoli su di esso derivanti in virtù del diritto pubblico e il *riflesso di questi ultimi sul contratto di società mista*" (46 e ss.).

<sup>(94)</sup> Approccio – almeno in origine – proprio non di una particolare corrente dottrinale, quanto della Corte dei conti, da sempre sensibile ad argomenti quali il "contenimento dei costi di funzionamento delle società partecipate dagli enti locali" (cfr. Corte conti, sez. reg. controllo Regione Liguria, delibera 25 ottobre 2016, n. 90, in *dirittodeiservizipubblici.it*) e "l'osservanza dei principi della sana gestione finanziaria e, primo tra tutti, quello di assicurare, attraverso la governance, l'equilibrio economico-finanziario dell'organismo partecipato" (cfr. Corte conti, sez. reg. controllo Regione Veneto, 20 febbraio 2017, n. 111, in *dirittodeiservizipubblici.it*). La magistratura contabile, in sostanza, guarda le società partecipate per l'impatto che le stesse hanno sui bilanci degli enti partecipanti. E ciò non solo "al fine di dare evidenza di un fenomeno, diffuso a livello nazionale, che genera ingenti costi a carico della finanza territoriale, anche sotto il profilo dell'inefficienza gestionale generata dalla proliferazione delle strutture organizzative nei settori vitali dei servizi di interesse generale" (cfr. Corte conti, sez. autonomie, delibera 21 dicembre 2018, n. 23, recante la relazione per l'anno 2018 su *Organismi partecipati dagli enti territoriale*, in *corteconti.it*); ma anche con l'obiettivo di espandere i confini della propria giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa, che come noto tende sempre più a radicarsi, nella lettura che ne dà la stessa Corte dei conti, "nel mero utilizzo, da parte degli agenti pubblici, di risorse, economiche e patrimoniali, pubbliche": così G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 262 e ss.

<sup>(95)</sup> Principio ripreso e valorizzato, ai fini dello studio delle società pubbliche, dal più recente Goisis: cfr. F. 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 *Dir. econ.*, 2013, 1, 47 e ss., in part. 67 e ss.; nonché Id., *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, 1, 1 e ss.

<sup>(96)</sup> A. MASSERA, *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 31.

giuridico italiano <sup>(97)</sup> si spiega con un'originaria difficoltà ad accogliere il sintagma "società pubblica" sul piano concettuale: "ciò che sembrava impossibile – a fronte del tentativo di introduzione nel linguaggio giuridico di una formula semantica avente la valenza retorica propria dell'uso di una sorta di ossimoro – era l'abbinamento proprio tra *quel* sostantivo – espressione principale di un assetto di interessi produttivi e finanziari che aveva ormai assunto le forme proprie dell'economia capitalistica e che aveva già vissuto le sue esperienze di globalizzazione – e *quell'*aggettivo, che rimandava naturalmente e senza mediazioni all'idea di autorità dello Stato come titolare e custode dell'interesse generale, e semmai al principio di sovranità territoriale" <sup>(98)</sup>. A dominare la scena, insomma, è stata per lungo tempo l'idea dell'esistenza di un "contrasto ontologico" tra Stato e società per azioni; idea a tal punto radicata da spingere il legislatore italiano, come si è visto nel paragrafo precedente, ad adottare (e poi a tenere ferma per lungo tempo) l'originale soluzione dell'ente pubblico di gestione pur di non immischiare il primo nella gestione delle seconde <sup>(99)</sup>.

---

<sup>(97)</sup> Costatazione non certo nuova per il lettore: *supra*, nota 3.

<sup>(98)</sup> A. MASSERA, *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, cit., 31-32. A testimonianza del riferito carattere ossimorico del sintagma "società pubblica", nelle note viene richiamato il celebre studio di A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1942, *passim*, il quale, osserva Massera, "avventurato[si] sulla strada segnata dall'impiego di quella locuzione", dovette impegnarsi nel "circoscrivere attentamente le fattispecie con essa qualificate". Più nello specifico, Arena enucleò la categoria delle società commerciali pubbliche, riferendosi con tale espressione a "quegli enti [...] che pur essendo pubblici sono [...] società commerciali" (15), cioè ad enti che, in quanto suscettibili della doppia qualificazione ente pubblico-società commerciale, risultavano sottoposti alla contemporanea applicazione delle discipline generali e astratte richiamate da tali qualifiche. Da queste società, nei cui statuti erano dunque rinvenibili sia i caratteri essenziali dell'ente pubblico sia quelli della società anonima, andavano invece tenute distinte le c.d. società anonime in mano pubblica, nei cui statuti erano presenti – sempre secondo l'A. – soltanto i caratteri essenziali della società anonima e non anche quelli dell'ente pubblico. Non meno problematiche sono altre espressioni di uso comune, come "società a partecipazione pubblica" e "società in mano pubblica", che "costituiscono ricorrenti formule verbali, genericamente riassuntive del complesso dei problemi legati alla difficoltà di conciliare uno strumento tipicamente privatistico, concepito e disciplinato in funzione dei caratteri e delle esigenze della iniziativa economica dei privati, con la posizione e la vocazione particolari della iniziativa economica pubblica": così M.T. CIRENEI, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Utet, Torino, 1992, VIII, 4.

<sup>(99)</sup> Cfr., per il rilievo del suddetto contrasto, N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, 3, 465 e ss., in part. 467-468. Pertanto, "lo Stato non entra nel capitale delle imprese, non si fa azionista, ma adotta la cerniera, la *mediazione tecnica dell'ente pubblico*. Quest'ultimo è azionista, e gestisce le partecipazioni nella forma di holding pubblica. Tra Stato e società operative, o società finanziarie di settore, si colloca l'anello intermedio dell'ente pubblico".

Cionondimeno, “la potenza e la durezza dei fatti, in quanto manifestazioni della dinamica economico-sociale, hanno prevalso sulla durezza e sulla impermeabilità degli schemi concettuali, a conferma della intrinseca giuridicità dei fatti stessi” <sup>(100)</sup>. Ed è proprio dai fatti che vorremmo partire, non da opzioni di teoria generale da cui dedurre una conclusione sulle nostre società.

Si prenda, ad esempio, l'impostazione incentrata sulla società pubblica intesa come persona giuridica. Come è stato acutamente osservato <sup>(101)</sup>, “quando si affronta il tema della persona giuridica, l'interprete è chiamato a scelte di campo” tutt'altro che banali. “Anche nelle analisi teoriche e nella disciplina delle società pubbliche e così pure negli arresti giurisprudenziali – seppure con diverso grado di consapevolezza – si riflettono sovente le opzioni di teoria generale in materia di persona giuridica. Ciò è, d'altra parte, inevitabile, atteso che le risposte ai quesiti che si agitano dietro questo «simbolo incompleto» del ragionamento giuridico incidono in maniera determinante sia le prospettive di teoria generale, sia le inclinazioni ideologiche dell'interprete. Basti pensare alla teoria della realtà e alla teoria della finzione della persona giuridica, che nella prospettiva storica hanno assunto ruoli e servito e selezionato interessi diversi, tra i molti che gravitano attorno all'organizzazione metaindividuale”. E l'osservazione può essere validamente replicata con riguardo a quella *species* del *genus* persone giuridiche rappresentata dalla società: “parimenti funzionali e orientati a sorreggere e argomentare interessi contrapposti sono le letture del fenomeno societario che si riflettono nelle note formule del contrattualismo e dell'istituzionalismo”.

Oppure si consideri, ancora, la prospettiva della concorrenza. Qui è stato notato che “sulla stessa impostazione del problema così posto refluiscono gli effetti di concezioni generali in ordine all'interpretazione dell'interesse pubblico ed al suo rapporto con il mercato: la prospettiva è, infatti, destinata a modificarsi se si muova da postulati di rigida incompatibilità tra Stato e mercato; o che qualifichino, *omisso medio*, la tutela della concorrenza in termini di “interesse pubblico generale”; o,

---

<sup>(100)</sup> Così, nuovamente, A. MASSERA, *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, cit., 32.

<sup>(101)</sup> Da A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una public corporate governance?*, in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, cit., 199 e ss., da cui sono tratti i passi citati di seguito nel testo.

viceversa, da posizioni teoriche inclini a riconoscere spazi di operatività per strumenti giuridici idonei a coniugare “imperativi” economici ed “interessi pubblici””<sup>(102)</sup>.

Da queste pur fugaci esemplificazioni ci sembra chiaro che un metodo deduttivo, oltre a richiedere un enorme sforzo di ricostruzione<sup>(103)</sup> delle premesse di volta in volta selezionate – la persona giuridica, la società, la concorrenza, etc. –, non può condurre lontano. Non va dimenticato, infatti, il contesto in cui ci muoviamo e al cui tratteggio abbiamo dedicato questo primo capitolo. Un contesto di profonda crisi “che presenta come generale denominatore comune una decostruzione, una destrutturazione dei modelli, degli ordini e degli assiomi che avevano contrassegnato i grandi modelli della modernità, accompagnate da eclettismo, ibridazione e contaminazione tra esperienze e logiche diverse”<sup>(104)</sup>.

Un contesto dominato dal “paradigma postmoderno”, che “trasportato in ambito giuridico ... comporta la negazione di un’obiettiva verità (o legge) e un’ambivalenza valoriale”<sup>(105)</sup>. Ha preso definitivamente piede, cioè, un fenomeno di “nichilismo giuridico” da più parti denunciato<sup>(106)</sup>, dal quale discendono implicazioni pratiche di

---

<sup>(102)</sup> Così A. ANGIULI, *Le società in mano pubblica come organizzazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, I, 157 e ss., qui 158-159.

<sup>(103)</sup> Su questo punto, la mente corre al monito di S. VALENTINI, *Divagazioni sul metodo*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 331 e ss., che si rincesce della consuetudine di far precedere gli studi monografici da diffuse ricostruzioni del pensiero degli autori nella materia in questione, che finiscono per stremare il ricercatore il quale non riesce a far altro che aggiungere “una pietruzza ad una montagna” (133).

<sup>(104)</sup> R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 11, che poco più avanti afferma: “viviamo, dunque, in un momento di trasformazioni profonde. Stiamo camminando in una terra di mezzo che non è più il «prima», ma che, però, non è ancora il «dopo». Un luogo nel quale molto dell’antico apparato – le istituzioni pubbliche, le formazioni sociali, gli strumenti e gli istituti giuridici del passato – rimane, ma assume significati e ruoli diversi, subisce un’anamorfose di cui non sono sempre chiari la portata e i contorni (17).

<sup>(105)</sup> M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, cit., 212, che aggiunge: “Sotto questo profilo si può dire che il diritto amministrativo sia *costitutivamente* postmoderno: è intrinseca alla struttura del diritto amministrativo una duplicità di punti di vista ordinanti, che impediscono qualsiasi acquietamento su un fondamento ultimo ed esclusivo con una pretesa di assolutezza. Questi due punti di vista sono, da un lato, l’idea dell’interesse pubblico come dimensione qualitativamente superiore agli interessi dei singoli e, dall’altro, l’idea che lo Stato di diritto imponga la garanzia degli interessi dei singoli, anche di fronte all’interesse pubblico. Entrambe le prospettive aspirano a governare la logica del diritto amministrativo e in ogni epoca del diritto amministrativo si presenta in qualche forma una tensione irrisolta tra le ragioni dell’interesse pubblico e le ragioni dei singoli”.

<sup>(106)</sup> In particolare da N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 5 e ss., secondo cui “Tutto ciò che garantiva unità e verità al diritto è ormai tramontato [...] I giuristi professavano credenza nello spirito del popolo o nella razionalità dei codici o nella sovranità degli Stati. La loro fede esprimeva la volontà di un significato complessivo, capace di spiegare e superare gli innumerevoli scopi, perseguiti dalle singole norme [...] Ora non restano che incessante produzione e consumo di norme. Le quali perseguono bensì singoli scopi, ed hanno ciascuna (e non potrebbero non avere)

non poco momento, che potremmo sintetizzare nei seguenti termini: ineluttabile superamento di un'idea a-temporale di metodo giuridico, in primo luogo; in secondo luogo e conseguentemente, necessità di una intima vicinanza all'oggetto come abbrivio di qualsiasi percorso di ricerca.

Per spiegarci meglio, ricorriamo direttamente alle parole di Natalino Irti: “L'accettazione del fortuito e dell'occasionale è la sola risposta dinanzi al tramonto di antiche o false unità. Bisogna lasciarsi vivere dalla contingenza. Qui si svela la fragilità di ogni concezione, che s'illuda di trarre il metodo fuori dalla temporalità e di erigerlo a garante di una confortevole durata. Ma il metodo non può dar forma a ciò che forma non ha, non può restituire unità all'indefinita casualità degli scopi. E, quando questo accada (e bene spesso accade nei nostri studi), allora il metodo, in luogo di agevolare il nostro capire, lo inganna e distoglie. Non è via, ma sviamento, poiché sovrappone alle cose di oggi la veste di ieri, e perciò le occulta allo sguardo. Una sorta di consolatoria ingenuità ci spinge a chiedere al metodo quell'unità che il mondo degli uomini si rifiuta di esprimere”<sup>(107)</sup>.

Ciò implica, concretamente, “riuscire ad andare oltre le coordinate ricevute dalla tradizione, elaborando dei salti di paradigma che consentano di «vedere» con occhi diversi realtà diverse”<sup>(108)</sup>. Nel frangente storico che ci troviamo a vivere “tutto ... è in movimento, dunque tutto è possibile. Si chiude – questo è certo – il tempo della

---

specifici sensi, ma rifiutano l'appello all'unità. Non c'è un 'dove', a cui si diriga la macchina produttrice di norme: basta che essa funzioni, e soddisfi il fabbisogno della più imprevedibile casualità. Insomma, un diritto senza destinazione: che va e va, ma non sa 'perché' e 'verso dove' muova [...] Qui non è luogo per stati d'animo, pessimismo o ottimismo, nostalgie o profezie, ma soltanto per il nostro dovere di capire. Se ciò che si è provato a descrivere merita nome di nichilismo, non avremo paura della parola”<sup>(8)</sup>.

<sup>(107)</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 8-9. Ma già in precedenza, nelle battute di avvio del proprio saggio, egli osserva: “Il metodo giunge dal passato, ci precede, costruito dalla tradizione e dall'autorità delle scuole, e noi, dinanzi a qualsiasi norma, lo prendiamo ed applichiamo: e qualsiasi norma, sottoposta al trattamento del metodo, si purifica ed entra nella dignità logica del diritto. Come un detersivo chimico, che lavi tutte le macchie, il metodo sarebbe capace di pulire le norme, di renderle nette e decorose, e infine di raccoglierle in qualche superiore unità. Ma l'illusione non dura a lungo. Ben presto ci accorgiamo che l'a-temporalità del metodo genera in noi disagio e malessere, che i contenuti normativi non si lasciano manipolare, che deroghe eccezioni rettifiche devastano i vecchi concetti. Ne nasce un sentimento di fredda delusione. La tecnica del sapere giuridico viene in contraddizione con il proprio scopo, cioè non serve al nostro sapere. Allora il metodo diventa il problema del metodo” (6). E poi: “Il metodo [...] esprime l'estremo sforzo di salvare, sotto veste di neutrale tecnicismo, un mondo ormai perduto. Esso ne viene come distaccato, de-storicizzato, e sospinto a vivere oltre il declino. Il mondo non c'è più; ma resta il metodo, e il giurista può così attingervi ancora il proprio valore e la dignità scientifica della propria fatica. Egli, in certo senso, vuole quel metodo perché, perché non è più in grado di volere quel mondo” (7).

<sup>(108)</sup> Così, di nuovo, R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 17-18.

prudente gestione dell'eredità dei maestri, dell'approfondimento del già noto, dello studio incanalato ordinatamente su percorsi canonici, delle certezze concettuali e di metodo. Si apre di nuovo ... l'epoca contraddittoria della ricerca: della riflessione sulla realtà in trasformazione, dell'interpretazione, della conoscenza, dell'ignoto" (109).

Ci sentiamo perciò confermati nella decisione di non ricorrere ad uno specifico prisma concettuale, dogma, principio o istituto giuridico da elevare a premessa maggiore di un discorso sulle società pubbliche.

Ma allora quale può essere, in positivo, il "metodo" da seguire un'indagine come quella che ci accingiamo a compiere? Anche rispetto a questa seconda implicazione pratica, conviene far parlare Irti.

Il Maestro così ammonisce al riguardo: "noi giuristi non siamo innanzi a questo mondo, ma *dentro* questo mondo; e non possiamo trattarlo e manipolarlo con il metodo di ieri, cioè aprendoci la via mediante gli attrezzi di un mondo che non c'è più. Non possiamo ridurre il diritto a un semplice oggetto, e usarlo con vecchi strumenti, che sarebbero capaci (come? perché?) di restituirlo ad unità e di farcene una tutela protettiva. Il metodo può solo nascere dall'intima *vicinanza all'oggetto*, dal renderlo interno alla nostra stessa temporalità. Non più trattare diritto nuovo con pensiero un pensiero antico, ma un pensiero nuovo, che tutto dentro la situazione storica ... L'immagine della scienza giuridica come di una 'sopra-elevazione', indifferente al terreno sottostante, non appaga più: può forse consolarci, ma non ci aiuta a capire né noi stessi né le cose che accadono intorno a noi" (110).

Ciò di cui abbiamo bisogno, quindi, è un metodo interno all'oggetto, aderente il più possibile ad esso. "La nuda accettazione delle cose, del loro accadere e della loro diveniente casualità, ci pone al riparo, cura i rimpianti, esonera dalle profezie: e, perciò, ci fornisce il metodo più efficace, lo sguardo più penetrante e pieghevole, la totale disponibilità nei confronti del testo normativo ... L'oggetto non viene trattato e

---

(109) G. MELIS, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 167.

(110) N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 11 e ss., che prosegue: "Lasciarsi vivere dalla contingenza – dicevo poco sopra –: che è scendere nel terreno sottostante, farsi vicini e solidali con l'oggetto, anzi dissolverlo come oggetto in una coscienza comune al soggetto e all'oggetto. Soltanto da questa coscienza può sorgere il metodo dei nostri studi, e non dall'utensileria ereditaria, che inganna e nasconde le cose" (12). Pertanto, conscio del fatto che "Nessuna dottrina del metodo può restituirci ciò che è tramontato", l'A. aggiunge: "Soltanto così eviteremo che il problema del metodo si converta sempre in problema del metodo, e riveli il disagio o l'insoddisfazione di chi applica il pensiero di un mondo perduto, e sa che quel mondo è perduto" (14).

manipolato in base ad un metodo, che stia prima e fuori di esso, ma piuttosto determina il metodo della sua propria indagine”<sup>(111)</sup>.

Detto altrimenti, un metodo imposto dall’oggetto, dotato di quella “onesta scioltezza, che deriva dall’accettazione della realtà, dal suo accoglimento dentro la stessa immagine della scienza giuridica”<sup>(112)</sup>.

Ebbene, già altri studiosi delle società pubbliche hanno aderito – o almeno così ci pare di poter affermare – ad una impostazione di tal fatta, sostenendo la necessità di muoversi entro gli argini di un percorso induttivo<sup>(113)</sup>; oppure proponendo un approccio gradualista, volto cioè “ad individuare gli elementi essenziali delle nozioni e le diverse gradazioni nelle quali i profili essenziali ... si compongono nelle singole fattispecie”<sup>(114)</sup>. In ogni caso, tra questi studiosi è forte la convinzione per cui l’attuale

---

<sup>(111)</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 14.

<sup>(112)</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 14.

<sup>(113)</sup> Così M. CAMMELLI e M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in M. CAMMELLI e M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 1 e ss. Ad avviso dei due studiosi, “il percorso induttivo consente di fare riferimento ai risultati del dibattito, prescindendo dall’ennesima ricostruzione sistematica e dando invece rilievo tanto all’analisi degli interventi normativi che negli ultimi anni hanno inciso in modo significativo sul quadro dei principi di riferimento, quanto sulla prassi amministrativa nell’uso delle società per azioni” (3-4). Fermamente convinto della bontà di tale metodo, Dugato in particolare ne ha successivamente riproposto l’adozione: cfr., ad es., M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *L’Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, cit., 245 e ss. Dichiaratamente fondata su un metodo induttivo è anche l’analisi A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, cit., 372. La necessità di adottare un simile metodo per lo studio di temi che ruotano intorno alla disciplina giuridica delle attività economiche (tale è, a tutti gli effetti, quello delle nostre società), viene altresì richiamata da S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell’economia*, cit., 35 e ss. Da un punto di vista di teoria generale, invece, per la constatazione del venir meno della “esaustività” del metodo deduttivo si veda A. ABIGNENTE, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, cit., 10.

<sup>(114)</sup> G. ROSSI, *Il diritto delle associazioni fra “privato” e “pubblico”*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, cit., II, 1793 e ss., qui 1796. Ma quella sul metodo è una sottolineatura costante nelle opere dell’A., fin dagli anni Novanta del secolo scorso, quando rimarcava l’importanza, per il giurista, di un atteggiamento connotato dalla “assenza di rigidi schemi preordinati a imbrigliare le novità in categorie ormai superate” e, viceversa, fosse orientato alla “adozione di criteri [...] tendenti a separare per ciascun problema, la parte certa da quella opinabile o confusa o oggettivamente indeterminata”; cosa, questa, che consentiva già allora “di non tenere in vita false categorie, ma anche di non rinunciare a cercarle”: cfr. ID., *Pubblico e privato nell’economia di fine secolo*, cit., 252. Nel mezzo si veda anche ID., *Pubblico e privato nello squilibrio fra economia e istituzioni*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, cit., 145 e ss., 153: “il metodo da utilizzare, per dipanare la matassa aggrovigliata di un ordinamento in divenire, è in realtà quello comune a tutte le scienze che consiste nello scomporre i sistemi complessi cogliendo ciò che collega le varie parti secondo il criterio del fine che le unisce, per risalire poi dal più semplice al più articolato”. Particolarmente caro a Giampaolo Rossi è, infine, “l’esempio della pozzanghera, un misto di terra ed acqua [...] che, nelle diverse gradazioni, si mischiano fra loro fino ad essere terra un po’ bagnata e acqua un po’ sporca di terra. In mezzo vi sono tutte le fattispecie miste che non costituiscono però un *tertium genus* [...] ma hanno elementi dell’una e dell’altra disciplina”: in questi termini ID., *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in S. FORTUNATO e F.

contesto di destrutturazione “non consenta più alcun ragionamento dogmatico complessivo e renda del tutto improprio un approccio sistematico inteso in senso tradizionale” <sup>(115)</sup>.

Forti di queste convinzioni, giunge per noi il momento di ripercorrere i principali passaggi del “tortuoso itinerario” delle società pubbliche, oggetto del presente studio.

---

VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Convegno in ricordo di Luca Buttaro, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 31 e ss., 38. Per una più ampia riflessione sulle “pozzanghere giuridiche”, si rinvia a ID., *Le fattispecie miste pubblico-private: chiavi di lettura e questioni di metodo*, in *ridiam.it*, 23 giugno 2016. Conclusivamente, a riprova della pertinenza e della attualità delle riflessioni dell’A., può essere utile ricordare che la “gradualità” figura a pieno titolo fra i “contrassegni” della postmodernità giuridica: cfr. R.E. KOSTORIS, *Presentazione*, cit., 18.

<sup>(115)</sup> Sono queste parole di M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, cit., 247. In senso analogo G. ROSSI, *Il diritto delle associazioni fra “privato” e “pubblico”*, cit., 1796, secondo cui “Non è questo il periodo storico nel quale si possono fare nuove sistematiche in tutto definite”.

## Capitolo Secondo

### **Il tortuoso itinerario delle società pubbliche. Dalle origini alle soglie della codificazione del nuovo Millennio**

SOMMARIO: 1. Le origini. Il dilemma della “anonima di Stato” e la scelta di campo operata dal legislatore con il Codice civile del 1942. Gli sviluppi dei decenni successivi e i primi tentativi di sistematizzazione – 2. Gli anni Novanta del XX secolo. La “fase istituzionale nuova” caratterizzata da una spiccata tendenza all’utilizzo dello strumento societario. I fattori scatenanti – 3. La prosecuzione del dibattito sulle società pubbliche in parallelo con “il problema dell’ente pubblico” – 3.1 [segue] L’influsso del diritto dell’Unione europea e la stagione della “non qualificazione” – 4. La stagione della “contaminazione pubblicistica” del regime delle società pubbliche. Il punto di rottura nell’approccio del legislatore nazionale: dal favore al disfavore – 4.1 [segue] L’emblematico caso delle società pubbliche per la gestione dei servizi pubblici locali. L’onda privatizzatrice e la risacca pubblicistica – 5. Brevi considerazioni di sintesi. Le società pubbliche e la persistente attualità della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato

#### **1. Le origini. Il dilemma dell’“anonima di Stato” e la scelta di campo operata dal legislatore con il Codice civile del 1942. Gli sviluppi dei decenni successivi e i primi tentativi di sistematizzazione**

Il primo e fondamentale passo indietro è stato, in realtà, già compiuto. Il fenomeno dell’utilizzo dello schema societario da parte di soggetti pubblici, infatti, è storicamente collocabile nel più ampio contesto sopra descritto in cui, come abbiamo visto, la pressante richiesta di intervento pubblico nella sfera dei rapporti sociali ed economici ha comportato un ampliamento delle funzioni dello Stato e dei suoi apparati, da un parte <sup>(116)</sup>; e una “fuga dallo Stato” che ha avuto la sua massima espressione nella creazione di numerosi enti pubblici, economici e non, dall’altra <sup>(117)</sup>. L’intervento pubblico nell’economia, poi, ha in breve tempo assunto i contorni di un

---

<sup>(116)</sup> B. TROISI, *Nozioni giuridiche fondamentali*, cit., 21-22.

<sup>(117)</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 109.

fenomeno istituzionalizzato <sup>(118)</sup>, nel senso che ad esso presiedevano stabilmente apposite strutture, ossia i già citati enti pubblici di gestione di partecipazioni azionarie – enti cioè che, in qualità di soci di maggioranza, gestivano società per azioni di diritto comune: su tutti, l’IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale), l’ENI (Ente Nazionale Idrocarburi) e l’EFIM (Ente per il Finanziamento dell’Industria Manifatturiera) – e un dicastero *ad hoc*, il Ministero delle partecipazioni statali, creato con la legge 22 dicembre 1956, n. 1589 <sup>(119)</sup>. Con i primi a fungere da “isolanti” fra quest’ultimo e le imprese operanti sul mercato <sup>(120)</sup>.

Possiamo perciò iniziare col dire che, nel nostro ordinamento, l’azionariato pubblico ha fatto la propria comparsa all’incirca un centinaio di anni fa <sup>(121)</sup>.

---

<sup>(118)</sup> B. TROISI, *Nozioni giuridiche fondamentali*, cit., 22.

<sup>(119)</sup> *Supra*, nota 49. Cui *adde* S. D’ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Giuffrè, Milano, 1960, *passim*; V. OTTAVIANO, *Sull’impiego a fini pubblici della società per azioni* (1960), ora in ID., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, II, 115 e ss.; G. GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell’economia e di diritto dell’energia*, Giuffrè, Milano, 1962, 31 e ss.; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, *passim*; ID., *Il controllo delle partecipazioni statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 4, 1215 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione (struttura, funzioni, limiti)*, Giuffrè, Milano, 1967, *passim*; ID., *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 1977, I, 504 e ss.; A. MASSERA, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1978, *passim*; S. VALENTINI, *L’impresa pubblica. Lineamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1980, *passim*; F. GALGANO, *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. soc.*, 1982, 3, 433 e ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in ID. (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Il Mulino, Bologna, 1982, 147 e ss. Per uno sguardo d’insieme sul “vecchio” sistema delle partecipazioni statali e, al contempo, per una rassegna delle principali manifestazioni odierne di partecipazione dello Stato in società di capitali, si veda M. MACCHIA, *La parabola delle partecipazioni statali: paradigmi e tendenze*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAIITA (a cura di), *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 445 e ss., ove anche l’evidenziazione delle divergenze e dei punti di contatto tra le due esperienze. Sempre in tema, si veda lo studio monografico di M.G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Jovene, Napoli, 2012, *passim*, ove si esamina *ex professo* il ruolo “imprenditoriale” dello Stato svolto attraverso la società per azioni. Si veda altresì l’indagine di A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Jovene, Napoli, 2018, che, avendo come scopo generale quello di “individuare le dinamiche mediante le quali si declina oggi l’intervento pubblico nel campo delle attività produttive”, dedica un intero capitolo (il terzo, 135 e ss.) alle partecipazioni statali, al fine di individuare l’eventuale presenza (e i possibili caratteri) di una attività di direzione e coordinamento delle stesse, con finalità di politica industriale.

<sup>(120)</sup> L’efficace immagine degli enti di gestione come “isolanti” si deve a F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., 30. Essi “rappresentano [...] una contaminazione fra due diversi istituti: l’ente pubblico e la holding. Gli enti autonomi di gestione presentano infatti due distinti aspetti: verso il Ministero essi sono enti pubblici sottoposti alle norme pubblicistiche riguardanti il controllo, la vigilanza e la direzione; verso le società operanti sul mercato, essi sono delle finanziarie detentrici di tutti quei diritti e poteri derivanti dal tenere in portafoglio di pacchetti azionari delle società”.

<sup>(121)</sup> Per questa datazione, da ultimo, A. MASSERA, *Gli statuti delle società a partecipazione pubblica e l’applicazione delle regole amministrative per la trasparenza e l’integrità*, in *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*,

Successivamente, esso si è in massima parte sviluppato nell'alveo del fenomeno istituzionalizzato appena indicato, cioè all'interno del sistema delle partecipazioni statali, il quale per lungo tempo "ha rappresentato il principale elemento di impulso dell'intervento dello Stato nell'economia" <sup>(122)</sup>. Ciò, peraltro, non ha mancato di determinare un certo effetto "oscurante" e di "mimetizzazione" <sup>(123)</sup>, dovuto (anche) al fatto che quel sistema, venutosi a creare "per accumulo e stratificazione" <sup>(124)</sup>, si presentava – ed effettivamente era – assai complesso <sup>(125)</sup>. "Le dimensioni degli enti [pubblici *holding*, *n.d.r.*] pretesero subito partizioni nella gestione, attraverso la creazione di sottostanti società finanziarie capogruppo, cui veniva affidata, per ciascun comparto produttivo, la gestione delle azioni delle società a capitale in tutto o in parte pubblico. Queste strutture – pubblicistiche al vertice – con un intreccio inestricabile di detenzioni di pacchetti azionari assumevano poi forma privata ed aspetto piramidale, allargandosi verso la base, dove erano poste le società produttrici di beni e servizi" <sup>(126)</sup>. Ad aumentare il tasso di complessità ha poi contribuito la previsione, per alcune di queste società, di statuti differenziati, delineati in atti legislativi *ad personam* <sup>(127)</sup>.

Ad ogni modo, cercando di procedere con un'analisi il più possibile diacronica, non possiamo non cominciare dalla disciplina generale riguardante le società pubbliche posta dal legislatore con il Codice civile del 1942. Si allude, per l'esattezza, alle disposizioni contenute nella sezione XII del capo V, del titolo V, del libro V del

---

opera diretta da F. Auletta, Zanichelli, Bologna, 2017, 45 e ss. Di inaugurazione nel primo dopoguerra discorre G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, 5. Rimane il fatto che – "non essendo fra l'altro impedita dalla legge" – "La detenzione di azioni o quote delle private imprese da parte dello Stato non ha, come intuibile, una datazione di inizio precisa": in questi termini, M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, cit., 241.

<sup>(122)</sup> P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, 36.

<sup>(123)</sup> L'immagine, in questo caso, si deve a P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 245. Sempre sul tema, evoca invece l'immagine dell'"ombra" E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, cit., 48.

<sup>(124)</sup> G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 5.

<sup>(125)</sup> Ben presto, infatti, per effetto delle modifiche intervenute successivamente alla legge n. 1589/1956, ne è scaturito "un sistema che comprende realtà molto eterogenee: il Parlamento ad un estremo, un insieme numeroso di società per azioni di diritto all'altro estremo, collegati, nell'ordine, da un comitato interministeriale, da un ministero e infine da un gruppo di istituti di diritto pubblico quali sono gli enti di gestione". Nei termini che precedono P. SARACENO, voce *Partecipazioni statali*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, 43 e ss., 52.

<sup>(126)</sup> M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, cit., 244.

<sup>(127)</sup> Ma il fenomeno ha interessato anche società poste al di fuori del sistema delle partecipazioni statali (società, cioè, che non avevano tra i propri azionisti gli enti di gestione dell'epoca), come ben evidenziato nel già menzionato studio di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., *passim*.

Codice, intitolata *Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici* e composta dagli articoli 2458, 2459 e 2460; e nella sezione immediatamente successiva, la XIII, intitolata *Delle società di interesse nazionale* e costituita dal solo articolo 2461<sup>(128)</sup>.

La dottrina si è immediatamente interrogata sulla portata di tale disciplina, pervenendo alla conclusione efficacemente riassunta nelle seguenti battute di Francesco Galgano: “Al fenomeno dell’azionariato pubblico, che pure aveva assunto al tempo della codificazione vaste proporzioni, il Codice civile non dedica che poche norme, quelle degli artt. 2458-60. Ciò non denota scarsa considerazione legislativa per il fenomeno: ciò denota, tutto all’opposto, un preciso intento degli artefici del Codice civile, quello di assoggettare la società in mano pubblica, salvo quanto disposto dalle norme ora citate, alla medesima disciplina applicabile alla società in mano privata. Anche la disciplina delle società per azioni è, come quella dell’impresa, diritto comune a pubblici e privati operatori; è, nella sostanza, diritto privato esteso ai pubblici poteri”<sup>(129)</sup>.

Oltretutto, alla limpidezza del dato normativo si è accompagnata la dichiarata volontà del legislatore storico<sup>(130)</sup>, trasfusa in un passo della *Relazione* di accompagnamento al Codice, ormai divenuto celebre: “il nuovo codice non poteva ignorare la categoria delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Il

---

<sup>(128)</sup> Gli articoli e le sezioni del Codice civile sono riportati nella numerazione anteriore all’entrata in vigore della riforma del diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

<sup>(129)</sup> F. GALGANO, *La società per azioni*, Seconda ed., in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 1988, VII, 494. Conclusione, quella riportata nel testo, ampiamente condivisa, anche dagli studiosi di diritto amministrativo, come ad es. M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 266-267. Più di recente, F. GOISIS, *Contributo allo studio*, cit., 113 e ss., il quale osserva che “Dagli artt. 2548, 2459, 2460 e 2461 c.c. si desume [...] che, in via normale, pochissime e di scarsa rilevanza sono le deroghe alla normale disciplina codicistica, che possono derivare alla partecipazione pubblica, anche prevalente o totalitaria, alla società: esse riguardano solo le modalità di nomina e revoca degli amministratori e sindaci di designazione pubblica, dei quali però, espressamente, si afferma la titolarità dei medesimi diritti e doveri di quelli di nomina assembleare” (114). Volendo fare, peraltro, un piccolo “salto in avanti” nell’itinerario che in queste pagine stiamo ripercorrendo, è appena il caso di notare che, nella sostanza, l’impianto codicistico sul punto non è stato modificato, nemmeno in occasione della citata (alla nota precedente) riforma del diritto societario, intervenuta a oltre sessant’anni di distanza. Si veda, sul punto, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in C. IBBA, C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, cit., 5-6: “[...] sia il codice civile del 1942, sia la riforma societaria del 2003 hanno dedicato alle società a partecipazione pubblica solo poche norme [...] Lungi dall’essere casuale, la «leggerezza» della disciplina [...] è frutto di una precisa scelta di politica legislativa, volta a equiparare il trattamento delle iniziative economiche pubbliche e di quelle private, assoggettando anche le prime, in caso di adozione della forma societaria, al diritto societario comune”.

<sup>(130)</sup> Per questo rilievo F. GOISIS, *Contributo allo studio*, cit., 114-115.

frequente ricorso allo schema della società per azioni per la creazione di imprese che lo Stato intende sottrarre all'iniziativa privata o gestire in unione con questa riconferma sotto un nuovo profilo la vitalità dell'istituto della società azionaria. In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente” (131).

La ragione di questa enfasi si spiega con il fatto che, alle soglie della grande codificazione del '42, era in corso un acceso dibattito sul tema dell'“anonima di Stato” (132) che vedeva impegnate sia la dottrina – tanto quella amministrativistica quanto quella giuscommercialistica (133) – sia la giurisprudenza (134). L'una e l'altra, del resto, già dalla seconda metà degli anni Venti risultavano “permeate dalle suggestioni derivanti da una panorama normativo in forte evoluzione” (135), al cui interno “la grande dicotomia ottocentesca – comune alle discipline civilistiche e pubblicistiche –

---

(131) “[*segue*] Qualche incertezza peraltro è sorta nella dottrina e nella giurisprudenza per quanto attiene alla posizione degli amministratori e dei sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici. Si è ritenuto pertanto opportuno eliminare ogni dubbio al riguardo con una norma particolare affermando che gli amministratori e sindaci così nominati hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi di quelli nominati dall'assemblea [...]”: in questi termini, e in quelli riportati nel testo, *Relazione del Ministro Guardasigilli*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1943, n. 998.

(132) Questo il sintagma impiegato, all'epoca, da T. ASCARELLI, *Controllori e amministratori dell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 284 e ss.

(133) Senza pretesa di completezza, per la prima, oltre a G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, cit., si vedano: F. CAMMEO, *Nota* a Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1938, in *Giur. it.*, 1938, III, 109 e ss. (e, sempre sul tema ma più diffusamente, Id., *Società commerciale ed ente pubblico*, Universitaria editrice, Firenze, 1947, *passim*, studio pubblicato postumo); G. TREVES, *L'attività commerciale dello Stato. Parte generale*, in *Studi Sassaresi*, Gallizzi, Sassari, 1934, estr.; M.S. GIANNINI, *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato dir.*, 1940, 2, 128 e ss. Per la seconda, invece, in aggiunta ai già richiamati studi di T. ASCARELLI, *Controllori e amministratori dell'anonima di Stato*, cit., e di A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, cit., si vedano: R. RAVÀ, *L'azionariato di Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 324 e ss.; G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941, I, 199 e ss.; A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1 e ss. Al di là dello specifico tema dell'“anonima di Stato”, sui rapporti intercorrenti tra dottrina amministrativistica e dottrina giuscommercialistica nel secondo dopoguerra si veda l'interessante saggio di M. LIBERTINI, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, 215 e ss., in part. 221 e ss.

(134) Valga, per tutti, il richiamo al già citato caso AGIP: *supra*, nota 54.

(135) Si cfr. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 121 e ss. Panorama che – è appena il caso di ricordare – diede vita a confronti serrati anche su altri temi, per così dire, ‘trasversali’. Si pensi, ad es., al dibattito sulla c.d. penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto commerciale, per le coordinate essenziali del quale si rinvia a I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano, 2007, 311, nota 37.

tra statale e commerciale, tra finalità pubblica e finalità di lucro, si [era] irrimediabilmente compromessa” (136).

Ciò si tradusse in una serie di problemi teorici (137), su tutti quello relativo alla natura da riconoscere all’“anonima di Stato”, giacché – è stato osservato – “in un campo a priori pubblicistico, qual è quello dell’intervento degli enti pubblici in materia economica, è stato adottato integralmente un istituto del diritto privato” (138). In buona sostanza, a fronte di “una pretesa compenetrazione dell’interesse pubblico nelle società in mano pubblica” (139), una parte degli interpreti giunse ad equiparare le società in questione ai soci che partecipavano al capitale, vale a dire ad enti pubblici, svalutando così l’elemento dello scopo di lucro, a cui il modello societario era finalisticamente orientato (140).

Con il Codice civile del 1942, dunque, il legislatore ha inteso intervenire nel dibattito compiendo una scelta chiara e netta: il diritto comune rappresenta la regola, salva la possibilità di specifiche deroghe legislative; da ciò discende, in linea di principio, l’applicabilità anche alle società pubbliche dell’art. 2247 c.c., a mente del

---

(136) B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici*, cit., 14.

(137) Per una puntuale rassegna dei quali si veda P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 180 e ss.

(138) R. RAVÀ, *L’azionariato di Stato e degli enti pubblici*, cit., 340.

(139) E, più in generale, “in un clima giuridico [...] aperto a tendenze panpubblicistiche”: così F. GOISIS, *Contributo allo studio*, cit., 115.

(140) Si cfr. G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 4-5: “La problematica circa la natura pubblica o privata non era solo una elegante questione giuridica da risolvere alla luce dei variegati e sovente non dirimenti “criteri distintivi” che vengono impiegati ai fini di tracciare i confini tra le due categorie di persone giuridiche, ma era anche e soprattutto una questione di vera e propria “politica industriale”. La natura pubblica rendeva infatti recessivo il fine di lucro, o comunque faceva sì che finalità o di interesse pubblico facessero aggio sul fine lucrativo. Si perveniva appunto a questo risultato assimilando le società a capitale pubblico (in specie quelle a capitale pubblico totalitario) ad enti pubblici o comunque si giungeva ad analoghe conclusioni asserendo che in tali società, proprio per la natura pubblica dei soci, lo scopo di lucro veniva meno [...], oppure, abbracciando una nozione di lucro oltremodo ampia, sino ad iscriverci ogni sorta di vantaggio collegato alle finalità sociali”. E, di seguito, aggiunge l’A.: “in fondo la storia delle partecipazioni (statali ma anche regionali e locali) è stata sempre intrisa di questa *querelle* tra gli interessi dell’azionista pubblico e lo scopo di lucro stabilito dall’art. 2247 c.c.”. Più nello specifico, osserva G. CAPO, *La società per azioni. La costituzione e la nullità della società. Le modificazioni statutarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2010, IV – 5.I, 23-24, “La riflessione, in sostanza, verte sul rapporto esistente fra la causa lucrativa propria dell’organismo di diritto privato e gli scopi riferibili agli enti pubblici titolari di partecipazioni: e ciò, nella logica di verificare se, ed eventualmente in quali termini, la prima subisca l’influenza di questi ultimi, che, in ogni caso, imprimono significativi profili di specificità alla disciplina delle partecipazioni sociali e della *governance*”. Quello della natura è posto in cima alla lista dei problemi riguardanti le società pubbliche anche da M. CAMMELLI, voce *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, cit., 1194.

quale “Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di un’attività economica allo scopo di dividerne gli utili” <sup>(141)</sup>.

Ecco dunque un ulteriore, importante passo nel tortuoso itinerario delle società pubbliche. Nel giro di un paio di decenni dalla loro epifania, su tali società si erano già addensati seri dubbi, culminanti nell’interrogativo sulla natura delle stesse, al punto tale da richiedere un intervento chiarificatore del legislatore.

Successivamente, l’impiego delle società commerciali con capitale pubblico è divenuto, come è stato efficacemente notato, “fisiologico” <sup>(142)</sup>. Diversi i fattori che hanno concorso a darvi la stura <sup>(143)</sup>:

- i) una lettura dell’art. 41 Cost., a lungo prevalente nella nostra dottrina, secondo cui lo stesso delineava un sistema ad economia mista, dunque connotato da una forte presenza pubblica nelle attività economiche <sup>(144)</sup>;

---

<sup>(141)</sup> Si cfr. F. GOISIS, *Contributo allo studio*, cit., 117. “La linea seguita dal legislatore non sembra sia stata, quindi, quella di valutare i limiti di flessibilità dell’istituto della società per azioni in relazione ai caratteri dell’iniziativa economica pubblica. Si è piuttosto ragionato sul presupposto che il ricorso alla società per azioni da parte dei pubblici poteri in tanto sia giustificato in quanto si intenda disporre di uno strumento soggetto, in linea di principio, al diritto comune. In altri termini, nella prospettiva dei redattori del codice, il problema della compatibilità dello strumento tipico delle attività speculative dei privati con la vocazione particolare dell’impresa pubblica non si pone in quanto la formula societaria va riservata a quegli interventi pienamente compatibili (o ritenuti tali) con l’interesse sociale tipico”: così M.T. CIRENELI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 10.

<sup>(142)</sup> G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 6.

<sup>(143)</sup> Si segue, per comodità espositiva, l’ordine delineato da MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 6 e ss.

<sup>(144)</sup> Il testo dell’art. 41 Cost., composto di tre commi, così dispone: “L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”. A tal proposito, osserva G. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998, 12: “La Costituzione scritta, com’è noto, non è ispirata all’economia di mercato, ma è, in realtà, una costituzione di compromesso tra forze politiche programmaticamente contrarie al mercato, i comunisti e i socialisti dell’epoca, e forze politiche, i cattolici, che non sono tanto favorevoli all’economia di mercato, quanto contrari ai suoi nemici, fautori di regimi politici totalitari”; perciò, “Il punto di compromesso che si raggiunge” in Assemblea costituente “è sul piano ideale quello che prefigura un’economia mista, aperta a soluzioni diverse. Ne esce una Costituzione che si basa sull’iniziativa privata, ma interpretabile in modo da non escludere, almeno nella formale esegesi delle sue parole, la transizione al cosiddetto socialismo”. Per ulteriori riferimenti in tema, si rimanda alla bibliografia riportata *supra*, nota 56, cui *adde*, qui, G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Giuffrè, Milano, 1993, 3 e ss., ove una approfondita disamina della costituzione economica nelle intenzioni dei costituenti e nella interpretazione della prevalente dottrina italiana; nonché V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in *Id.* (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 3 e ss., ove un’analisi dei più importanti problemi che l’art. 41 Cost. ha suscitato nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

- ii) la creazione del già menzionato Ministero delle partecipazioni statali, circostanza che ha rappresentato, nel secondo dopoguerra, “l’ultimo risultato – il punto che segna la rottura cogli istituti amministrativi propri dello Stato liberale – di un processo di cariocinesi dello Stato operatore economico dallo Stato semplice amministratore di interessi generali”<sup>(145)</sup>;
- iii) un generalizzato *favor* legislativo, estrinsecatosi sia attraverso leggi volte a riconoscere e favorire lo sviluppo della partecipazione di enti locali a società di capitali (normalmente per la produzione di beni e servizi o per la realizzazione di infrastrutture)<sup>(146)</sup>, sia attraverso leggi istitutive di nuove società di diritto singolare statale<sup>(147)</sup>;
- iv) l’istituzione delle Regioni a statuto ordinario, circostanza da cui è originato un considerevole florilegio di leggi regionali in tema di società a partecipazione pubblica<sup>(148)</sup>.

---

<sup>(145)</sup> F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., 22.

<sup>(146)</sup> Leggi comparse nel nostro ordinamento a partire dagli anni Sessanta, malgrado il diverso avviso espresso dal Consiglio di Stato, che – ricorda sempre Morbidelli – in questa fase aveva escluso la possibilità per gli enti locali di costituire società di capitali per perseguire i propri fini, argomentando sulla base del rilievo che l’ordinamento non ammette che siano conseguiti nelle forme del diritto privato fini pubblici per i quali la legge pone a disposizione degli enti interessati solo strumenti di diritto pubblico. Il riferimento è, in particolare, a Cons. Stato, sez. I, parere 6 marzo 1956, n. 373, in *Riv. amm.*, 1957, I, 289. La vicenda che ha dato origine all’intervento del giudice amministrativo testé citato si trova oggi riassunta in G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI e M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 294-295

<sup>(147)</sup> La creazione da parte del legislatore statale di società dotate di statuti differenziati, soluzione già sperimentata in passato, ha fatto registrare un vero e proprio *boom* a partire dalla prima metà degli anni Settanta, quando venne istituita la Gepi S.p.a. sulla base degli artt. 5 e ss. della legge 22 marzo 1971, n. 184, recante *Interventi per la ristrutturazione e la riconversione di imprese e industriali*. Aspetto, questo, ben messo in luce da P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 186 e ss., nonché 245 e ss.

<sup>(148)</sup> In dettaglio, osserva G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 6-7, che “sia per la previsione in pressoché tutti gli statuti regionali della amministrazione anche attraverso società di capitali, sia per la disposizione dettata dall’art. 10, l. 16 maggio 1970 n. 281 (c.d. l. finanziaria regionale) che facoltizzava le Regioni a contrarre prestiti per assumere partecipazioni in società finanziarie regionali cui partecipino altri enti pubblici, si è sviluppata una copiosa legislazione regionale istitutiva di società a partecipazione mista tra regioni ed enti locali o che prevede l’acquisizione da parte di tali enti di quote di capitale in società finalizzate alla valorizzazione infrastrutturale del territorio o alla prestazione di servizi reali alle imprese”. Per un’ampia panoramica sulle società finanziarie regionali, dalla loro nascita fino ai giorni nostri, si rinvia a F. PLUCHINO, *Le società finanziarie regionali: nascita, evoluzione e possibile impatto dello schema di decreto legislativo recante “Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica” c.d. Decreto Madia*, in F. PLUCHINO e F. TUZI (a cura di), *Giornata di Studio sulle Società Finanziarie Regionali*, Atti della Giornata di Studio di Roma, 16 dicembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, 3 e ss.

Prima di proseguire nel nostro cammino, merita un approfondimento l'importante studio condotto da Gustavo Visentini sul finire degli anni Settanta, avente ad oggetto "le società con prevalente partecipazione pubblica", vale a dire, secondo l'accezione più ampia e comprensiva, "persone giuridiche di diritto privato, costituite come società per azioni, alle quali partecipa – direttamente o anche indirettamente e per un numero di azioni sufficiente ad assicurare il controllo – lo Stato (o altro ente pubblico), allo scopo di curare gli specifici interessi affidati dalla norma di diritto pubblico che ha autorizzato l'acquisto delle partecipazioni e ne regola la gestione" (<sup>149</sup>).

In tale studio viene messa in risalto, fin dalle battute introduttive, la eterogeneità che caratterizza il fenomeno della partecipazione di enti pubblici in società per azioni, nel cui ambito "sono comprese realtà profondamente diverse". In particolare, a Visentini non sfugge che accanto a "società soggette alla medesima disciplina delle società sotto controllo privato", nell'ordinamento giuridico italiano "ve ne sono numerose altre soggette a disciplina speciale intesa a consentire al socio pubblico di curare direttamente, al loro interno, l'interesse pubblico". Ciò induce l'Autore a respingere senza infingimenti l'impostazione propugnata dalla dottrina maggioritaria, tesa "a ricondurre alla categoria generale della società per azioni regolata dal codice civile tutte le società con partecipazione pubblica, anche quelle con partecipazione prevalente rette da una disciplina speciale e anche quando questa speciale disciplina impone al socio pubblico il perseguimento di interessi non compatibili con il rispetto nella società della causa lucrativa". Una simile "riduzione delle diverse società a un'unica categoria", oltre a risultare frutto di una "forzatura" del testo dell'art. 2247 c.c., "impedisce di vedere le loro differenze", che si manifestano in una pluralità di variabili – dalla "natura dell'interesse pubblico perseguito" alle "modalità per la determinazione" del medesimo, dalle "modalità attraverso le quali l'interesse pubblico incide sulla società, sulla sua organizzazione o sulla gestione dell'impresa", fino alle "forme di controllo dello Stato sulla società" –, tutte riconducibili, in ultima analisi, alla circostanza che la società persegua lo scopo di lucro (come in generale previsto dall'art. 2247 c.c.) ovvero uno scopo diverso.

---

<sup>(149)</sup> G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Longanesi, Milano, 1979, 3 e ss., da cui sono tratte anche le citazioni che seguono nel testo.

Per Visentini, infatti, la causa mantiene una rilevanza centrale nell'ordinamento delle società per azioni: “questa – esprimendo il tipo di composizione di interessi per il quale è predisposto il contratto e sul quale si sviluppa il rapporto – diviene l'elemento che ne informa la disciplina e che meglio di ogni altro serve a distinguerlo”. L'Autore, dunque, dissente dall'opinione secondo cui l'elemento causale non varrebbe più a connotare la società per azioni, e che considera quest'ultima alla stregua di una struttura neutra, *bonne à tout faire* <sup>(150)</sup>.

Sulla base di queste premesse, Visentini giunge ad enucleare tre diverse categorie di società per azioni ad azionariato pubblico maggioritario:

- i) quella delle *società per azioni di diritto comune*, al cui interno figurano sia le società sottoposte esclusivamente alle disposizioni contenute nel

---

<sup>(150)</sup> Il riferimento è, in particolare, alla tesi di G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151 e ss., 155, secondo cui “per la causa del contratto di società [...] può dirsi essere avvenuto un fenomeno di «fading», cioè di appassimento della causa lucrativa, perché essa può venire sostituita in concreto da una finalità diversa, nell'interno della medesima struttura tipica societaria considerata. In questo senso si può dunque parlare di una sorta di *neutralità* della struttura, cioè di una struttura destinata ad essere riempita sì da una finalità concreta, ma non necessariamente da uno scopo lucrativo tecnicamente inteso. Fenomeno, questo, che trova significativo riscontro nel fatto che, a loro volta, associazioni considerate nel primo libro del codice civile si trovino talora a perseguire finalità economiche d'ordine mutualistico e lucrativo sostanzialmente avvicinandosi allo schema causale tipico della società, pur nell'ambito di una struttura giuridica diversa”. In un passo successivo, il medesimo A. aggiunge: “tenuto conto che la società di capitali è stata adottata ormai per svolgere qualunque tipo di attività, si può affermare a chiare lettere (e l'affermazione non è neppure coraggiosa) che la società per azioni e le società di capitali in genere, nell'attuale fase del loro sviluppo, sono già divenute *pura struttura*, destinate di volta in volta a servire scopi diversi e si prestano a corrispondere non solo alla funzione tipica lucrativa, che ne rappresenta l'origine storica, ma ad altre funzioni diverse da essa ed eterogenee fra loro” (163). In proposito, G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 37, osserva che della svalutazione della causa lucrativa Santini “ne ha fatto la pregiudiziale per risolvere il problema delle società anomale, siano esse pubbliche o private”; egli, “richiamando l'attenzione su specifiche disposizioni, le quali sembrano derogare per le società di capitali all'art. 2247, che conserverebbe valore soltanto per le altre società, conclude per la natura astratta della società per azioni, simile alla cambiale”. Ad avviso di Visentini, “il problema è in questo modo soltanto spostato, non ancora risolto. Invero, anche riconoscendo la possibilità di impiegare la disciplina delle società per azioni per gli scopi più vari, e in particolare per scopi diversi dalla divisione degli utili fra soci, si pone comunque il problema della distinzione delle società lucrative dalle altre, sia pure come distinzione tra tipi contrattuali anziché legali, all'interno di uno schema legale astratto” (38). Condiviso od osteggiato, l'ordine di idee propugnato da Santini ha certamente avuto ampio eco nella dottrina successiva. Si cfr., ad es., P. SPADA, *La tipicità delle società*, Cedam, Padova, 1974, 86, nota 127, che concorda sulla “inespressività funzionale dei tipi di società, in quanto tipi di organizzazione” (neutralità dell'organizzazione analiticamente messa in luce già da P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Ristampa, Giuffrè, Milano, 2001, 369 e ss., in part. 371), ma che, viceversa, sembra prendere le distanze dal “proposito [palesato da Santini, *n.d.r.*] d'interrompere ogni nesso – benché meramente «esteriore» – tra tipi di società (di capitali) e paradigma funzionale societario e, financo, fra tipi e qualsivoglia schema causale associativo”, rispetto al quale si profila consequenziale “l'accettazione d'un fenomeno d'*astrattezza assoluta*, che potrebbe anche dirsi di *formalismo puro*”.

Codice civile <sup>(151)</sup>, sia le società “per le quali la legge prevede deroghe alla disciplina alla disciplina comune in funzione della partecipazione pubblica, senza tuttavia incidere sulla causa lucrativa” <sup>(152)</sup>;

- ii) quella delle *società di diritto speciale*, alla quale appartengono società che, “in considerazione della funzione per la quale sono state costituite”, sono dotate di causa non lucrativa e che, pertanto, risultano profondamente e sostanzialmente diverse dalle società di cui al punto precedente, “delle quali presentano soltanto gli aspetti formali ed esteriori” <sup>(153)</sup>;
- iii) quella delle *società enti-pubblici*, in cui rientrano le società “legate allo Stato da un rapporto di diritto pubblico”, rispetto alle quali, cioè, “la deroga alla disciplina privata riguarda la stessa natura del rapporto di partecipazione ed è tale da rendere impossibile l’inquadramento dell’ente nella disciplina comune delle società” <sup>(154)</sup>.

---

<sup>(151)</sup> Si tratta di quelle società che, in apertura dell’indagine, G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 3-4, così descrive: “società per azioni che gestiscono una impresa – intesa nel significato tecnico dell’art. 2082 cod. civ. di attività di produzione di merci o servizi per il mercato – allo scopo della divisione fra soci degli utili conseguiti in comune, secondo la definizione della società contenuta nell’art. 2247 cod. civ. Si tratta, dunque, di società soggette alla medesima disciplina delle società sotto controllo privato. Da queste le distingue soltanto la partecipazione, in posizione di controllo, dello Stato o di enti pubblici, cioè di soggetti regolati dal diritto pubblico e non dal diritto privato, di soggetti quindi che agiscono per motivi pubblici e non per motivi privati. Ciononostante, per la disciplina privata, queste società restano identiche a quelle sotto controllo privato: gli interessi pubblici sono estranei alla società, regolati come interessi particolari del socio pubblico di controllo”.

<sup>(152)</sup> G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 13. Di queste società, e di quelle di cui alla nota precedente, l’A. torna ad occuparsi diffusamente nel prosieguo dell’opera: in part., si cfr. 93 e ss.

<sup>(153)</sup> G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 12. In queste ipotesi, osserva lo Studioso, “L’impiego della parola «società» ci dice che siamo nel campo degli strumenti di diritto privato e richiama in via di principio la disciplina del codice, la quale pertanto va applicata in quanto non derogata dalla disciplina speciale. Ma quando la disciplina speciale comporta deroga agli stessi principi informativi della disciplina del codice, che individuo nella causa del contratto e del rapporto, si deve allora riconoscere che l’ente presenta soltanto apparenti somiglianze con la società ordinaria, ciò che appunto si vuol dire classificandolo come società di diritto speciale”. L’analisi approfondita di queste società si trova invece a 105 e ss.

<sup>(154)</sup> G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 14. Come riferito *supra*, in part. in nota 88, negli anni Settanta del secolo scorso la creazione di enti simili ha registrato una considerevole accelerata. Visentini, che dà alle stampe la sua opera nel ’79, non può non rimarcarlo: “queste società divengono sempre più frequenti nella legislazione recente, la quale, pur definendole società, le disciplina in modo incompatibile non solo con la disciplina del codice civile, ma anche con la natura stessa che dovrebbe avere la disciplina dei privati secondo i principi costituzionali” (*ivi*). Sulle società-enti pubblici l’A. ritorna a 112 e ss.

Ebbene, se le società appartenenti alle prime due categorie sono da qualificare come enti privati <sup>(155)</sup>, altrettanto non può dirsi, ad avviso dell'Autore, per quelle rientranti nella terza categoria. Rispetto a queste ultime, infatti, il legislatore “configura la disciplina della società ... in deroga alla disciplina comune, in modo non soltanto particolare rispetto all'ordinaria disciplina privata, ma tale da individuare un ente pubblico, secondo i criteri che distinguono gli enti pubblici dagli enti privati e, prima ancora, la disciplina pubblica dalla disciplina privata” <sup>(156)</sup>. Tali società devono perciò qualificarsi come enti pubblici e ad esse deve ritenersi applicabile, in via diretta, il c.d. statuto legale dell'ente pubblico <sup>(157)</sup>.

Da questa rapida incursione nelle pagine della monografia di Visentini, emergono alcuni importanti dati, utili a delineare il tortuoso itinerario delle società pubbliche, lungo il quale ci siamo avviati.

Il primo dato significativo è quello, già richiamato, della forte eterogeneità del fenomeno in questione. Se nei precedenti contributi tale profilo era rimasto in penombra, successivamente allo studio di Visentini non è stato più possibile ignorare, ad esempio, le profonde differenze esistenti tra società a partecipazione pubblica di diritto comune e società a partecipazione pubblica di diritto speciale <sup>(158)</sup> e, più in

---

<sup>(155)</sup> Registrandosi, tutt'al più, una differenza in punto di applicazione del diritto comune delle società per azioni. Per le società con partecipazione pubblica di diritto comune, infatti, quest'ultimo si applica in via diretta, in quanto compatibile con la disciplina derogatoria eventualmente dettata dal legislatore per la singola società. Per le società con partecipazione pubblica di diritto speciale, invece, il diritto societario comune deve considerarsi applicabile secondo canoni particolari: si cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 108-109.

<sup>(156)</sup> G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 112.

<sup>(157)</sup> G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 115.

<sup>(158)</sup> “L'influenza che l'opera di Visentini esercitò sulla dottrina e sulla giurisprudenza successive fu [...] assai rilevante [...] la ricostruzione proposta da Visentini divenne, anche quando non condivisa, termine di paragone obbligato”: in questi termini, P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 264, il quale prosegue osservando che la monografia in parola “condizionò innanzitutto le successive ricerche dedicate alle partecipazioni pubbliche in società per azioni [...], da un lato rendendo palesi i limiti dei contributi dottrinali che non attribuivano alcuna rilevanza all'esistenza degli statuti legali singolari e delle deroghe alla disciplina di diritto comune in essi contenute, e, dall'altro, inducendo gli studiosi a specificare di volta in volta quale fosse la tipologia di partecipazione pubblica a cui erano dedicate le loro osservazioni”. Conclude PIZZA: “In tal modo vennero a crearsi le condizioni per approfondimenti ulteriori, che culminarono in una «specializzazione» dei vari studi e nella divaricazione tra le partecipazioni pubbliche in società regolate dal diritto comune e la partecipazioni in società regolate dal diritto speciale o singolare «derogatorio»” (265, ove anche, nelle note, l'indicazione degli autori che hanno utilizzato la classificazione prospettata da Visentini e di quelli che, viceversa, non l'hanno condivisa). Recentemente, la tripartizione di Visentini è richiamata, seppur con qualche distinguo, da A. MASSERA, *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, cit., 39-40, il quale sottolinea “la ragionevolezza e la perdurante attualità dello sforzo di chi ha tentato di fornire linee più nitide per il disegno del tutto, riassumendo le distinzioni in

generale, la complessità che connota l'utilizzo dello strumento societario da parte dei pubblici poteri. È qui che matura la definitiva consapevolezza della società pubblica come "figura plurale" <sup>(159)</sup>.

A venire in rilievo, poi, è il ruolo giocato dallo scopo di lucro all'interno delle società in mano pubblica. Il bisogno di riaffermarne la centralità testimonia, in modo neanche troppo velato, la persistente vitalità del summenzionato dibattito sull'anomalia di Stato, nelle cui pieghe si era giunti a sostenere una generale prevalenza, nelle società in parola, delle finalità pubblicistiche, che ne avrebbero costituito la vera causa <sup>(160)</sup>. Dibattito nel quale il legislatore del Codice civile è intervenuto facendo sentire la propria voce, nei termini dianzi ricordati.

Infine, vi è un terzo dato che affiora dall'opera di Visentini, assai significativo per il discorso che stiamo conducendo. Poco sopra si è detto che questi respinge con decisione ogni visione riduzionistica che pretenda di ricondurre tutte le società a partecipazione pubblica alla categoria generale della società per azioni disciplinata dal Codice civile. A tal proposito, con accento evidentemente critico, l'Autore soggiunge: "per ciò solo che la legge le denomina società, la dottrina ... si sente vincolata". Alla base dell'indagine di Visentini vi è, insomma, la convinzione che le qualificazioni del legislatore non siano vincolanti. Pur ammettendo "che nell'impiego del nome «società» è espresso l'intento del legislatore di ricondurre l'ente al codice civile", egli afferma senza mezze misure che "la denominazione non può vincolare l'interprete, e tantomeno può vincolarlo quando è lo stesso legislatore che si contraddice con il

---

una tassonomia più comprensiva, e comunque a portata più generalizzante". Con specifico riferimento, invece, alla frammentata categoria delle società di diritto speciale, nonché alle difficoltà che le stesse pongono dal punto di vista definitorio, si veda, sempre in tempi recenti, F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2009, IV – 10, 1 e ss.

<sup>(159)</sup> In piena conformità, dunque, con quanto già indicato all'inizio del nostro *iter*, quando abbiamo preso a prestito le parole di A. MASSERA, *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, cit., 31 (*supra*, pag. 21).

<sup>(160)</sup> Per un rassegna delle opinioni dottrinali che hanno sostenuto, dal secondo dopoguerra in avanti, la tesi del tramonto dello scopo lucrativo nelle società in mano pubblica, si veda F. GOISIS, *Contributo allo studio*, cit., 130 e ss. Una panoramica dei principali orientamenti sul tema si ritrova anche in R. GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, 131 e ss., nella quale l'A. prova anche a "offrire una lettura sistematica e nuova, rispetto a quelle finora proposte, dello scopo di lucro nelle società pubbliche". In ogni caso, come visto *supra*, nota 91, quello del tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali è descritto come fenomeno diffuso, non limitato alle sole società con partecipazione pubblica. Dunque, per un inquadramento generale della tematica delle società senza fine di lucro, si veda G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano, 1984, *passim*, ove anche un'ampia indagine sulle risalenti origini del problema (3 e ss.).

dettare una disciplina della partecipazione pubblica che presuppone una disciplina dell'ente diversa da quella del codice" (161). Donde la conclusione secondo cui "L'interprete deve risolvere questa contraddizione, deve conciliare l'antinomia, senza svalutare, per quanto possibile, il richiamo che è implicito nella denominazione «società», ma senza, per altro verso suggestionato dal nome dal nome, disconoscere le differenze della disciplina speciale rispetto alla disciplina contenuta nel codice civile per le società" (162).

Anche su questo specifico punto, peraltro, il legislatore del '42 ha provato a dire la sua. Come è stato fatto notare, in effetti "gli articoli 2458 e 2459 e la Relazione al Re sembravano rivelare che tra le finalità del legislatore del codice civile rientrava anche quella di far sì che gli interpreti considerassero *vincolante* la qualificazione societaria attribuita in via legislativa" (163).

Per Visentini, tuttavia, la "tensione dialettica" (164) tra legge e interprete va sciolta a favore del secondo, tutte le volte in cui la prima si compone di parti tra loro in reciproco contrasto. Esattamente ciò che accade con riferimento alle società-enti pubblici, appartenenti alla terza delle categorie sopraindicate. In simili casi, allora, è compito dell'interprete – sostiene sempre lo stesso Autore – far prevalere la sostanza sulla forma, sì da individuare l'esatta natura degli enti di cui si discute (165).

---

(161) G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 7, che prosegue: "È risaputo che spetta all'interprete definire e delimitare le categorie giuridiche e classificare in esse gli istituti e che questo l'interprete deve fare sulla base degli elementi comuni secondo la disciplina concretamente dettata, e non secondo il nome, e assumendo quali criteri di raggruppamento e di differenziazione gli elementi più rispondenti alle esigenze logiche e operative del sistema. Sul piano della costruzione giuridica la contraddizione tra il nome e la disciplina concretamente dettata si manifesta come antinomia, come incompatibilità, tra la disciplina comune supposta dalla parola «società» e la disciplina dettata per regolare la partecipazione pubblica alla particolare società costituita sulla base della legge speciale".

(162) G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 8.

(163) "[segue] e, consequenzialmente, applicassero *direttamente* all'ente di diritto singolare la disciplina comune delle società per azioni in quanto non derogata dalla disciplina recata dalla legge singolare". In questi termini P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 196 (corsivi entrambi dell'Autore).

(164) Volendo qui riprendere l'immagine di V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Terza ed., Giuffrè, Milano, 1998, 44: "La legge, questa realtà rocciosa, dura ed a sé stante, è unitaria, è statica, è identica a se stessa nella sua enunciazione e nella sua applicazione – ma soltanto in apparenza. La sua vera natura è dialettica, giacché il testo normativo trascorre fra il legislatore che lo ha emanato e l'interprete che lo applicherà; quel testo stabilisce una tensione fra due polarità, delle quali ognuna non può fare a meno dell'altra".

(165) "È noto infatti che la natura di un ente – secondo un'importante corrente dottrinarica, alla quale aderisco – dipende dalla natura della disciplina che lo regola: se la disciplina è improntata ai caratteri dell'autonomia privata, l'ente è privato; se invece la disciplina è improntata al regime della funzione, se cioè l'ente è inquadrato nello stato o in altro ente politico come ente funzionale, l'ente

Tirando le fila del discorso, da quanto sin qui illustrato si può notare che, successivamente all'entrata in vigore del Codice civile, la disciplina delle società pubbliche è stata oggetto di una costante evoluzione – a volte anche lungo direttrici profondamente diverse rispetto a quella tracciata dal legislatore del '42 –, dalla quale sono scaturiti dubbi e contrasti che hanno impegnato in modo costante gli interpreti, specie per quel che riguarda la natura da riconoscere a tali enti, in presenza di regole divergenti da quelle di diritto comune, dettate per la generalità degli organismi societari <sup>(166)</sup>.

---

stesso è pubblico”: così G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 112. Con riguardo alle peculiarità della categoria citata, quella delle società-enti pubblici, l'A. afferma che le società ad essa appartenenti sono organizzate “secondo i principi che caratterizzano il regime del diritto pubblico: l'oggetto e l'interesse sono direttamente imposti agli organi sociali come oggetto e interessi propri dell'ente, indisponibili non soltanto per il socio pubblico che vi partecipa, ma per la stessa società; la società è vincolata al socio pubblico (o, più in generale, all'Amministrazione) non sulla base dei diritti che al socio pubblico derivano dalla partecipazione azionaria, secondo la disciplina comune, ma sulla base di poteri, che trovano la loro fonte in disposizioni particolari; queste disposizioni, per portata e contenuto, sono incompatibili con i principi che devono informare, anche per disposizione costituzionale, la disciplina dei soggetti privati; queste disposizioni pertanto, in quanto regolano un'attività pubblica, sono di diritto pubblico. L'imposizione dell'oggetto e dell'interesse, la presenza di poteri di direzione e di vigilanza, così compenetrati nell'organizzazione societaria, caratterizzano l'ente secondo il regime della funzione, in contrapposizione alla società privata, la quale, anche quando è a totale partecipazione pubblica e anche quando è di diritto speciale, resta formalmente disciplinata come ente autonomo, secondo i principi del diritto privato. È evidente che in questi casi il nome di società, impiegato dal legislatore, non può assumere per l'interprete un valore prevalente rispetto alla natura della concreta disciplina dettata, nel senso di dare all'ente la qualificazione privata nonostante la natura pubblica della disciplina che ne definisce l'organizzazione: la distinzione tra ente pubblico ed ente privato è di sostanza, non di forma, non dipende cioè dal nome impiegato dal legislatore, ma dalla disciplina concretamente dettata dal legislatore stesso. La contraddizione, se così si può dire, tra il nome impiegato e la disciplina dettata, va dunque risolta sulla base delle indicazioni fornite dalla natura della disciplina, secondo canoni ermeneutici generalmente accolti, anche con riguardo a casi analoghi a quelli in esame: la storia delle nostre istituzioni giuridiche conosce numerosi esempi di enti che, nonostante l'apparenza di privati, la dottrina e la giurisprudenza hanno ricondotto tra gli enti pubblici, in considerazione appunto della concreta natura della loro disciplina” (113-114).

<sup>(166)</sup> Valgano qui, pur se specificamente riferite alle società per azioni di diritto singolare, le parole di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 185, il quale evidenzia che “nel cinquantennio successivo all'entrata in vigore del codice civile del 1942 quasi tutte le questioni appena riassunte [tra cui quelle riguardanti l'individuazione degli elementi essenziali, rispettivamente, della società anonima di diritto comune e dell'ente pubblico, *n.d.r.*] si riproposero, immutate nella sostanza, all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza”. Al lavoro dello stesso Autore (in part., 208 e ss.), nonché a quello F. GOISIS, *Contributo allo studio*, cit., 122 e ss., si rinvia per un'approfondita analisi delle diverse tesi in punto di natura, pubblicistica o privatistica, delle nostre società. Come ben sottolineato da entrambi, a risultare particolarmente fervida è stata, nel torno di tempo indicato, la dottrina, al cui interno hanno trovato linfa idee e percorsi argomentativi dei più disparati. La giurisprudenza, dal canto suo, si è mostrata piuttosto compatta nell'aderire ad una visione privatistica delle società pubbliche, come dimostrato (oltre che dai due Autori testé citati), dalle rassegne di F.A. ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1973, 3, 788 e ss., e di G. PASQUINI, *L'intervento dello Stato nell'economia: la natura delle società a partecipazione pubblica*, in G. PASQUINI e A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 2001, 235 e ss., quest'ultimo con specifico riguardo alla giurisprudenza dell'organo di vertice della giustizia amministrativa.

In ogni caso, e con ciò venendo a concludere, quella che era stata definita come una “formula insincera” destinata a “essere superata” <sup>(167)</sup> – la società pubblica, appunto – ha continuato a mostrare, per contro, una forte *vitalità*.

## **2. Gli anni Novanta del XX secolo. La “fase istituzionale nuova” caratterizzata da una spiccata tendenza all’utilizzo dello strumento societario. I fattori scatenanti**

Con l’aiuto di Visentini, nel paragrafo precedente abbiamo cominciato a gettare luce sull’ultimo quarto del secolo scorso, torno di tempo in cui il “tortuoso itinerario” della società pubblica ha cominciato a oscillare “tra opposte polarità” <sup>(168)</sup>.

A un estremo il disegno originario, risalente al 1942, che prevede l’assoggettamento dello Stato e degli altri enti pubblici alla legge comune delle società per azioni (*società di diritto comune*); all’altro estremo, enti pubblici travestiti da società, che con la disciplina dettata per quest’ultima hanno ben poco da spartire (*società enti-pubblici*). Nel mezzo, una selva di società sottoposte a regole le più disparate, che a volte segnano una rottura di principi consolidati del sistema codicistico (*società di diritto speciale*).

Con l’intento di sintetizzare potremmo dire, anche a costo di qualche semplificazione <sup>(169)</sup>, che fino a questo punto l’oscillazione è tra privato e pubblico,

---

<sup>(167)</sup> Le espressioni riportate sono di T. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 e ss., qui 1013, che vedeva nella società pubblica il coagulo di “due punti di vista [...] antitetici”.

<sup>(168)</sup> Si tratta delle già citate parole di A. MASSERA, *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, cit., 31 (*supra*, cap. I, § 3).

<sup>(169)</sup> Per una più dettagliata sintesi, si cfr. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 294 e ss., ad avviso del quale “si può dire che, alle soglie della caduta del sistema delle partecipazioni statali e dell’inizio delle c.d. privatizzazioni degli enti pubblici i «nodi» interpretativi che si trovavano al centro dell’attenzione della dottrina e della giurisprudenza erano, nella sostanza, i medesimi emersi già prima dell’entrata in vigore del codice civile del 1942 [...] In definitiva, le voci degli interpreti nel cinquantennio ricompreso tra il 1942 e 1992 si erano in vario modo (e con diverso grado di attenzione) pronunciate sui problemi riguardanti: a) la vincolatività delle definizioni legislative; b) la natura del rinvio operato attraverso la spendita del nome societario; c) la successione delle leggi nel tempo; d) la possibilità di attribuire una pluralità di qualificazioni ad un medesimo ente; e) le modalità di applicazione delle discipline rilevanti; f) l’individuazione dei connotati essenziali della società per

tra diritto comune delle società azionarie e statuto dell'ente pubblico. Con una ampia zona grigia nel mezzo.

Tuttavia, come si avrà modo di vedere, nuove 'polarità' si stagliano all'orizzonte e, con esse, nuovi movimenti oscillatori prendono avvio, complicando ulteriormente il già incerto scenario delle società pubbliche. Ma procediamo con ordine <sup>(170)</sup>.

Proseguendo lungo il nostro tortuoso itinerario, arriviamo agli anni Novanta del XX secolo, in cui nuovi fattori contribuiscono a consolidare ulteriormente l'impiego dello strumento societario da parte dei pubblici poteri, già divenuto fisiologico nel corso dei decenni precedenti:

- i)* l'espressa legittimazione, riconosciuta in capo a Comuni e Province dall'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142, a operare anche "a mezzo di 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" <sup>(171)</sup>;
- ii)* l'avvio, sempre nel 1990 <sup>(172)</sup>, della stagione delle privatizzazioni <sup>(173)</sup>, qui intese come trasformazioni in società per azioni degli istituti di

---

azioni; *g)* l'individuazione dei connotati essenziali dell'ente pubblico; *h)* il concorso di normative applicabili".

<sup>(170)</sup> E a tal fine riprendiamo, sempre per ragioni di comodità espositiva, l'*iter* seguito da G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 6 e ss.

<sup>(171)</sup> Facoltà poi estesa, di lì a poco, anche a società con capitale pubblico minoritario: art. 12, l. 23 dicembre 1992, n. 498; seguito poi dal d.l. 31 gennaio 1995, n. 26 (convertito con l. 29 marzo 1995, n. 95) e dal regolamento di attuazione 16 settembre 1996, n. 533. Per il regime della società a partecipazione pubblica minoritaria, risultante dal combinato delle fonti testé citate, si veda, per tutti, M. CAMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II ed., Maggioli, Rimini, 1999, 30 e ss., ove, tra l'altro, la messa in risalto del nesso tra riconoscimento da parte del legislatore della facoltà in parola e processo di privatizzazione avviato sul piano nazionale. Per gli Autori, infatti, "l'antecedente più diretto dell'art. 12 l. 498/1992 e delle disposizioni generali poi intervenute in materia [...] non è tanto l'art. 22 della l. 142/1990 ma il complesso di provvedimenti assunti nell'estate '92 dal governo Amato per la privatizzazione degli enti di gestione (Iri, Eni, ecc.) rispetto ai quali le disposizioni della fine '92 e quelle successive si pongono in evidente segno di continuità".

<sup>(172)</sup> Che per M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 50, nota 120, può a buon titolo essere definito "un anno di leggi "storiche" per il diritto amministrativo". Prosegue l'A.: "basti ricordare, ad esempio, oltre alla legge Amato, la disciplina del procedimento amministrativo e del diritto di accesso ai documenti amministrativi, la regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, la riforma dell'ordinamento delle autonomie locali [la sopracitata l. 8 giugno 1990, n. 142, *n.d.r.*], la c.d. legge Mammì [di disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, *n.d.r.*], la c.d. legge *antitrust* e le modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione".

<sup>(173)</sup> Il cui processo, nell'ambito specifico che qui interessa, cioè quello degli enti operanti nel campo dell'economia (non va dimenticato, infatti, che il processo di privatizzazione ha interessato anche

---

enti pubblici non economici: cfr., per tutti, E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, cit., 75 e ss.), si è snodato secondo regole “date da un complesso [...] imponente di Leggi, Decreti Leggi e deliberazioni del CIPE e del Consiglio dei Ministri”: così F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1996, 11. Per ulteriori riferimenti sulle concrete modalità attraverso cui il suddetto processo si è articolato, si rinvia, *ex multis*, a R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, cit., 143 e ss.; nonché ad A. CECERE, *L'itinerario delle privatizzazioni. Legislazione, programmi, direttive*, Cedam, Padova, 1995, 66 e ss. Per il diritto commerciale, invece, si vedano – oltre a quelle del già citato Bonelli – le riflessioni di G. OPPO, *Privatizzazioni: aspetti privatistici*, nonché ID., *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, ora entrambi in ID., *Scritti giuridici, VI. Principi e problemi del diritto privato*, Cedam, Padova, 2000, rispettivamente 51 e ss., 373 e ss. Quanto accaduto in questo frangente storico, poi, occupa un posto di primo piano in pressoché tutte le trattazioni di diritto pubblico dell'economia. Senza pretesa di esaustività, possono qui richiamarsi: M. MAZZA, *Le privatizzazioni: dal regime pubblicistico a quello di diritto privato*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Seconda ed., Egea, Milano, 2013, 443 e ss.; D. SICLARI, *Le privatizzazioni nel diritto dell'economia*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Wolters Kluwer-Cedam, Assago-Padova, 2016, 413 e ss.

credito di diritto pubblico <sup>(174)</sup>, degli enti di gestione delle partecipazioni statali e degli altri enti pubblici economici <sup>(175)</sup>, nonché di numerose aziende di Stato, come ad esempio le poste e le ferrovie <sup>(176)</sup>.

---

<sup>(174)</sup> Per l'esattezza con la l. 30 luglio 1990, n. 218, recante *Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico*, c.d. Legge Amato, la quale "ha condotto le banche pubbliche all'assunzione generalizzata della forma della società per azioni". Così C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Seconda ed., Il Mulino, Bologna, 2016, 35, che prosegue: "La maggioranza delle ristrutturazioni è avvenuta attraverso il conferimento dell'azienda bancaria a una s.p.a., lasciando titolare del pacchetto di controllo un soggetto denominato dalla stessa legge «ente pubblico conferente» (c.d. fondazione bancaria). La fondazione avrebbe dovuto detenere la partecipazione bancaria a meri fini di reddito e, quindi, destinare i dividendi attribuitigli dalla banca per il perseguimento di finalità pubbliche, definite dal proprio statuto; in alcuni casi la fondazione è rimasta l'unico socio, attraverso una procedura di costituzione per atto unilaterale della s.p.a. Questa riforma non ha comportato l'immediata privatizzazione. Le fondazioni bancarie sono rimaste per lungo tempo proprietarie dei pacchetti di maggioranza delle principali banche italiane; ancora oggi svolgono un ruolo cruciale negli assetti proprietari di alcuni fra i più grandi intermediari bancari del nostro paese. La riforma del 1990, peraltro, ha rappresentato per le banche il passaggio «dal diritto pubblico al diritto comune», confermando la piena collocazione dell'attività bancaria nel campo del diritto dell'impresa". Osserva M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 50: "Il modulo strutturale della società per azioni, veniva, quindi, valorizzato in sé quale versatile ed universale modello organizzativo in grado di garantire una gestione efficiente delle attività svolte; il che già rivelava l'intendimento di realizzare, attraverso di esso, un primo importante obiettivo anche di risanamento finanziario, cui potesse eventualmente poi farsi seguire il «realizzo» di una dismissione delle azioni dell'ente societario".

<sup>(175)</sup> In proposito, occorre menzionare la c.d. prima legge di privatizzazione – d.l. 5 dicembre 1991, n. 386, recante *Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica* (convertito con l. 29 gennaio 1992, n. 35) – "rimasta inattuata per avere solo autorizzato la trasformazione" dei summenzionati enti, nonché il successivo d.l. 11 luglio 1992, n. 333, recante *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica* (convertito con l. 8 agosto 1992, n. 359), "con il quale il legislatore stesso ha provveduto a trasformare in società per azioni gli enti Iri, Eni, Ina ed Enel, affidando loro contestualmente in concessione le attività fino a quel momento riservate agli enti trasformati (art. 14). Decreto, questo ultimo, che autorizzava altresì il CIPE a deliberare, con gli stessi effetti, la trasformazione in società per azioni di altri enti pubblici economici", qualunque fosse il loro settore di attività (art. 18). Si veda, per tutto quanto precede, K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell'impresa*, cit., 20 e ss., da cui anche i passaggi riportati fra virgolette. Fa notare M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 62, che, anche in questo caso, "Come per la ristrutturazione degli istituti di credito pubblici, la societizzazione è [...] ancora primariamente intesa nella sua valenza razionalizzatrice e risanatrice di un sistema e il modulo societario viene esaltato nella sua universale attitudine efficientistica".

<sup>(176)</sup> Entrambe interessate da un doppio mutar d'abito, in quanto "da amministrazioni-organismi dello Stato si è passati ad imprese, in forma di enti pubblici [...] e poi in forma societaria": così E. CARDI e M. D'ALBERTI, *Note intorno alle «de-statizzazioni»: i paradigmi legislativi di ferrovie e poste*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 1995, 57 e ss., 63. In sintesi, la trasformazione in società per azioni è stata preceduta dall'adozione, disposta dal legislatore, della forma dell'ente pubblico economico, prima "tappa", questa, della progressiva "disamministrazione" delle imprese pubbliche in parola: cfr. S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, 1992, 2, 235 e ss., in part. 240. Nello specifico, l'Ente Ferrovie dello Stato, istituito con l. 17 maggio 1985, n. 210 a seguito della soppressione dell'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, è stato trasformato in società per azioni con due delibere del CIPE datate, rispettivamente, 12 giugno 1992 e 12 agosto 1992. Quanto all'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni, invece, questa è stata trasformata in ente pubblico economico con d.l. 1 dicembre 1993, n. 487 (convertito con l. 29 gennaio 1994, n. 71) e poi in società per azioni con delibera del CIPE datata 18

Certo, in parallelo è stato soppresso il Ministero delle partecipazioni statali (per l'esattezza nel 1993, a seguito di consultazione referendaria), "ma non per questo le società pubbliche statali venivano meno, anzi" <sup>(177)</sup>. La mano pubblica non scompare; semplicemente, muta il paradigma secondo il quale essa opera. E si evolve, tale paradigma, in un senso diametralmente opposto rispetto al vecchio sistema delle partecipazioni statali, fondato – come abbiamo visto nel corso del primo capitolo – sulla necessità di evitare "una pericolosa commistione fra Stato-sovrano e Stato-imprenditore" <sup>(178)</sup>. Difatti, se "nel sistema dell'impresa pubblica, fondato a un dipresso nel 1933, lo Stato avvertiva il bisogno di un ente intermedio, al di sotto del quale si espandeva il diritto comune delle società per azioni; sessant'anni dopo, esso si affranca da questo schermo e scende nel capitale di rischio delle società" <sup>(179)</sup>.

Le vicende di cui al punto *ii*) lo dimostrano chiaramente, così come la legislazione degli anni successivi, la quale si è rivelata "sempre più proclive a far leva sullo strumento societario in quanto considerato la via ottimale per l'efficientamento dell'azione amministrativa" <sup>(180)</sup>, al punto che qualcuno ha evocato, con riguardo alle partecipazioni statali, la suggestiva immagine di una "morte apparente" <sup>(181)</sup>. A ciò si aggiunga che, in questa fase, "non appare recessiva la tendenza alla previsione legale di società per azioni in mano pubblica" <sup>(182)</sup>, il cui numero, al contrario, registra una costante crescita.

---

dicembre 1997. In tali vicende, dunque, all'ente pubblico economico è stato attribuito il ruolo di "traghetto verso il modello della società per azioni di altre forme organizzative dell'impresa pubblica": in questi termini, M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 e ss., 531.

<sup>(177)</sup> G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 7.

<sup>(178)</sup> *Supra*, p. 19.

<sup>(179)</sup> N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 435 e ss., qui 441.

<sup>(180)</sup> G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 7. Che prosegue: "La tendenza alla societizzazione di enti ed aziende pubblici trovava conferma nell'art. 17, comma 51 ss., l. 15 maggio 1997 n. 127, che prevedeva la possibilità di trasformazione in società di alcune categorie di enti pubblici nazionali e di aziende speciali degli enti locali, nell'art. 44, l. 27 dicembre 1997 n. 449, che prevedeva la possibilità per le pubbliche amministrazioni, come "misura di efficienza", di costituire nuovi soggetti di diritto privato per la esternalizzazione dei propri servizi, nell'art. 29 l. 28 dicembre 2001 n. 448 (legge finanziaria) che sempre in funzione dell'efficienza, autorizzava le pubbliche amministrazioni a costituire soggetti di diritto privato a cui affidare lo svolgimento di servizi svolti in precedenza".

<sup>(181)</sup> Si tratta di F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, cit., 200.

<sup>(182)</sup> Così M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 98, ove la sottolineatura del fatto che quella descritta è da considerare "una tendenza all'istituzionalizzazione, di per sé trascendente, in verità, il mero ambito dei processi di privatizzazione": si cfr. nota 227. A siffatte società la dottrina

A completamento del quadro sin qui rapidamente tratteggiato, va ricordato che, anche nei casi in cui alla trasformazione in società per azioni sia poi seguita la privatizzazione in senso sostanziale, cioè la dismissione delle partecipazioni azionarie di proprietà pubblica <sup>(183)</sup>, lo Stato ha comunque riservato per sé un ruolo di prim'ordine sugli organismi risultanti da tali operazioni, attraverso la previsione di "poteri speciali" (c.d. *golden share*) che, nei fatti, sono andati a prendere il posto del 'vecchio' controllo derivante dal possesso di azioni <sup>(184)</sup>.

---

ha via via dedicato un'attenzione sempre maggiore. Un Autore che ha contribuito sensibilmente a richiamare l'attenzione sulle peculiarità delle società per azioni sottoposte a statuti legali singolari, intese come categoria, è stato G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 170 e ss. Nello stesso torno di tempo si collocano le fondamentali riflessioni di C. IBBA, culminate nel noto studio monografico intitolato *Le società «legali»*, Giappichelli, Torino, 1992, *passim*, e divenute pietra di paragone costante per studi successivi. Tra i quali (in aggiunta a quelli, già menzionati, di M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., e di K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell'«impresa»*, cit.) possono qui richiamarsi: M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 391 e ss.; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*; M. DI LULLO, *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) «pubbliche amministrazioni»*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 245 e ss.

<sup>(183)</sup> "La sostituzione della società per azioni partecipata dalla mano pubblica al c.d. "ente pubblico economico", cioè un organismo che avrebbe dovuto operare secondo criteri economici, ma osservando indirizzi politici – "privatizzazione in senso formale" – è stata vista come una tappa intermedia rispetto all'obiettivo finale consistente nella rinuncia a qualsiasi controllo della produzione e distribuzione dei servizi diverso da quello che si può ottenere mediante provvedimenti regolatori o contratti di servizio, procedendo a tal fine alla cessione ai privati delle strutture organizzative pubbliche – "privatizzazione in senso sostanziale": in questi termini D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 206. Ma, come sottolinea S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dall'unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in M. CAFAGNO e F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 299 e ss., 302, "I fenomeni della privatizzazione formale e sostanziale non sono necessariamente legati". Così, per la chiara indicazione della privatizzazione in senso formale – *i.e.* trasformazione in società di capitali senza dismissione delle partecipazioni detenute dallo Stato, dunque senza passaggio dalla mano pubblica alla mano privata – come "obiettivo in sé", capace di risanare l'impresa pubblica e di determinare al contempo un riallineamento di quest'ultima rispetto all'ordinamento dell'impresa privata, si veda M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 52-53, 61, 69, 81. Per approfondimenti sul rilievo della distinzione tra "privatizzazione in senso formale" e "privatizzazione in senso sostanziale", si vedano, per tutti, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 2005, 58 e ss., e, in precedenza, P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 6, pt. I, 989 e ss.

<sup>(184)</sup> Previsti dal d.l. 31 maggio 1994, n. 332 (convertito con l. 30 luglio 1994, n. 474), "Tali poteri furono originariamente introdotti come limite e correttivo della privatizzazione delle industrie controllate dallo Stato": così, nuovamente, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 207. Si trattava, in altri termini, di "una sorta di cautela in relazione a possibili esigenze di politica economica, che sopravvissero (contraddittoriamente) alla rinuncia da parte dello Stato alla sua posizione di azionista di controllo": così F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 50-51. È appena il caso di notare che, sebbene le due locuzioni – "poteri speciali" e *golden share* – vengano spesso impiegate come sinonimo l'una dell'altra, tale sovrapposizione non è del tutto corretta, come ben messo in luce da S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, 346-347: "Il tema della *golden share* e dei poteri speciali si riferisce a quelle discipline che attribuiscono allo Stato o agli enti pubblici territoriali la

---

possibilità di intervenire con proprie determinazioni sulla struttura e sulla gestione di talune società privatizzate, condizionando, eventualmente, l'acquisizione delle azioni e la designazione dei membri del consiglio di amministrazione. Più precisamente, nel sistema della *golden share*, lo Stato conserva la qualità di azionista, restando titolare di un'azione di valore pressoché nullo, ma significativa del mantenimento di un collegamento, seppur formale, con la società; viceversa, nel regime dei poteri speciali, l'intervento pubblico prescinde totalmente dalla titolarità di alcuna azione, non corrispondendo ad una quota di partecipazione societaria". Nelle note, l'Autrice aggiunge che il primo modello "è tipico della legislazione britannica, dove le facoltà spettanti al Governo conseguono all'attribuzione di una *special share* che consente di esercitare particolari poteri nelle società privatizzate, normalmente solo entro precisi limiti di tempo; similmente l'ordinamento francese conosce la c.d. *action spécifique*", mentre il secondo è quello "adottato dal legislatore italiano". Nel corso degli anni, la disciplina italiana in tema di poteri speciali è stata oggetto di continui rimaneggiamenti da parte del legislatore, chiamato a intervenire in seguito alle censure mosse, a più riprese, dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione europea. Fin da principio la dottrina, tanto giuscommercialistica quanto giuspubblicistica, ha espresso più di una riserva sull'assetto di poteri tracciato dal d.l. del '94: si vedano, per la prima, G(uido). Rossi, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 3, 385 e ss., in part. 390, le cui considerazioni critiche sono riprese e condivise da G. DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., Sez. commerciale*, Utet, Torino, 1997, XIV, 158 e ss., in part. 178; per la seconda, R. PEREZ, *I controlli sugli enti pubblici privatizzati*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 195 e ss., in part. 206. Pertanto, se da subito è parso chiaro che "si sono trasformati in una disciplina speciale della società per azioni dalle finalità vaghe e indefinite. Dallo speciale per un fine allo speciale fine a se stesso, derogatorio rispetto alla normativa generale delle società per azioni che dovrebbe costituire e costituisce la normativa delle pari opportunità economiche e della concorrenza" (F. MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2000, 3, 1238), le cose non sono andate meglio con gli aggiustamenti via via predisposti dal legislatore. Si veda, in proposito, l'indagine condotta da G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2006, 113 e ss., con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza; nonché, per gli sviluppi successivi, E. FRENI, "Golden share": raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 25 e ss., di commento al d.l. 15 marzo 2012, n. 21 (convertito con l. 11 maggio 2012, n. 56), recante la disciplina attualmente vigente in tema di poteri speciali. Disciplina il cui "elemento di significativa novità [...] risiede nell'ampliamento delle attività economiche strategiche potenzialmente assoggettate ai poteri speciali dello Stato", i quali "oggi si estendono oltre il tradizionale perimetro delle società privatizzate (e quindi un tempo pubbliche), sino a ricomprendere tutti gli attivi di interesse vitale dello Stato concretamente individuati dal Governo con decreti o regolamenti": così M. PELLEGRINI e A. SACCO GINEVRI, *Il ruolo dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Wolters Kluwer-Cedam, Assago-Padova, 2016, 453 e ss., 456. Si vedano, altresì, le recenti monografie di F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno, comunitario e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*, e di G. SCARCHILLO, *Privatizzazioni e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*, entrambe ricche di riferimenti comparatistici. Non bisogna scordare, peraltro, che in questo complicato 'dialogo' tra ordinamento italiano e istituzioni europee sono rimaste invischiare anche le disposizioni di cui agli artt. 2449 e 2450 c.c. (nella loro numerazione post riforma del diritto societario del 2003). Il secondo è stato abrogato, facendo seguito all'apertura di una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, con l'art. 3, co. 1, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (convertito con l. 6 aprile 2007, n. 46). Il primo, invece, è stato interamente riscritto con l'art. 13, co. 1, l. 25 febbraio 2008, n. 34, in modo tale da armonizzare il potere speciale di nomina ivi previsto con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella decisione del caso *Federconsumatori* (Corte Giust., sez. I, sentenza 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, I, 365 e ss.). Su tale vicenda si vedano, *ex multis*, M. OCCHIENA e F. FRACCHIA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in *Giustamm.it*, n. 12/2007; I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, 3, pt. II, 581 e ss.; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 5, 948 e ss.; A. MALTONI e M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267 e ss.; R. URSI,

Se questo accadeva a livello statale, a livello locale prendeva avvio, come segnalato poc' anzi, la stagione della “societarizzazione” delle aziende municipalizzate<sup>(185)</sup>.

Il tema intercetta, come risulta evidente, quello dei servizi pubblici locali, individuati dalla l. n. 142/1990 come quelli aventi “per oggetto al produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”<sup>(186)</sup>. Senza addentrarci qui nei meandri di una materia, quella dei servizi pubblici locali, in cui tutto appare in discussione – dalla definizione di cosa sia servizio pubblico in giù<sup>(187)</sup> – e in cui, per giunta, da diversi anni il “disordine”

---

*Società ad evidenza pubblica*, cit., 155 e ss.; nonché l'ampio studio monografico di V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2010, IV – 4.VII, *passim*.

<sup>(185)</sup> G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 7.

<sup>(186)</sup> Per la ricostruzione della nozione di servizio pubblico sottesa alla legge di riforma dell'ordinamento delle autonomie locali (ma non solo), si cfr. G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1995, Giuffrè, Milano, 1997, 21 e ss., in part. 23 e ss.

<sup>(187)</sup> In termini generalissimi, “La definizione del concetto di *servizio pubblico* è stata considerata da un'autorevole scuola di pensiero tra le più tormentate dell'ordinamento giuridico italiano, poiché la legislazione non ne ha mai saputo fornire una nozione espressa e, conseguentemente, la dottrina non ha avuto a disposizione precisi ed univoci termini di riferimento sui quali fondare le proprie costruzioni teoriche”: così R. CHIEPPA e R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017, 1003, riferendosi a M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico: Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, 96. Pur nell'incertezza dei relativi confini, la nozione di servizio pubblico ha avuto grande forza espansiva nella seconda metà del secolo scorso, fino a diventare – osserva F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Utet, Torino, 1970, 215 – “un istituto cardine dell'intero diritto pubblico”. Ne è giocoforza seguita una produzione dottrinale vastissima, impossibile da riassumere in queste note. Per la nozione di servizio rimane in ogni caso fondamentale, anche perché collocata, da un punto di vista cronologico, agli albori della tendenza espansiva testé ricordata, l'opera di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, *passim*. Per il resto, ci ritroviamo nelle parole di un autorevole giuscommercialista che, forse proprio perché osservatore esterno, ha descritto in modo icastico la situazione attuale. Parliamo di C. IBBA, *Servizi pubblici e diritto societario*, in *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Giappichelli, Torino, 2007, 179, che osserva: “Per quanto riguarda la nozione di servizio pubblico, l'unica cosa che mi sentirei di dire con sicurezza è che si tratta di una nozione storicamente relativa e variabile. Per il resto, ricordo solo che il problema della sua identificazione, nato in Francia due secoli fa, è sempre stato oggetto di discussioni mai approdate a conclusioni generalmente condivise, pur potendo individuarsi delle correnti di pensiero che di volta in volta hanno riscosso maggior seguito. Penso, fondamentalmente, alla così detta *concezione soggettiva*, secondo cui – semplificando al massimo – tutto ciò che fa la Pubblica Amministrazione (fatta eccezione per le pubbliche funzioni) è servizio pubblico, inizialmente imperante e poi abbandonata a favore della *concezione oggettiva*, la quale ha tratto spunto dall'osservazione che la natura del soggetto non è in sé decisiva, posto che soggetti privati possono esercitare servizi pubblici e soggetti pubblici possono svolgere attività non qualificabili come servizio pubblico”. Sui caratteri di storicità e relatività che connotano la nozione di servizio pubblico, si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Seconda ed., Il Mulino, Bologna, 2015, 372; mentre per un quadro di sintesi delle questioni poc' anzi evocate da Ibba, nonché per un tentativo di risposta alla domanda su che cosa s'intenda oggi per servizio pubblico, si veda R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Quinta ed., Giuffrè, Milano, 2008, 1 e ss.

sembra regnare sovrano <sup>(188)</sup>, ci limitiamo qui a sottolineare l'importante spinta data dal legislatore alla gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria <sup>(189)</sup>,

---

<sup>(188)</sup> Liberamente parafrasando il titolo di una recente opera collettanea sul tema: M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*. È nota, peraltro, la situazione di vuoto creatasi per effetto della sentenza Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2877 e ss., dopo la quale “viene a mancare [...] una disciplina di taglio generale sull'affidamento dei servizi locali a rilevanza economica”, ragione per cui “la materia resta direttamente soggetta alle regole ed ai principi europei”: così F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 4, pt. I, 719 e ss., 741. Sul tema si vedano anche, *ex multis*, A. TORTORA, *I servizi pubblici in Italia e in Europa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 102 e ss.; L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2015, 169 e ss.; L.R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 679 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2900 e ss. Ad ogni modo, per rendere l'idea dello *status quo ante* tornano utili le considerazioni di A. TRAVI, *La disciplina di riferimento dei servizi pubblici di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico*, in M. DUGATO e F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dimissioni e gestione*, Bononia University Press, 2014, 169 e ss., in ordine ai tratti caratterizzanti la legislazione in materia. Essa, osserva l'A., si rivela “sempre più autoreferenziale”, dal momento che “ogni intervento legislativo ha di mira la normativa precedente, che si vuole correggere, o puntualizzare, o integrare” (175); di talché, la stessa “risulta concentrata su problemi particolari e non riesce a realizzare una continuità organica tra le discipline dei settori più importanti dal punto di vista economico e la disciplina di ordine generale. La dimensione generale viene frequentemente perduta” e ciò che emerge è un “quadro [...] piuttosto sconcertante” (183). Ancor più *tranchant* il giudizio espresso da A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, in M. CAMMELLI e M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 17 e ss., che con riguardo ai servizi pubblici locale parla apertamente di “schizofrenia legislativa” (60).

<sup>(189)</sup> Modulo, quello societario, per vero già “sponsorizzato” in qualche occasione dal legislatore, come già in precedenza abbiamo ricordato; e comunque “imposto nella prassi dai comuni più intraprendenti”, come sottolineato da G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, cit., 294. Sempre in proposito, osserva A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, cit., 30, che “Si trattava, certo, di esperienze tra loro difformi quanto ad origine, ma che apparivano nondimeno accomunate dalla necessità di fornire risposte più flessibili alle richieste di modernizzazione, razionalizzazione ed efficienza non fornite dalle aziende municipalizzate – con le quali condividevano il comune terreno di origine, quello per l'appunto dei servizi municipalizzati – e costrette a muoversi sul terreno accidentato di una normazione frammentaria, completamente asistemica spesso interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza e dagli organi di controllo”. Queste, dunque, le ragioni che – già sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso – spinsero molte amministrazioni locali ad intraprendere una “fuga dalle municipalizzate”: così F. MERUSI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Amministrazione*, 1988, 135. Per una più approfondita disamina della crisi delle aziende municipalizzate si rimanda a P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1994, 36 e ss. Viceversa, per un quadro d'insieme sul fenomeno delle partecipazioni societarie degli enti locali prima dell'avvento della l. n. 142/1990, si rinvia a V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1997, 13 e ss. Non è dunque casuale, nel testo, l'utilizzo da parte nostra del termine “spinta” in luogo, per es., del termine “legittimazione”. Come ricorda M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Ipsoa, Assago, 2001, 11 e ss., infatti, “la legge n. 142 del 1990 e le successive norme [...] non hanno legittimato l'impiego delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, possibile e lecito anche prima del 1990”; “liceità”, sottolinea sempre Dugato, che “gli studiosi più attenti avevano correttamente fatto discendere”, tra l'altro, “dalla capacità generale di diritto privato degli enti pubblici”, della quale “si era trovato fondamento nel tenore letterale dell'art. 11 c.c.” (12-13). Su tale ultimo aspetto si vedano, in aggiunta alla dottrina richiamata in nota

segnatamente a mezzo di società a partecipazione mista <sup>(190)</sup>. L'art. 22, l. cit., infatti, ha segnato “l'ingresso, all'interno della tipicità delle forme di gestione, della scelta – destinata a diventare irreversibile – del modello privatistico” <sup>(191)</sup>.

È in questo turno di tempo, dunque, che si assiste al definitivo “erompere” delle partecipazioni pubbliche a livello locale, ove si realizzano “diversi tipi di esperienze, che, almeno, sono di due segni diversi: un'esperienza volta alla trasformazione di aziende municipali, esistenti e già impegnate nella gestione di servizi pubblici, in società per azioni”, da una parte; dall'altra, “una seconda esperienza ... volta invece alla creazione *ex novo* di società per azioni con la partecipazione prevalente degli enti locali di riferimento” <sup>(192)</sup>. Ed è bene evidenziare che le partecipazioni pubbliche di tali enti si espandono anche oltre i confini dei servizi pubblici, andando a lambire i

---

dall'A., V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, pt. I, 5 e ss., e G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, 37 e ss., quest'ultimo per una impostazione generale (*i.e.* non limitata allo specifico caso della costituzione di società di capitali) del tema.

<sup>(190)</sup> Per mezzo, cioè, di “società affidatarie della gestione di tali servizi al cui capitale partecipano sia l'ente locale (o gli enti locali) titolari del servizio, sia i privati”; scelta, questa, ricollegata “all'opportunità di far partecipare alla gestione il privato, e ciò in ragione dello specifico apporto che questi fosse in grado di fornire, in termini manageriali o in termini finanziari”. In questi termini A. PERICU, *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria. Profili privatistici*, in *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Giappichelli, Torino, 2007, 183-184. La letteratura sulle società miste è assai ampia. Senza alcuna pretesa di completezza, tra i contributi più recenti possono qui richiamarsi: N. AICARDI, *Società miste ed evidenza pubblica “a monte”*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli, II. Attività, organizzazione, servizi*, Cedam, Padova, 2007, 219 e ss.; D. DE PRETIS, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili comparati*, in V. DOMENICHELLI e G. SALA (a cura di), *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Cedam, Padova, 2007, 1 e ss.; R. DE NICTOLIS, *Gli elementi connotanti le società miste*, in R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano, 2008, 159 e ss.; F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, in *Id.* (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010, 97 e ss.; R. CHIEPPA, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in *giustamm.it*, n. 2/2010; A. LOLLI, *Le società miste*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 311 e ss.; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione pubblica comunale. Ammissibilità e ambiti*, cit., *passim*; M. DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. DUGATO e F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, 2014, 213 e ss.; S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, cit., 143 e ss.

<sup>(191)</sup> A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, cit., 32. In tal modo, seppur lentamente, il tema dei servizi pubblici comincia a fuoriuscire dal “capitolo sull'organizzazione amministrativa”, dove “fino agli Ottanta del secolo scorso [...] si prestava a essere incluso”: così M. CLARICH, *Manuale*, cit., 365.

<sup>(192)</sup> G. PERICU, *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, 905-906.

settori di attività più disparati <sup>(193)</sup>, la società partecipata fungendo, in molti di questi casi, “da strumento dell’ente nella produzione e nell’erogazione di servizi in favore del socio pubblico” <sup>(194)</sup>.

Negli anni Novanta, dunque, si apre una “fase istituzionale nuova” <sup>(195)</sup>, caratterizzata da una spiccata tendenza legislativa all’utilizzo dello strumento societario quale modulo organizzativo o forma di gestione “che garantisce meglio di altre forme l’autonomia e la responsabilità della gestione e che, come tale, è utilizzabile altrettanto bene, oltre che dai soggetti privati, anche dai pubblici poteri per la gestione dei servizi” <sup>(196)</sup>.

---

<sup>(193)</sup> Si cfr. il *Rapporto IRPA n. 1/2012*, ossia G. NAPOLITANO (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 22 e ss. La questione è, prima ancora che giuridica, fattuale. Un interessante studio condotto da alcuni economisti – C. SCARPA, P. BIANCHI, B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, *Comuni S.p.A. Il capitalismo municipale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2009, 127 e ss. – , nel campionare un cospicuo numero di imprese pubbliche locali operanti nel nostro Paese, ha evidenziato che la presenza delle stesse “non si limita ai tradizionali settori dei servizi pubblici locali [...] ma si estende anche altrove. In alcuni casi, queste imprese svolgono attività quasi amministrative, come braccio operativo dei rispettivi enti locali controllanti. In altri casi, esse invece competono con imprese private in mercati relativamente concorrenziali, o costruiscono infrastrutture che è discutibile definire come puramente locali”. Più nello specifico, poi, un certo numero delle imprese censite svolge attività etichettate dagli Autori come “servizi per il territorio e la pubblica amministrazione”, categoria “assai ampia ed eterogenea”, che spazia dalla manutenzione di edifici pubblici alla manifattura, dalla promozione turistica e culturale alle già citate costruzioni. Per cenni alla rilevanza giuridica della questione, si veda la nota successiva.

<sup>(194)</sup> M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 13. Peraltro, anche qui (come *supra*, nota 128), va rilevato che società partecipate da enti locali aventi ad oggetto attività non qualificabili come servizio pubblico popolavano il panorama italiano già prima del 1990. Oltre a mettere in luce tale aspetto, Dugato aggiunge: “La distinzione tra i due tipi non è percepita, nel periodo precedente il 1990, come netta o determinante. Ciò sia perché dottrina e giurisprudenza sono impegnate sul terreno più alto della stessa ammissibilità della partecipazione comunale a società di capitali, sia perché alle due specie non corrispondono due regimi giuridici differenti”; ebbene, “anche sotto quest’ultimo profilo, la legge n. 142 del 1990 dà vita ad importanti mutamenti. Le regole dell’art. 22, infatti, non sono destinate a tutte le società degli enti locali, ma alle sole società di gestione dei servizi pubblici, cui sono esplicitamente riferite”. In questo modo, conclude l’A., “la strada delle società a partecipazione locale si biforca [...]: sul primo ramo corrono le società di gestione dei servizi pubblici, caratterizzate da una normativa speciale dapprima minima, poi sempre più corposa; sul secondo si muovono invece le società [...] con oggetto differente, lasciate prive (ameno in apparenza) di specifica regolazione” (14). Successivamente, un ulteriore punto di emersione sul piano giuridico si è avuto con il c.d. decreto Bersani, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito con l. 4 agosto 2006, n. 248), che ha espressamente distinto fra servizi pubblici e servizi strumentali, per sottoporre soltanto le società partecipate preposte all’esercizio dei secondi ad una serie di vincoli e limitazioni all’esercizio commerciale della propria attività. Sul decreto Bersani si tornerà tra un attimo nel testo.

<sup>(195)</sup> N. IRTI, *Dall’ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, cit., 474.

<sup>(196)</sup> G. PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., 311 e ss., qui 318. L’esigenza di garantire, in modo migliore rispetto al passato, l’autonomia e la responsabilità della gestione – qui evocata da Pastori ma enfatizzata da più voci in quel periodo – affonda le proprie radici (anche) nel “contesto storico-giudiziario” dei primi anni Novanta del secolo scorso, come recentemente

La fuga dal diritto amministrativo, di cui si è detto sopra, forse risulta più chiaramente percepibile ora, dopo averne esaminato la concreta declinazione in un ambito sufficientemente definito, quale quello di cui qui ci stiamo occupando.

Il lettore non scorderà, tuttavia, che la fuga è stata poi in parte vanificata<sup>(197)</sup>; che alla diffusione del diritto privato e delle sue regole è seguita una ripubblicizzazione. Per spiegare come ciò sia avvenuto, naturalmente con specifico

---

ricordato da R. CANTONE, *Prevenzione della corruzione nel sistema delle società pubbliche: dalle linee guida dell'ANAC alle norme del d.lgs. 175/2016*, in *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, opera diretta da F. Auletta, Zanichelli, Bologna, 2017, 17 e ss., 21-22: “Agli inizi degli anni '90 il nostro Paese fu interessato, in quasi tutta la sua estensione geografica, da varie e particolarmente penetranti indagini giudiziarie relative a vicende corruttive, indicate dai media con espressioni ormai entrate nella storiografia, come «tangentopoli» o «mani pulite». Emersero, in particolare, fatti di corruzione che molto gravi e diffusi che avevano riguardato un parte rilevante di classe dirigente, di derivazione politica ma anche di estrazione burocratica. Una delle reazioni a quel ciclone che investì l'Amministrazione intesa in senso complessivo, senza distinzioni fra centro e periferie, fu quella di provare a separare le scelte dell'amministrazione dalla politica: detto altrimenti, la gestione [...] avrebbe dovuto dipendere il meno possibile da istanze di governo politico. Furono varie le opzioni utilizzate per concretizzare questo intendimento [...] ed era fra le opzioni anche quella di utilizzare, per alcune attività amministrative che lo rendevano possibile [come appunto la gestione dei servizi menzionata da Pastori, *n.d.r.*], con l'obiettivo di abbandonare procedure pubbliche farraginose e produttive di fatti illeciti, adottando quelle più tipiche della prassi commerciale; la «privatizzazione», in questa prospettiva, sembrava stimolare competizione e concorrenza, generare trasparenza e, di conseguenza, anche evitare la commissione di illeciti” (corsivi nostri).

<sup>(197)</sup> Tanto da meritare, secondo alcuni, l'epiteto di “mito giornalistico”. Cfr., in tal senso, la narrazione delle note vicende degli anni Novanta condotta da S. GIACCHETTI, *Privatizzazioni: la nuova frontiera dell'interesse pubblico*, cit., per il quale “Vero è che c'è stato un significativo spostamento dello Stato, che da Stato *proprietario e gestore* è divenuto essenzialmente Stato *regolatore*. Ma complessivamente l'intervento dello Stato, passando dalla fase di gestione diretta alla fase di regolazione di attività economiche [...] ha acquistato maggiore spessore reale”. Da qui, una duplice conclusione. Da un lato, “cadono [...] i vari miti giornalistici di «fuga dallo Stato», di «fallimento dello Stato» e di «trionfo del mercato»” (223); dall'altro si afferma, “malgrado i fiumi di privatizzazione *a parole*”, una “superamministrativizzazione” dell'intero ordinamento (225). Su tale ultimo e specifico punto, l'A. fa proprie le conclusioni di E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1999, 6, secondo cui ciò a cui si assiste è “una vera e propria amministrativizzazione, non solo del diritto privato, bensì dell'intero ordinamento giuridico, nazionale e comunitario, e ciò [...] quasi paradossalmente, in quei settori che finora sono stati tradizionalmente appannaggio del diritto privato”. Quanto, invece, alla prima conclusione, l'opinione di Giacchetti è sostanzialmente analoga a quella espressa da S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, cit., 588: “L'ondata privatizzatrice degli anni '90 [...] non deve far credere che venga dovunque a prevalere il diritto privato [...] non si può parlare di una vera e propria ritirata dello Stato, bensì di una modificazione delle forme del suo intervento [...] se lo spazio del diritto privato aumenta, aumenta contemporaneamente anche quello del diritto pubblico”. Da queste e altre premesse, la seguente conclusione: “i diversi tipi di privatizzazioni [...] introducono nuovi controlli o sostituiscono la gestione pubblica diretta con un altro compito statale (la regolazione). In qualche caso, questi cambiamenti hanno conferito ai governi più poteri di quelli che avevano precedentemente [...] Per questo motivo, più che di «arretramento del governo centrale», bisogna parlare di «riorganizzazione del governo centrale». Le privatizzazioni, dunque, sono, in larga misura, un fenomeno illusorio. Esse rappresentano solo uno degli aspetti di una complessa mutazione dei poteri pubblici diretta alla riorganizzazione del diritto pubblico”.

riguardo alle società pubbliche, è necessario ripercorrere gli ultimi tratti del tortuoso itinerario lungo il quale ci siamo incamminati in queste pagine.

Non prima, però, di lanciare un importante *caveat*, per il quale ci serviamo di alcune riflessioni di Carlo Ibba (invero utili anche a “fare il punto” su quanto detto sinora). In apertura di un saggio di qualche anno fa <sup>(198)</sup>, lo Studioso osserva: “Con le privatizzazioni il fenomeno delle società pubbliche si è enormemente esteso (sembra un paradosso ma non lo è): *a livello statale*, sia perché le privatizzazioni spesso sono state solo formali, sia perché si sono moltiplicati i provvedimenti istitutivi di singole società con soci e scopi pubblici; e *a livello locale*, perché le nostre amministrazioni pubbliche si sono accorte che con le società si possono fare tante cose ... Il fenomeno, quindi, si è esteso e la materia si è fatta sempre più intricata, come sempre più intricata si è fatta la sua disciplina. Qui francamente non saprei dire quale sia la causa e quale la conseguenza: se, cioè, sia la complessità della materia che genera una disciplina o la legislazione scadente che aggroviglia la materia ... Certo, ultimamente, questo aspetto è particolarmente evidente”.

Ecco dunque, *in cauda*, il monito da tenere a mente per il prosieguo: nell’indagare le vicende delle nostre società, non è mai facile stabilire sicuri rapporti di causa-effetto. Quello che ci accingiamo a compiere, quindi, altro non è che un tentativo, peraltro assai modesto, di capire cosa sia successo alle società pubbliche dagli anni Novanta del secolo scorso in poi.

---

<sup>(198)</sup> Facciamo riferimento a C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *Riv. dir. impresa*, 2010, 2, 213 e ss., qui 214. Che non è il solo a constatare il paradosso per cui “il tramonto della stagione dell’interventismo in economia, con la sua vocazione al dirigismo politico e all’assistenzialismo, non ha affatto ridimensionato il fenomeno delle partecipazioni pubbliche. Al contrario, a partire dagli anni ’90 i variegati processi di liberalizzazione e di privatizzazione innescati su pressione del diritto europeo sono andati incrociandosi con un fenomeno di proliferazione di società speciali o strumentali”: in questi termini M. CAFAGNO e F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell’economia*, cit., 92-93. Sui processi richiamati dai due Autori, v. *infra*, in questo cap., § 4.1.

### 3. La prosecuzione del dibattito sulle società pubbliche in parallelo con il “problema dell’ente pubblico”

L’estensione di discipline pubblicistiche nei confronti delle nostre società è frutto di un’azione congiunta di dottrina, giurisprudenza e legislatore. In particolare, poiché quest’ultimo “si è messo a costituire società o a trasformare aziende autonome o enti pubblici in società per azioni conservando loro poteri pubblici o attribuendo loro poteri pubblici specifici” <sup>(199)</sup> e, in certi casi, finanche qualificando tali soggetti come “società per azioni con personalità giuridica di diritto pubblico” <sup>(200)</sup>, la prima – con Giampaolo Rossi in testa – ha cominciato a discorrere dell’esistenza, nel nostro ordinamento, di “enti pubblici a struttura di società per azioni” <sup>(201)</sup>. Categoria nel cui alveo sono state ricondotte le società “istituite con atto legislativo che ne determina quanto meno la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria, perché in tal caso l’esistenza e la destinazione funzionale della figura soggettiva è predeterminata con atto normativo e resta indisponibile alla volontà dei propri organi” <sup>(202)</sup>.

---

<sup>(199)</sup> F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, cit., 206.

<sup>(200)</sup> Certo non una peculiarità esclusiva degli anni Novanta del secolo scorso. La dicitura riportata nel testo, infatti, compare ad es. nello statuto legale di Agecontrol s.p.a.: si cfr. art. 8, l. 22 dicembre 1984, n. 887.

<sup>(201)</sup> Il riferimento, come ovvio, è a G. Rossi, *Gli enti pubblici*, cit., *passim*.

<sup>(202)</sup> G. Rossi, *Gli enti pubblici*, cit., 180, ove l’A. precisa altresì che “analogamente si deve ritenere, per le stesse ragioni, quando alla costituzione della società si perviene con atto legislativo il cui contenuto è strutturato nella forma di “autorizzazione” all’amministrazione statale o ad un ente pubblico di dar vita ad una società per azioni della quale peraltro si predeterminano denominazione, scopo e necessaria proprietà pubblica di una quota maggioritaria: il termine “autorizzazione” è in questo caso improprio perché è riferito ad un adempimento di un obbligo imposto dalla legge”. Nella categoria degli enti pubblici in forma di società per azioni Rossi colloca Icle s.p.a., Ati s.p.a., Gepi s.p.a., Rai s.p.a., Rel s.p.a., Ribs s.p.a. e la poc’anzi menzionata Agecontrol s.p.a. Ma il discorso, fa notare l’A., potrebbe estendersi anche alle società per azioni istituite dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici. Con riguardo a tali società, se da un lato è vero che “per le figure analoghe, anteriori alla legge 142 [del 1990, *n.d.r.*], la giurisprudenza [...] si è orientata per la natura di diritto privato”, dall’altro “una tesi diversa è, però, ora sostenibile e sembra più convincente, tenuto conto del fatto che i comuni e le province possono affidare a tali società l’esercizio di servizi pubblici con il vincolo di mantenere la maggioranza del pacchetto azionario e senza adottare un atto di concessione, quale è richiesto dalla legge (anche in osservanza delle norma comunitarie) quando si voglia ricorrere all’attività di soggetti privati” (181). E in effetti vi è stato qualcheduno che ha raccolto le suggestioni provenienti da queste parole. Ad es. G. PERICU, *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, cit., il quale per un verso osserva che “l’ente pubblico non è un socio come gli altri; l’ente pubblico locale, titolare del servizio, è un socio che è costretto ad essere tale. In altri termini, non ha la disponibilità delle proprie partecipazioni sociali, perché nel momento in cui le dismettesse, attraverso una normale operazione di cessione o nel momento in cui accettasse che, attraverso aumenti di capitale, la sua quota

Nell'ambito di tale ricostruzione, come successivamente è stato notato <sup>(203)</sup>, il carattere della necessaria appartenenza ad un soggetto pubblico di una quota maggioritaria da un lato sembra richiedere la presenza, all'interno dello statuto legale della società, di una disposizione che vada a derogare la disciplina societaria di diritto comune; dall'altro, evoca un'idea di pubblicità incardinata sul collegamento dell'ente societario con un soggetto – l'azionista – la cui natura pubblica sia già stabilita *a priori*.

La dottrina in parola, così, per un verso evidenzia che “peccherebbe di formalismo giuridico chi desse di questa formula una valutazione connessa ai soli profili giuridico formali, trascurando di considerare quelli connessi al rapporto di tipo proprietario che intercorre fra la società e l'Amministrazione che controlla le quote azionarie. Non vi è dubbio, infatti, che il grado di potere esercitato dal proprietario della maggioranza delle azioni è ben più penetrante di quello che si concretizza nel rapporto di indirizzo e vigilanza che dà luogo a posizioni di sovraordinazione giuridicamente determinate e delineate” <sup>(204)</sup>. Per altro verso, osserva che “quando sia risolto il problema della natura giuridica, resta ancora aperto quello della disciplina giuridica applicabile agli enti pubblici in forma di società per azioni”, a fronte del quale Rossi prende posizione sostenendo la loro assimilabilità agli enti pubblici economici, con tutte le conseguenze che da tale qualificazione derivano <sup>(205)</sup>. Ciò chiarito, però, rimane il fatto – conclude sempre Rossi – che il profilo privatistico, legato alla forma,

---

sociale diventasse minore di quella che è collegata all'essere prevalente, automaticamente uscirebbe dal modello designato dal legislatore” per entrare “evidentemente in una società di diritto privato ordinario a totale capitale privato” (909). Per altro verso Giuseppe Pericu mette in risalto un ulteriore “profilo, a mio giudizio da condividere, e cioè la tendenza molto forte a far sì che il socio di controllo (socio ente locale di controllo della società costituita per la gestione del servizio pubblico) sia un socio che articola in modo particolare l'attività sociale e, quindi, fa sì *che la società per azioni venga, in qualche modo, a strutturarsi al suo interno quasi come un ente pubblico*, con dei bilanci preventivi, con delle verifiche costanti di congruità dei comportamenti rispetto alle decisioni assunte a livello preventivo, e così via. *È uno snaturarsi delle società [...] Evidentemente se ciò si verifica, il modello societario non regge, esso diventa un qualche cosa di molto diverso*” (911-912, corsivi nostri). Di qui la conclusione secondo cui “allora è molto meglio restare nelle forme conosciute del passato dell'azienda municipalizzata” e “dell'azienda speciale” (917). Ad ogni modo, tornando al piano generale del discorso di Rossi e con ciò concludendo, egli osserva che per il resto “sono certamente di diritto privato le società per azioni partecipate, in qualsiasi misura, da un ente pubblico quando non siano oggetto di una disciplina legislativa speciale” (G. Rossi, *Gli enti pubblici*, cit., 180): il che le pone al di fuori della categoria degli enti pubblici a struttura di società per azioni.

<sup>(203)</sup> P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 275-276, da cui sono tratte, parafrasate, le considerazioni che seguono.

<sup>(204)</sup> G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 182.

<sup>(205)</sup> G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 181.

e il profilo pubblicistico, legato alla sostanza, necessariamente “convivono in queste fattispecie e nessuno dei due può ritenersi prevalente sull’altro” (206).

Questo ordine di idee viene poi ripreso e sviluppato da altri studiosi (207).

In particolare, constatato che “esistono soggetti che, in un determinato momento, il legislatore vuole ontologicamente pubblici e formalmente privati” (208), vi è chi sottolinea la necessità di recuperare la “consapevolezza che le fattispecie societarie in esame sono scomponibili in un ambito pubblicistico, dal punto di vista ontologico ed istituzionale – che attiene alle ragioni della necessità dell’esistenza dell’ente, della sua

---

(206) G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 181. Del resto, nota l’A., “sarebbe forzante al riguardo sostenere in via generale che il regime societario si applichi solo in quanto compatibile con la natura pubblica o che, al contrario, i profili pubblicistici propri degli enti pubblici economici non trovino applicazione per gli enti pubblici a struttura di società per azioni”. Per poi aggiungere che “è ovvio, peraltro, che la struttura di società per azioni comporta di per sé conseguenze anzitutto sul profilo organizzativo: in primo luogo, quella di una separazione tra la determinazione dell’indirizzo dell’attività a fini pubblici e la gestione vera e propria, il che rende da un lato più evidenti le rispettive responsabilità e dall’altro valorizza il carattere tecnico delle decisioni assunte dall’ente. L’applicazione degli istituti civilistici relativi alla responsabilità degli amministratori sottolinea del resto ulteriormente l’autonomia dell’ente-società per azioni; così come l’applicazione della normativa societaria in materia di rappresentanza della società, di pubblicità degli atti sociali, di valutazione di bilancio, di integrità del patrimonio sociale consentono una maggiore snellezza operativa, soprattutto nei rapporti con i terzi, per i quali costituiscono un’importante forma di tutela” (182).

(207) Di seguito facciamo riferimento a M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit. La nostra scelta si giustifica sulla scorta della considerazione che, nel ricercare la disciplina concretamente applicabile alle società per azioni “privatizzate”, questo Autore parte del presupposto – come appresso di vedrà – che la questione della natura giuridica degli enti metaindividuali non è “monolitica”, non può, cioè, essere concepita in maniera secca affermando che un ente è interamente privato o interamente pubblico, dovendosi di contro distinguere, per ciascun ente metaindividuale, due profili: uno sostanziale e l’altro formale. Tale impostazione, infatti, sembra porre le basi per superare l’apparente situazione di *impasse* generata dalle due “conclusioni” a cui perviene Rossi e riportate *supra*, nel testo: natura di enti pubblici economici delle società in questione; convivenza, su un piano di parità, del profilo pubblicistico e del profilo privatistico (mentre, a rigore, una volta qualificato l’ente in termini pubblicistici ci si dovrebbe attendere, quanto a disciplina applicabile, una recessività del secondo profilo in favore del primo). Per Renna può contemporaneamente riconoscersi, in capo al medesimo ente metaindividuale, una natura pubblica e una natura privata, a seconda che se ne guardi la sostanza piuttosto che la forma. Proprio da tale inquadramento discende la possibilità di applicare la disciplina societaria di diritto comune e dello statuto legale dell’ente pubblico non secondo un criterio di prevalenza di un complesso normativo sull’altro, ma secondo un criterio di “componibilità”, che rimette all’interprete il compito di individuare la *ratio* delle disposizioni che appartengono ai due corpi normativi ritenuti rilevanti. Tanto chiarito, va in ogni caso segnalato che l’impostazione di Rossi, cioè l’idea che esistano enti pubblici in forma di s.p.a., è ripresa e sostanzialmente condivisa anche da altri Autori, quali: V. CERULLI IRELLI, “Ente pubblico”, cit., 92 e ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia*, cit., 279 e ss.; nonché, più di recente, G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, cit., *passim*; G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., 401 e ss. Guardano invece criticamente alla teoria degli enti pubblici in forma di società per azioni, tra gli altri: G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 801 e ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell’ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*; F. GOISIS, *Contributo allo studio*, cit., *passim*.

(208) M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 79. Il punto di partenza è comune a G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 179: “certamente esistono enti pubblici a struttura di società di per azioni, poiché ciò risulta in modo esplicito da atti normativi”.

disponibilità da parte dei pubblici poteri e delle finalità tramite esso perseguite – ed un ambito privatistico e formale – che attiene alle ragioni della scelta del modulo organizzativo e delle regole dell’attività dallo stesso implicate”. In poche parole, la prospettiva da adottare è – secondo tale linea di pensiero – quella della “doppia qualificazione” della natura dell’ente societarizzato <sup>(209)</sup>. Con un premessa importante, però: chi fa questo discorso ritiene che, attraverso la progressiva erosione dello schema causale delineato dal più volte citato art. 2247 c.c., il modulo societario sia ormai del tutto “neutralizzato”, sì da risultare compatibile anche con una schema causale pubblicistico <sup>(210)</sup>.

---

<sup>(209)</sup> In questi termini, nuovamente, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 119. Viceversa, sottolinea l’A., la confusione che spesso aleggia attorno alle società in questione “sembra corrispondere, a ben guardare, all’incapacità di distinguere tra sostanza e forme, tra momento ontologico e teleologico e momento strutturale e strumentale” (98). Di qui la tendenza, errata secondo Renna, ad intendere “monoliticamente” la natura del soggetto (102). Peraltro *supra*, nel testo, l’impiego del verbo “recuperare” non è casuale: come segnala lo stesso A., infatti, già in passato “si [era] fatta via via strada l’idea che sostanza pubblicistica e forma privatistica potessero convivere in capo ad «enti pubblici» costituiti, appunto, «in forma di società per azioni»”; un’idea, cioè, fondata sulla “compatibilità tra società per azioni ed ontologia pubblicistica, vale a dire fra forma privatistica e sostanza pubblicistica” (116). Basti pensare al già menzionato lavoro (*supra*, nota 60) di A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, cit., che aveva ipotizzato la contemporanea presenza in capo ad un soggetto della natura pubblicistica e di quella societaria. In ogni caso va ricordato che, nel nostro ordinamento, l’ammissibilità di una “doppia qualificazione” nei termini dianzi indicati è questione tutt’altro che pacifica. Limitando lo sguardo alla dottrina giuspubblicistica, favorevole è P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 646, secondo cui “si deve ritenere che non sono da escludersi *a priori* né l’eventualità che il legislatore qualifichi contemporaneamente un ente come *pubblico* e come *privato* né l’eventualità che ad un tale risultato (si allude alla doppia qualificazione di un medesimo ente come pubblico e come privato) si giunga in via interpretativa”. In senso contrario si esprime, invece, G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, suppl. al n. 4, 92, il quale sostiene che “Il sistema normativo non consente di unificare in uno stesso soggetto la qualifica di società e quella di ente pubblico”. Dello stesso avviso, più recentemente, D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata*, cit., 17, secondo cui “natura pubblica e natura privata rappresentano elementi tra di loro assolutamente alternativi, se vi è uno dei due non vi può essere l’altro”.

<sup>(210)</sup> Si cfr. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 11: “La realtà fattuale è stata in grado di deformare la fisionomia originaria dell’istituto: allo strumento della società di capitali [...] si è via via ricorso, in difformità dal modello storico-sociale e dalle previsioni normative corrispondenti, per finalità effettive certo diverse dallo scopo di ricavarne utili”. Lo stretto nesso esistente tra neutralizzazione dello strumento societario e possibilità di una “doppia qualificazione” emerge chiaramente oltre, quando Renna afferma che, “Posta la [...] distinzione tra profili ontologici e profili strutturali, ne deriva che la disciplina delle società per azioni in mano pubblica legislativamente previste dovrebbe muoversi fra forma privatistica e sostanza pubblicistica. In tale prospettiva, se si tengono distinti i due profili, giusta la compatibilità di uno schema causale pubblicistico con un modulo societario, per quanto si è visto, causalmente “neutralizzato”, sembrerebbe potersi predicare la natura privata della struttura in una con la natura pubblica della sostanza” (101). Tra i sostenitori della teoria degli enti pubblici in forma di società per azioni, anche G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, cit., 28 e ss., in avvio della propria indagine, dà ampio risalto al tema del ruolo attualmente ricoperto dallo scopo di lucro nelle società per azioni.

Pertanto, “se si vuole che l’adozione del modulo societario sia decisiva, essa sembra poterlo essere solo in riferimento alla natura strutturale dell’ente, a prescindere poi dall’eventuale presenza di deroghe più o meno intense al modello codicistico, che potranno semmai rappresentare un sintomo della pubblicità della natura sostanziale del soggetto” <sup>(211)</sup>. *Natura sostanziale pubblica del soggetto* che non può essere in alcun modo ricavata dal mero dato della persona dell’azionista-socio pubblico <sup>(212)</sup>, dovendosi piuttosto ricercare la linea di demarcazione tra soggettività pubblicistica e soggettività privatistica nella impossibilità per il soggetto di disporre autonomamente della propria esistenza, poiché determinata in via eteronoma <sup>(213)</sup>.

Se il requisito della necessaria esistenza dell’ente – vero *discrimen* fra persone giuridiche pubbliche e private <sup>(214)</sup> – è soddisfatto, ci si trova, in tesi, al cospetto di un ente societario dalla duplice qualificabilità, al quale diviene applicabile una disciplina composita, a sua volta di duplice natura, pubblicistica e privatistica <sup>(215)</sup>.

---

<sup>(211)</sup> M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 103.

<sup>(212)</sup> M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 114, ove Renna afferma che “è senza dubbio corretto reputare irrilevante la persona dell’azionista ai fini della definizione giuridica dell’ente e, così, ritenere la presenza del socio pubblico non bastevole ad alterare la natura della società partecipata: se i pubblici poteri partecipano alla società secondo la propria comune capacità di diritto privato, non per questo la ragione giustificatrice della loro presenza può plasmare ed istituzionalizzare in tal senso l’elemento causale della persona giuridica partecipata”.

<sup>(213)</sup> Si cfr. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 90-91: “L’ente pubblico e la società legale non possono disporre autonomamente della propria esistenza, in quanto eteronomamente determinata: al conseguimento dello scopo ed alla sopravvenuta impossibilità di conseguirlo non può giustapporsi l’ipotesi dell’estinzione per volontà degli organi deliberativi della persona giuridica (v. art. 2448, n. 5, c.c.). La vicenda estintiva, così come quella modificativa, porta con sé i segni della genesi della persona giuridica, giacché l’associazione si autodetermina attraverso i suoi associati, mentre l’istituzione viene eterodeterminata: e, se è vero che della fattispecie societaria, nelle ipotesi qui studiate, non rimane che la struttura capitalistica, in esse è dato riconoscere la presenza di vere e proprie “società istituzionali” o “società-istituzioni””. Il punto, di fondamentale importanza, è poi ripreso e sviluppato nell’ultimo capitolo, in cui l’A. propone un ripensamento della teoria dei “soggetti pubblici” (213 e ss.). In quella sede, riferendosi proprio a G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 259 e ss., M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 215-216, osserva che questi, “dopo aver passato in rassegna, per escluderne via via la fondatezza, buona parte delle principali tesi che si sono contese il campo nel tentativo di dare agli interpreti validi criteri di identificazione della pubblicità degli enti, ha, in sostanza, inteso ricondurre la loro qualificazione pubblicistica alla valutazione della *necessità della loro esistenza in vita da parte dei pubblici poteri*” (corsivo nostro), per poi concludere: “*Tale riconduzione [...] pare cogliere decisamente nel segno*, nella sua centralità, con riguardo alla categoria delle società legali: si è visto, infatti, che il carattere necessario o “libero” dell’ente societario viene a costituire il tratto discriminante, nell’ambito delle società in mano pubblica, fra figure soggettive ontologicamente pubbliche ed organizzazioni societarie effettivamente partorite in seno a manifestazioni di autonomia negoziale” (corsivo di nuovo nostro).

<sup>(214)</sup> Così stanno le cose anche ad avviso di G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., 402.

<sup>(215)</sup> Per la ricostruzione della disciplina applicabile agli enti pubblici in forma di società per azioni, si cfr. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 146 e ss.

Come il lettore avrà sicuramente notato, la riflessione della dottrina sulle società pubbliche ha come referente naturale un altro tema, altrettanto importante: quello dell'*ente pubblico*, sin qui *grande assente* della nostra indagine. È giunto il momento, dunque, di rimediare almeno in parte a tale mancanza.

A onor del vero, il “problema dell’ente pubblico” <sup>(216)</sup> è stato sfiorato nel corso del primo capitolo. In quella sede, il nostro discorso si è arrestato ai primi decenni del Novecento, momento in cui “l’ente pubblico ha rappresentato una variabile organizzativa dell’amministrazione tradizionale ed è stato sempre più frequentemente utilizzato in connessione all’ampliamento della sfera pubblica” <sup>(217)</sup>. Ma tale ampliamento, come ben spiegatoci da Berti, non è stato indolore. Invero, “ad una rassicurante forza centripeta che amplia ma non altera, sostanzialmente, la sfera del pubblico”, si è contrapposta “una pericolosa forza centrifuga che con l’espansione dei compiti e lo sfaldamento dell’amministrazione compatta, dissolve anche i pilastri ... “costituzionali” della stessa natura pubblica” <sup>(218)</sup>.

In questa sede, però, è bene evitare di saltare direttamente alle conclusioni. Procediamo dunque con ordine <sup>(219)</sup>, riportandoci idealmente agli anni Venti del secolo scorso.

Ebbene, sino al secondo ventennio del Novecento l’ente pubblico possedeva lineamenti piuttosto definiti: innanzitutto aveva un “fine di interesse pubblico”, “inteso come essere tributario della cura di un interesse pubblico”; conseguentemente a ciò,

---

<sup>(216)</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 110, osserva che esso “si pone come problema di ordine positivo, nell’esigenza di stabilire i criteri di identificazione degli *enti pubblici*, nei casi di incertezza circa la loro natura. Il problema si pone sul piano pratico, per la ragione che vi sono numerose norme positive, le quali fanno riferimento agli “enti pubblici” o agli “enti ed organismi pubblici”, o espressioni similari, al fine di determinare l’applicazione di singoli istituti positivi o di settori di disciplina”.

<sup>(217)</sup> G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 143.

<sup>(218)</sup> B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici*, cit., 12. Ricorda G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 143, che è proprio con la diffusione degli enti pubblici che “è [...] venuto meno il dogma dell’unicità della personalità giuridica pubblica”, il cui perimetro fino ad allora coincideva perfettamente con quello dello Stato. A tal proposito, particolarmente eloquente è l’immagine “[del]l’ente pubblico che distrugge lo Stato”, adoperata da F. SPANTIGATI, *L’ente pubblico dopo la scomparsa dello Stato*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., 163 ss., 164.

<sup>(219)</sup> Servendoci delle parole di un altro grande Maestro come M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 147 e ss., da cui sono tratte le citazioni che seguono nel testo. Inoltre, ci atterremo alla classica narrazione storica sugli enti pubblici scandita in tre fasi cronologiche, per la quale cfr. S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 90 e ss.; ID., *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Giuffrè, Milano, 1991, III, t. 1, 177 e ss.; G. NAPOLITANO, voce *Enti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, cit., III, 2223 e ss.

era dotato di “talune potestà conferitegli dalla legge”, come quelle di “emanare ordini, autorizzazioni, regolamenti”; infine, era sottoposto ad un controllo pubblico esercitato da organi statali, “quindi con costante attribuzione allo Stato di potestà di soprordinazione, più o meno atipica”. Da qui la dizione di “enti minori”.

La concezione dogmatica del tempo, in sintesi, riconosceva nell’ente pubblico minore “una sorta di frammento dello Stato, un potere pubblico a cui la legge d[ava] delle attribuzioni che altrimenti sarebbero dovute spettare alle amministrazioni dello Stato. Si discuteva sul rapporto Stato-ente pubblico minore, comunque quest’ultimo era inteso come potere precipuamente autoritativo: autarchico nel senso specifico del termine” <sup>(220)</sup>.

Una nuova fase si apre negli anni Trenta, nel cui corso si registra la maggior crescita degli enti pubblici. Crescita realizzatasi, però, all’insegna del “caos” <sup>(221)</sup>. Il “disegno” ereditato dal recente passato, infatti, venne irrimediabilmente “guastato” dalla legislazione del nuovo decennio, che introdusse “enti privati affidatari in esclusiva della cura di interessi pubblici talora perfino muniti di potestà pubbliche ...; enti qualificati come pubblici dalle norme, ma totalmente privi di potestà pubbliche e anzi talora addirittura aventi la qualità di imprenditori, e quindi operanti solo sotto la disciplina del diritto privato ...; assoggettamento a controlli pubblici di enti che esplicitamente si erano voluti mantenere con caratteri dell’ente privato”. Una legislazione che, poi, “raggiunse apici quasi parossistici, con l’attribuzione della qualità di ente pubblico non solo a tutte le associazioni sindacali ma ad ogni ente che presentasse un minimo di rilevanza di gruppo sociale, anche se a tutela di interessi solo collettivi” <sup>(222)</sup>.

---

<sup>(220)</sup> Per la definizione di autarchia si veda lo stesso M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 40: “dopo numerosi dibattiti [...] il significato del termine si è stabilizzato in quello di sistema in cui è attribuita anche ad enti pubblici diversi dallo Stato la titolarità di potestà pubbliche autoritative, ossia, applicativamente, la potestà, per un ente pubblico, di agire mediante provvedimenti amministrativi per la cura dei propri interessi”.

<sup>(221)</sup> Riprendiamo (e riportiamo nel prosieguo del testo) narrazione e immagini di M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 148.

<sup>(222)</sup> Circostanza che, negli anni Trenta, “si motivava [...] sempre col dire che era necessario portare gli enti sotto il controllo dello Stato”: così sempre M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 148. Osserva a tal proposito S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 94-95: “Il numero degli enti pubblici è in questo periodo massimo. Ciò va posto in relazione col prevalere, nel periodo in esame, di un regime «totalitario» che mira a vestire di carattere pubblico interessi privati. Enti di gestione, enti di incoraggiamento, enti di controllo proliferarono senza alcun ordine apparente, giungendo perfino a curare interessi strutturalmente in contrasto tra di loro. Si

A cadere sotto i colpi di tali eventi è stato quello che potremmo definire “il nocciolo duro” della tradizionale (e tendenzialmente unitaria) nozione di ente pubblico, ossia il “carattere autoritativo” di quest’ultimo <sup>(223)</sup>. Basti pensare, a titolo esemplificativo, ai più volte menzionati enti autonomi di gestione che costellavano il panorama della partecipazioni statali, certamente privi di poteri di *imperium* <sup>(224)</sup>, e cionondimeno inclusi nel quadro delle persone giuridiche pubbliche <sup>(225)</sup>.

Particolarmente efficace per riassumere questa seconda fase di espansione – coincisa, come detto, con gli anni Trenta del Novecento – è l’immagine della parabola: quella che va “dall’ente pubblico agli enti pubblici; dalla faticosa costruzione della nozione unitaria alla sua repentina dissoluzione” <sup>(226)</sup>.

Il corso degli eventi non è mutato in occasione del passaggio dal regime fascista all’ordinamento repubblicano, momento che ha segnato l’avvio della terza fase di

---

verificò, in tal modo, il seguente fenomeno: il piano su cui avveniva la composizione degli interessi economici si spostò dallo Stato-società verso l’interno dell’ordinamento statale. Ciò, del resto, corrispondeva alla conclamata identificazione fra società e Stato (o tra nazione e Stato). In questo non sembra potersi negare l’affermazione che il moltiplicarsi degli enti pubblici è un fenomeno storicamente non liberale”.

<sup>(223)</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 149. Cfr. A.M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati d’interesse pubblico*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Jovene, Napoli, 1990, IV, 514: “se è un dato sempre presente e mai mancante, presso qualsiasi ente pubblico, che l’ente sia titolare di una qualche potestà pubblica (quanto meno le potestà inerenti alla propria organizzazione e quella inerente alla certificazione delle proprie attività), e se pertanto ben può dirsi che la *titolarità* di potestà pubbliche è attributo essenziale ed esclusivo – e quindi tipico – degli enti pubblici [...], occorre convenire che, particolarmente in quei casi in cui le potestà pubbliche, di cui un ente sia titolare, siano ridotte al minimo (il caso estremo è quello degli enti pubblici «economici»), [...] l’operatore del diritto non è in grado di appellarsi alla attribuzione all’ente di potestà pubbliche per ricavarne la natura dell’ente stesso”.

<sup>(224)</sup> Cfr. S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 103.

<sup>(225)</sup> Sulla qualificazione degli enti autonomi di gestione come enti pubblici si veda, per tutti, S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 101 e ss. La conclusione può dirsi pacifica. Discordanti, viceversa, sono i percorsi argomentativi seguiti per raggiungerla. Secondo l’A. cit., gli elementi che spiegano la pubblicità degli enti in questione sono, in conclusione, due: “il primo – la funzione di evidenziazione svolta con riferimento alle società dipendenti – è un carattere di specie degli enti di gestione; il secondo – la loro necessità che si manifesta nel non poter essi disporre di se stessi – è un attributo che gli enti di gestione hanno in comune con gli enti pubblici gestori di impresa” (123-124). Il primo elemento, come detto peculiare degli enti autonomi di gestione, è così descritto da Casese: “All’ente di gestione è affidato il capitale d’impianto, investito nel finanziamento della gestione, e ad esso è attribuito il compito di porre in rilievo i ricavi (e quindi gli utili) della gestione del gruppo. La rilevanza pubblica degli enti di gestione viene in evidenza con riferimento non alla posizione nei confronti dello Stato ma al gruppo sottostante, in quanto l’ente di gestione realizza l’interesse dell’ordinamento generale alla conoscenza del successo economico del gruppo nel suo complesso; in quanto cioè esso *evidenzia* i risultati economici dell’attività di gruppo”.

<sup>(226)</sup> B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici*, cit., 3.

espansione degli enti pubblici <sup>(227)</sup>, arrestatasi soltanto nell'ultimo decennio del secolo scorso, per effetto delle vicende che ben conosciamo <sup>(228)</sup>.

Così, in un universo di persone giuridiche già molto variopinto e frastagliato, nuove leggi sono venute stratificandosi nel corso degli anni e, con esse, nuove teorie sulla fisionomia dell'ente pubblico <sup>(229)</sup>. Rispetto a queste seconde, chi ne ha osservato l'evoluzione ha affermato, con una punta di sarcasmo, che “le capacità di inventiva degli autori sono state utilizzate fino in fondo” <sup>(230)</sup>. Quel che è certo, ad ogni modo, è che ciascuna teoria veniva puntualmente superata dall'evolversi della realtà, che “portava all'apparizione di nuove figure cui non si adattavano più le nozioni precedentemente accolte” <sup>(231)</sup>. Nel periodo in esame, peraltro, la disarticolazione del quadro delle persone giuridiche pubbliche è stata propiziata – oltre che dal (già sperimentato) presentarsi di enti non dotati di poteri di *imperium* – da una certa marginalizzazione del ruolo dello Stato, il quale ha via via “perduto la centralità che prima possedeva” <sup>(232)</sup>. Non per niente, nel ripercorrere la storia dell'ente pubblico, vi

---

<sup>(227)</sup> In questa fase per S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, cit., 181, “si è ricorso ad enti pubblici o perché i compiti erano enormi e non si pensava che la gestione diretta dello Stato potesse sopprimerli; o per sfiducia nelle possibilità di azione della burocrazia statale, ritenuta bizantina e lenta; o per individuare più chiaramente responsabilità di amministratori pubblici”. Ma si veda anche G. NAPOLITANO, voce *Enti pubblici*, cit., 2224, secondo cui “nell'Italia repubblicana, l'istituzione di nuovi enti pubblici è legata soprattutto alle esigenze di provvista finanziaria per le politiche di programmazione e di sviluppo [...]; all'adozione di misure di nazionalizzazione [...]; a obiettivi di rafforzamento dell'autonomia delle imprese pubbliche precedentemente non personificate [...]; a disegni di progressiva tecnicizzazione nella disciplina di mercati sensibili”.

<sup>(228)</sup> Quando, cioè, il legislatore ha deciso di “privilegia[re] il ricorso a istituti privatistici o a modelli originali, come quelli delle autorità indipendenti e delle agenzie amministrative, privi di personalità giuridica”. Nei termini che precedono, G. NAPOLITANO, voce *Enti pubblici*, cit., 2224. È a partire dagli anni Novanta che “La parabola degli enti pubblici, dopo decenni di ascesa, sembra dunque aver imboccato [...] la fase discendente”: così M. CLARICH, *Manuale*, cit., 340. Cfr. anche L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., 137.

<sup>(229)</sup> Tese a sostenere l'una piuttosto che l'altra nozione di ente pubblico tra le tante prospettate. “Si può dire infatti che non vi sia stato autore di diritto pubblico che non abbia espresso una propria tesi al riguardo”: in questi termini F. BASSI, *Tipologia degli enti pubblici nell'ordinamento vigente*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., 104.

<sup>(230)</sup> S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 98.

<sup>(231)</sup> G. ARENA, voce *Enti pubblici*, in *Noviss. dig. it.*, App. III, Utet, Torino, 1982, 401 e ss., qui 404.

<sup>(232)</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 149. Sulle vicende che hanno determinato questa perdita di centralità, da noi appena tratteggiata allorché, nel corso del primo capitolo, ci siamo soffermati sui caratteri della postmodernità giuridica, si rimanda alle belle pagine di S. CASSESE, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., 869 e ss., segnatamente al paragrafo *La crisi dello Stato*. Ma già un decennio prima, in *Id.*, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, cit., 374 e ss., lo stesso A. definiva lo Stato (quello italiano, in particolare) come “multiorganizzativo” (378) e descriveva i pubblici poteri come “sempre più ordinati secondo il criterio della dispersione”: da qui l'immagine dei pubblici poteri “una volta ordinati come una piramide” e “ora ordinati come una rete” (382).

è stato chi ha proposto di scandire tra un prima e un dopo la “scomparsa” dello Stato<sup>(233)</sup>.

Quanto sin qui descritto ha avuto effetti devastanti sulla concezione dogmatica richiamata poco sopra, all’inizio del nostro breve *excursus* <sup>(234)</sup>.

“L’ente pubblico è stato negato come istituto, è stato relegato a mera nomenclatura. La rigida assimilazione allo Stato ha lasciato il posto alla legislazione individualistica, alla normativa singolare, alla proteiformità, all’empiricità” <sup>(235)</sup>. L’amministrazione italiana – già da tempo definita, in modo quasi tralatizio, una “amministrazione per enti” – ha così rivelato la propria essenza, quella di “una realtà giuridica che ... non è venuta mai ad esistenza secondo un piano organico e razionale” <sup>(236)</sup>. E gli studi della seconda metà del Novecento sulla persona giuridica pubblica, in effetti, sembrano darne ampia dimostrazione: essi “hanno avuto tutti, come comune denominatore, la percezione della relatività dell’istituto e, più in generale, della atipicità dell’ente pubblico” <sup>(237)</sup>.

---

<sup>(233)</sup> Si tratta del già menzionato F. SPANTIGATI, *L’ente pubblico dopo la scomparsa dello Stato*, cit., 163: “L’ente pubblico in presenza dello Stato è regolato dal diritto, ha natura diversa dall’ente privato, è generato (direttamente o indirettamente) dallo Stato, agisce secondo le determinazioni della propria volontà, ha il centro della problematica nell’individuazione nelle leggi dell’interesse pubblico, ha potere privilegiato. L’ente pubblico dopo la scomparsa dello Stato è regolato dalla propria autorganizzazione, ha natura identica a quella degli enti privati, è generato da interessi non regolati dal diritto, agisce secondo obiettivi di altri enti, ha il centro della problematica nella rappresentazione degli interessi, ha un piano di azione di interesse privilegiato [...] La differenza fra ente pubblico in presenza dello Stato ed ente pubblico dopo la scomparsa dello Stato è che il primo è caratterizzato dal potere che ha, quindi la sua natura è essenzialmente diversa da quella dell’ente privato, perché ente privato ed ente pubblico hanno diverse qualità di potere in diritto”.

<sup>(234)</sup> La quale “dovette [...] essere poi abbandonata”: M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 149.

<sup>(235)</sup> Questa plastica rappresentazione si deve, ancora una volta, a B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici*, cit., 15, che conclude: “La morfologia sembra vincere sulla dogmatica, tanto che il monumento giuridico dell’ente pubblico, edificato sul crinale mobilissimo e cedevole tra pubblico e privato, tra statuale e commerciale, tra interesse generale e interessi sezionali, sembra smottato prima del suo completamento. Non ha avuto la stessa fortuna di altri istituti ottocenteschi – l’atto amministrativo; lo stesso interesse legittimo – che almeno nel mondo della *puissance* una loro razionalità sono riusciti a conservare”.

<sup>(236)</sup> G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 239.

<sup>(237)</sup> G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 228, al quale si rinvia per i dovuti riferimenti bibliografici. La vigenza, nel nostro ordinamento, di un “principio di atipicità” degli enti pubblici è dato acquisito non solo nella letteratura *ex professo* dedicata al tema, ma anche nella manualistica. Per la prima si veda, *ex multis*, A.M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati d’interesse pubblico*, cit., 509 e ss., il quale, nel denunciare “un sempre più intenso fenomeno di detipicizzazione dei sistemi utilizzati per l’azione dei poteri [pubblici, *n.d.r.*]” (512), rammenta che “occorre tener sempre presente che gli enti pubblici hanno carattere atipico, variando la loro disciplina e il loro regime da caso a caso” (517). Per la seconda, invece, bastino i richiami a M. CLARICH, *Manuale*, cit., 337, ed E. CASETTA, *Manuale*, cit., 88.

Certo, a fronte della mancanza, nel diritto positivo, di parametri capaci di predeterminare in modo univoco i caratteri della persona giuridica pubblica, bisogna dare atto dello sforzo, da più parti compiuto, di individuare elementi di disciplina *sintomatici* della pubblicità, dai quali trarre conferma circa la natura pubblica dell'ente<sup>(238)</sup>. Tuttavia, il tratto caratteristico di quest'epoca è stato, senza ombra di dubbio,

---

<sup>(238)</sup> “In massima sintesi, possiamo dire che si è passati da una concezione sostanzialistica di tali elementi sintomatici, ad una concezione formale e organizzatoria degli stessi, senza abbandonare la prima. In una prima fase infatti, l'elemento sintomatico era visto essenzialmente in ciò, che alla persona giuridica fossero (dalla legge) attribuiti poteri amministrativi in senso tecnico o comunque compiti specifici di cura di interessi pubblici. Nella seconda fase gli elementi sintomatici della pubblicità sono visti essenzialmente nella disciplina organizzativa concernente la persona giuridica [...]: segnatamente per ciò che riguarda la relazione organizzativa tra essa e lo Stato, tale da configurare la persona giuridica come articolazione (più o meno intensamente legata allo Stato) della complessiva organizzazione pubblica (c.d. *rapporto di servizio* dell'ente rispetto allo Stato)”: in questi termini V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 111. L'approccio formalista è ben rappresentato da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Jovene, Napoli, 1989, I, 192 e ss., a cui peraltro si deve un importante tentativo di sistematizzazione degli indici di riconoscimento degli enti pubblici. Secondo l'autorevole studioso, “l'elemento al quale occorre rifarsi per stabilire, nei casi dubbi (e ciò nei casi in cui un ente non sia definito pubblico, direttamente o indirettamente, dalle leggi), se si sia in presenza di un ente pubblico, non può esser cercato tanto negli interessi (generalmente collettivi, ma non sempre propri dello Stato o prossimi a quelli dello Stato) che l'ente persegue, quanto nel regime (trattamento) che ai singoli enti faccia il diritto positivo (e cioè nell'aspetto formale). Ogni illazione, che per definire il carattere pubblico di un ente giuridico volesse invece trarsi dagli scopi istituzionali non può non riuscire, per sé sola, fallace, almeno in buona parte dei casi. Ciò che occorre determinare col massimo rigore è unicamente se l'ente del quale si tratti sia collocato dall'ordinamento in una posizione giuridica particolare, differenziata da quella propria dei soggetti di diritto comune (e cioè dei soggetti privati), o, meglio (più specificamente), se l'ente sia assoggettato a un regime giuridico il quale gli conferisca (sia pure per una parte ristretta della sua attività) poteri e prerogative di diritto pubblico, che in qualche modo lo assimilino o lo avvicinino (sia pure eventualmente solo sotto un profilo parziale) a quelli degli enti che sicuramente hanno natura pubblica, facendone perciò un «pubblico potere». Di conseguenza, “non basta la prossimità o addirittura l'identità degli interessi di un ente con interessi dello Stato (o di un'altra pubblica Amministrazione) a far considerare quell'ente come pubblico. Infatti i fini delle pubbliche Amministrazioni non sono sempre fini propri ed esclusive di esse, di tal che fini dello stesso genere non possano esser suscettibili di interessare, in modo affatto autonomo, altri soggetti. Ecco perché frequentemente accade che l'ordinamento non differenzia dai rimanenti soggetti privati alcuni soggetti (p. es. enti privati di istruzione o di assistenza) che perseguono finalità cui lo Stato o altre pubbliche Amministrazioni prendono così vivo interesse da perseguirle anch'essi direttamente e da inquadrare nella propria organizzazione altri enti che le perseguono. Allo stesso modo, e per converso, nel nostro tempo è sempre più frequente il caso della partecipazione, vuoi diretta, vuoi indiretta, da parte dello Stato e di altri enti pubblici, in concorrenza coi privati, ad attività (come quelle produttive e di scambio) tradizionalmente considerate proprie dei privati (si pensi, p. es., alla gestione da parte delle Regioni delle loro foreste demaniali; all'ENEL, all'ENI, agli enti autonomi di gestione delle partecipazioni statali e regionali nei vari settori economici; ecc.). Anzi non manca chi ammette la possibilità di enti pubblici esplicanti attività economiche in veste di società commerciali. Il momento di individuazione della categoria degli enti pubblici va perciò cercato in elementi estrinseci e formali: e precisamente proprio nel regime giuridico e nell'inserimento istituzionale degli enti stessi nell'organizzazione amministrativa pubblica”. Si cfr. anche P. SALVATORE, *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, cit., 594, il quale osserva che “per quanto si tentò di ricercare una matrice pubblicistica unitaria della nozione, la si rinvenne per lo più nel collegamento (genetico o sopravvenuto) con un altro soggetto pubblico, cristallizzato nel singolo atto di costituzione dell'ente o comunque ricavabile dalla speciale disciplina organizzativa prevista dalla legge”. Quest'ultimo ordine di idee corrisponde a quello di sovente accolto nelle trattazioni manualistiche. Di recente si veda, ad es.,

l'emergere di "propensioni rinunciate" rispetto alla "ricostruzione della categoria in un'ottica unitaria" e alla "ricerca di un fattore unificante" <sup>(239)</sup>. La riflessione giuridica intorno alla natura pubblica dei soggetti, infatti, "si stemperò nello studio delle particolarità dei singoli enti pubblici e si specializzò nell'individuazione e nell'approfondimento delle loro varie tipologie" <sup>(240)</sup>.

Risolutiva non fu nemmeno la legge 20 marzo 1975, n. 70, sul c.d. "parastato", attraverso la quale il legislatore, per lunghi anni promotore di una "politica generale di assecondamento della atipicità", tentò di invertire la rotta e porre un freno allo sviluppo singolare – "nel senso proprio del termine per cui ogni ente ha una storia a sé" – della materia *de qua* <sup>(241)</sup>. L'atto normativo in parola dettò, per un verso, una disciplina uniforme per una intera categoria di enti, chiamati appunto parastatali (in quanto posti accanto allo Stato), che però fu limitata agli aspetti del personale e della contabilità. Per un altro verso, cercò di ridurre il numero degli enti pubblici, sopprimendone alcuni ritenuti inutili, e prevedendo che altri enti pubblici non avrebbero potuto essere istituiti se non per legge. Categorico, sul punto, l'art. 4, l. cit., a mente del quale "nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge".

---

D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 330: "Comunque, in conclusione, la pubblicità di un'amministrazione e, in particolare, di un ente, deriva da un aspetto strutturale, cioè dall'esistenza di speciali relazioni organizzative con gli (apparati politici degli) enti politici – così che possono aversi enti pubblici statali [...], regionali, provinciali e comunali". Ad ogni modo, per un dettagliato quadro dei principali "criteri di identificazione dell'ente pubblico nei casi dubbi", rinviamo il lettore a F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Giuffrè, Milano, 2014, 411 e ss.

<sup>(239)</sup> P. SALVATORE, *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, cit., 595. Del resto, riprendendo le parole di B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici*, cit., 14, i criteri di riconoscimento fondati sulle "nuvole" si erano ormai "frantumati" tra le mani dei giuristi "alla disperata ricerca di un confine di un confine tra persone giuridiche pubbliche e private".

<sup>(240)</sup> P. SALVATORE, *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, cit., 594. A riprova di quanto affermato si veda, per tutti, G. MENOTTI DE FRANCESCO, voce *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, Torino, 1968, 1035 e ss., 1042: "La verità è che non esistono criteri distintivi, né unici, né combinati, che possano dar luogo a una vera e propria teoria. Esistono *indici* rivelatori della pubblicità dell'ente, *sintomi* ricognitivi che valgono, volta per volta, ad inquadrare la persona giuridica nell'una o nell'altra categoria".

<sup>(241)</sup> S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, cit., 186-187, che colloca tra i principali fattori scatenanti della reazione del legislatore "l'affacciarsi di preoccupazioni finanziarie". In realtà, sulle ragioni che condussero all'emanazione della legge sul "parastato" sono state espresse opinioni discordanti. Ad es., secondo M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 149, una volta "istituite le regioni a statuto ordinario con le prime leggi di passaggio di funzioni alle regioni medesime, ci si accorse come molti enti pubblici dovessero essere eliminati, se si fosse voluta dare alle regioni effettività di attribuzioni nelle funzioni loro proprie [...] Fu quindi deciso di isolare un gruppo di enti pubblici, quelli nazionali non territoriali, e di eliminare quelli che fra essi si ritenessero inutili; ciò fu fatto con la legge 1975 n. 70". Dal canto suo, G. NAPOLITANO, voce *Enti pubblici*, cit., 2224, riconduce l'atto normativo in parola nell'ambito di una periodica azione del legislatore tesa a "razionalizzare e controllare il sistema delle amministrazioni «parallele»".

Pur ribadendo un concetto per certi versi ovvio, ossia che “all’origine di un ente pubblico non può che stare la legge” <sup>(242)</sup>, l’art. 4 cit. aveva in effetti il sapore della norma di sistema e, in tale veste, sembrava dischiudere nuovi orizzonti per gli interpreti impegnati nella ricerca della nozione di ente pubblico. Tanto che, ad un certo punto, “venne fuori la tendenza ... ad individuare l’ente pubblico sulla base del criterio nominalistico (l’essere definito pubblico da una norma)” <sup>(243)</sup>.

La disposizione in questione, però, lasciava aperto il problema del riconoscimento implicito della pubblicità di un ente attraverso l’attribuzione ad esso, con norma di rango legislativo, di determinati elementi di disciplina, ritenuti sintomatici. Talvolta, infatti, la legge non dichiara esplicitamente pubblico un ente e tuttavia tale qualificazione può considerarsi implicita quando nella legge medesima si rinvenivano elementi che presuppongono la pubblicità dell’ente <sup>(244)</sup>.

Il risultato, pertanto, è stato un ritorno ai blocchi di partenza, cioè al dominio del principio di atipicità degli enti pubblici <sup>(245)</sup>. A fronte del quale la dottrina ha gettato

---

<sup>(242)</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 329. L’art. 97 Cost., infatti, stabilendo che “i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge”, esprime “il principio essenziale secondo cui spetta all’ordinamento generale e alle sue fonti individuare le soggettività che operano al suo interno”. Da questo punto di vista, la norma di cui all’art. 4, l. n. 70/75, “può essere considerata applicativa della disposizione costituzionale sopra citata”: così E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 89. Pertanto, l’art. 4 cit. ha ad oggetto un’ipotesi di per sé “rarissima nell’esperienza precedente”, ovvero quella “di enti istituiti costituiti o riconosciuti con atto amministrativo”: in questi termini V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 112.

<sup>(243)</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 149.

<sup>(244)</sup> Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 330; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 112, nonché, *amplius*, Id., *Problemi dell’individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la legge sul “parastato”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 2, 626 e ss. Per un’analisi dei problemi interpretativi, invero molteplici, sollevati dall’art. 4, l. n. 70/75, si rinvia a E. PICOZZA, *Istituzione e riconoscimento per legge di nuovi enti pubblici nell’ordinamento giuridico statale e regionale*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., 137 e ss., in part. 141 e ss.

<sup>(245)</sup> Cfr. G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 240 e ss., secondo cui “il fallimento del diritto positivo, paradossalmente, appare con maggior forza all’indomani della nota legge 20 marzo 1975, n. 70”, atteso che “tale disposizione non ha avuto, nella sua globalità, il significato di “unificare” la disciplina sugli enti pubblici bensì, “solo”, di indicare il criterio per attribuire la natura sul piano formale”. Prosegue l’A. osservando che il tenore letterale dell’art. 4, l. cit., “ha il significato di attribuire esclusivamente alla legge il potere di attribuire la natura pubblica ad un ente, senza giungere, però, ad indicare una nozione ed una disciplina unificante degli enti di natura pubblica”. Pertanto, “si può ritenere che all’indomani della legge 70/1975 manchi ancora uno *status* di persona giuridica pubblica definito dal diritto positivo [...] Inoltre, emerge, come dato certo, la mancanza di una disciplina applicabile in modo “unitario” all’ente pubblico essendo presenti tanti diversi tratti disciplinari che non solo non si compongono in un quadro armonico, ma con le loro difformità impediscono perfino che ad una disciplina comune e generale si possa pervenire in via di interpretazione sistematica [...] L’unica certezza ricavabile conduce alla attribuzione della natura pubblica in funzione esclusiva delle scelte contingenti operate dal legislatore, senza che possa guardarsi ad un significato giuridico più profondo”

la spugna: tramontato il mito, per il vero mai del tutto affermatosi, “del concetto unico ed assoluto della natura pubblica degli enti”, a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta “si deve ritenere ormai definitivamente conclusa anche la ricerca da parte della dottrina di criteri o indici per qualificare un ente come pubblico” <sup>(246)</sup>.

Non si è arresa invece la giurisprudenza, in particolare amministrativa, che sugli indici sintomatici ha continuato a puntare con convinzione al fine di risolvere l’annosa e complessa questione dell’individuazione degli enti pubblici <sup>(247)</sup>.

In generale, tra gli indici maggiormente valorizzati possono ricordarsi: l’istituzione per legge; il fine pubblico che l’ente è tenuto a perseguire; il rapporto di strumentalità o di servizio con lo Stato o un ente territoriale, in forza del quale l’ente è sottoposto a poteri di indirizzo o di controllo particolarmente intensi; l’esistenza di controlli o di finanziamenti pubblici; la nomina degli organi direttivi in tutto o in parte di competenza dello Stato o di altro ente pubblico; l’attribuzione di poteri autoritativi; il carattere necessario dell’ente, cioè il fatto che la sua esistenza è per legge obbligatoria, da cui discende l’impossibilità per l’ente di autosciogliersi <sup>(248)</sup>.

Nessuno degli indici indicati, considerato singolarmente, è di per sé ritenuto sufficiente ad affermare la natura pubblica di un ente. A questo scopo, infatti, è necessario il positivo riscontro di una pluralità di “indizi”, tra loro concordanti; solo allora, “quando l’insieme degli indici che si rinvencono viene ritenuto sufficientemente caratterizzante, se ne deduce la pubblicità dell’ente” <sup>(249)</sup>.

---

(249). Si veda, altresì, S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, cit., 187: “questa legge, alla fine, riguardò non più di un paio di centinaia di enti. Costituì una «gabbia», dalla quale gli enti furono subito tentati di uscire. E – per la parte relativa all’istituzione con legge di nuovi enti pubblici – si rivelò subito di incerta e difficile applicazione”.

<sup>(246)</sup> G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 239.

<sup>(247)</sup> Né avrebbe potuto essere altrimenti, considerato che “Il lavoro della giurisprudenza ha caratteri di indagine diversi rispetto a quello della dottrina per la necessità di rispondere, concretamente, alle numerose difficoltà sorte in sede di interpretazione di numerose norme che richiamano, senza alcuna sistematicità, la natura pubblica degli enti”: così G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 253.

<sup>(248)</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., 341; G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 254.

<sup>(249)</sup> Così D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 330. Ma l’affermazione si ritrova a trecentosessanta gradi nella letteratura sugli indici di riconoscimento creati nelle aule dei tribunali. Per restare sempre alla manualistica, cfr. già A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 195. Tra gli studi monografici si veda invece G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 254, che osserva: “L’approccio della giurisprudenza [...] rispetto al passato – fino alla metà del Novecento – è diverso. Non si guarda più al *singolo* indice rivelatore – principalmente il fine pubblico o il criterio dei controlli – bensì si cerca la concomitanza di una *pluralità* di indici, sul presupposto che uno solo non potrebbe più essere considerato il criterio di collegamento della natura pubblica del soggetto”. Nel senso appena indicato si veda, di recente, Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2012, n. 3820, in *neldiritto.it*: “La volontà legislativa di connotare in termini pubblicistici una persona giuridica può

La giurisprudenza, dunque, di fronte ai “parossismi” della legislazione e alla disaggregazione delle strutture amministrative che ne è seguita, nonché di fronte alla incapacità della dottrina di contrapporre ricostruzioni convincenti e (un minimo) condivise, ha optato per una soluzione eminentemente empirica al “problema dell’ente pubblico”. Talora mostrando, però, una disinvoltura eccessiva.

Dopo l’entrata in vigore dell’art. 4, l. n. 70/75, il problema dell’individuazione dell’ente pubblico non avrebbe dovuto porsi nelle ipotesi in cui fosse il diritto positivo ad affermare espressamente la pubblicità di un soggetto. Tuttavia, neppure la qualificazione operata dalla legge sembrò essere decisiva. In certi casi, infatti, la giurisprudenza, in pratica rifiutandosi di assoggettarsi ai dettami della legge, è intervenuta per superare la qualificazione in termini privatistici di alcuni soggetti, “quasi che la «sostanza» delle cose reagis[se] alle scelte del legislatore, prevalendo su di esse” <sup>(250)</sup>.

La volontà, anche espressa, del legislatore è stata insomma considerata un “indizio” alla stregua degli altri: autorevole, ma da solo non bastevole ed anzi superabile nella ricerca della vera natura del soggetto. L’effetto inevitabile di tale ragionamento è stata “una perdita di certezze interpretative” anche a livello giurisprudenziale <sup>(251)</sup>.

---

essere esplicita, oltre che con una qualificazione espressa, anche con la previsione di indici sintomatici rivelatori della matrice pubblicistica dell’ente. In proposito si deve sottolineare che il mero requisito teleologico della finalizzazione dell’ente al perseguimento di scopi di interesse pubblico, non è condizione sufficiente per la sussunzione del soggetto nel novero degli enti pubblici, essendo all’uopo indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di spessore pubblicistico”.

<sup>(250)</sup> E. CASETTA, *Manuale*, cit., 90. Osserva a tal proposito G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 259-260, che “il criterio della qualificazione nominale del diritto positivo, per quanto uno dei criteri principali, non è stato l’unico, dovendo comunque trovare conferma nella sussistenza di ulteriori e concorrenti indici rivelatori che potessero sia confermare la formale sia, eventualmente, modificarla in senso sostanziale. La giurisprudenza, infatti, ha cercato di risolvere ciò che, per la verità, avrebbe dovuto essere risolto dal diritto positivo tentando di rintracciare la natura dell’ente attraverso una finzione, di volta in volta, rimessa all’arbitraria attività dello stesso interprete. In altri termini [...] la giurisprudenza è diventata essa stessa creatrice di diversi indici positivi per leggere la natura, pubblica o privata, di un ente”. A conferma dell’atteggiamento spesso disinvolto della giurisprudenza, il fatto che “gli indici vengono riscontrati dal giudice in qualsiasi fonte di disciplina pertinente all’ente senza attenersi ad un criterio che le delimiti: può trattarsi, così, di fonti primarie o di fonti secondarie, di discipline istitutive e non”: così B. SPAMPINATO, *Intorno alla definizione di ente pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 2, 411 e ss., 414.

<sup>(251)</sup> G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 260-261. Emblematica del modo di ragionare sopra trattenuto è Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 1999, n. 1156, in *Foro amm.*, 1999, 9, 1773 e ss., sentenza nella quale si riconosce apertamente la facoltà, per il giudice, di discostarsi dalla volontà del legislatore: “Successivamente all’emanazione della l. 20 marzo 1975 n. 70, la costituzione di enti pubblici o il riconoscimento della personalità giuridica pubblica, possono essere disposti esclusivamente

La tendenza ad andare “oltre il dato normativo” <sup>(252)</sup> – tendenza, anche qui come sopra, propria soprattutto della giurisprudenza amministrativa – si è peraltro acuita a fronte dei processi di privatizzazione avviati negli anni Novanta. Spesso, infatti, il giudice amministrativo non asseconda il percorso di privatizzazione, districando i nodi delle previsioni normative, ma la contraddice “imponendo l’applicazione delle regole tipiche del diritto amministrativo al di là di quanto previsto dalla stessa legge”. Egli, cioè, “non si limita a riflettere la specialità della disciplina sostanziale”, ma “rincond[uce] le disposizioni derogatorie del diritto civile ai paradigmi tradizionali del diritto amministrativo”, fungendo così “da moltiplicatore della ripubblicizzazione” <sup>(253)</sup>.

È proprio il rilievo da ultimo effettuato che ci consente di riprendere il filo del discorso sulle società pubbliche.

---

in forza di legge. Qualora l’atto costitutivo attribuisca all’ente esplicitamente natura privatistica, il superamento della volontà espressa in tale atto, può conseguire soltanto alla verifica della valenza uniforme degli indici rivelatori della natura pubblica dell’ente (scopo d’indubbio interesse pubblico; totale ingerenza organizzativa dell’amministrazione pubblica; finanziamento con fondi pubblici), prevalenti sulla configurazione formale”. Ma *contra* si veda Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2012, n. 3820, cit., secondo cui, invece, “A fronte dell’espressa qualificazione dell’ente come soggetto di diritto privato [...] non rileva la sussistenza di indici sintomatici della caratterizzazione pubblicistica dell’ente sotto il profilo dell’interesse perseguito, delle fonti di finanziamento e della vigilanza degli enti pubblici fondatori. Detti indici sintomatici, significativi ai fini della qualificazione di un soggetto privato, ai sensi dell’art. 2, comma 26, del codice dei contratti pubblici, come organismo di diritto pubblico nel settore delle procedure di evidenza pubblica in campo contrattuale, non sono idonei a supplire alla mancanza di un fondamento legale della genesi dell’ente pubblico e a sovvertire l’espresso riconoscimento della natura privatistica dell’ente”. Il “perenne stato di incertezza” provocato dal *modus operandi* della giurisprudenza è posta in evidenza anche da B. VIVARELLI, *La natura giuridica di C.O.N.I. Servizi S.p.a.: profili organizzativi, funzionali e costituzionali*, di commento a Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014, in *Munus*, 2014, 1, 148: tale incertezza “fa sì che singoli frammenti del problema acquistino impropriamente l’attitudine a risolvere l’intera questione principale, su di un piano fattuale ed effettuale, senza considerare la dimensione costituzionale dell’ente pubblico”. L’A., poi, in nota aggiunge: “Quali siano le conseguenze del ruolo sempre più incisivo della giurisprudenza sulla tematica della distinzione tra enti pubblici e privati, è facilmente intuibile. L’apporto giurisprudenziale è di tipo empirico, contingente, inadatto ad apportare definitività alla questione, oltre che frammentario; incrementa quindi l’indeterminatezza e la contraddittorietà della problematica”.

<sup>(252)</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008, 206, che analizza il fenomeno sotto la lente del sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione delineato dalla nostra Costituzione. Secondo l’A., la “tendenza giurisprudenziale ad equiparare gli atti di soggetti privati – affidatari di compiti amministrativi – agli atti amministrativi”, con il fine di assoggettare i primi “a normative particolari e, soprattutto, al sistema speciale di tutela giurisdizionale”, non è condivisibile; tale tendenza, infatti, “non solo tradisce la *ratio* della privatizzazione, che in sé esclude la trasposizione dello statuto pubblicistico in quanto tale sul piano del rapporto civilistico, ma si traduce nel riconoscimento di privilegi ingiustificati o, viceversa, in un immotivato aggravamento dei vincoli o in una indebita estensione della protezione assicurata al privato” (208). In tema si veda anche C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell’atto “amministrativo” del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, cit., I, 527 e ss.

<sup>(253)</sup> G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, 3, 537 e ss., qui 538.

In un contesto come quello descritto nelle pagine che precedono, caratterizzato da una accentuata tendenza della giurisprudenza a qualificare in termini pubblicistici persone giuridiche tra le più disparate <sup>(254)</sup>, l'idea che – nonostante la trasmutazione di ampi settori dell'azione e dell'organizzazione amministrativa dal campo del diritto pubblico a quello del diritto privato – possano esistere enti pubblici travestiti da società di capitali è apparsa fin da subito particolarmente accattivante <sup>(255)</sup>. Se così stanno le cose, se il legislatore ha voluto cioè esercitare una sorta di “governo continuo” sulle privatizzazioni <sup>(256)</sup>, occorre andare a stanarlo, gettando luce su tutte quelle situazioni

---

<sup>(254)</sup> In proposito si veda, di nuovo, G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 262 e ss., che tenta di “semplificare gli interventi interpretativi giurisprudenziali all'interno di due categorie: la prima, relativa ad enti istituiti secondo le regole proprie del diritto comune – ossia associazioni e fondazioni, da natura formalmente privatistica –, in cui si è spesso preoccupata di accertare, in concreto, la loro natura pubblica o privata indagando, oltre al requisito della fonte istitutiva – formalmente privata – anche la presenza di indici rivelatori che potessero fare emergere la natura sostanziale di ente pubblico; la seconda riferita alle persone giuridiche istituite sempre secondo il diritto comune e qualificate come soggetti pubblici in ragione del proprio statuto, in cui l'interpretazione è stata altalenante concludendo, talvolta, per la loro natura privata e, altre, per quella pubblica [...] In entrambi i casi l'attività d'indagine dell'interprete è riferita agli indici rivelatori la cui evidente opinabilità renderebbe tale criterio insufficiente a determinare con ragionevole certezza la natura degli enti ma, soprattutto, non potrebbe portare, in termini generali ed assoluti, all'applicazione di regole di diritto speciale. In altri termini, attraverso l'uso degli indici rivelatori, in determinate fattispecie un ente è stato qualificato “pubblico”; in altre, invece, il medesimo soggetto è stato ritenuto ente di natura privata”. Sconsolata, a questo punto, la conclusione dell'A.: “Non si può, quindi, sintetizzare in modo univoco l'attività interpretativa della giurisprudenza ancora occupata a ricercare la natura pubblica o privata di un ente attraverso categorie – gli indici rivelatori – sintomatiche di una realtà a cui lo stesso legislatore non ha mai dato attuazione”.

<sup>(255)</sup> In particolare, ad attecchire è stata la tesi degli pubblici in forma societaria propugnata da G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., *passim*, successivamente riproposta in ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 2, pt. I, 221 e ss., per cui, date certe condizioni, la società deve esse considerata in realtà un ente pubblico. Una teoria, in sintesi, che si snoda lungo la coppia concettuale forma privata/sostanza pubblica, e che riconosce la seconda come prevalente prima. Sembra abbia avuto minor diffusione, invece, l'altra tesi dottrinale riportata più sopra, ossia quella doppia natura (e dunque della doppia qualificabilità), pubblica e privata allo stesso tempo, della società. Tesi sostenuta, come si ricorderà, da M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., *passim*.

<sup>(256)</sup> È quanto denunciato da F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 24: “persino quando privatizza il Parlamento vuole continuare a governare. Anziché restituire ai privati, e perciò al diritto privato, parte dell'organizzazione pubblica, pretende di sottoporre i soggetti «trasformati» ad un diritto speciale inventato *ad hoc* da ogni provvedimento legislativo, conservando per di più alle pubbliche amministrazioni poteri di intervento tali da far dubitare che il soggetto trasformato, o creato *ad hoc* con l'intervento pubblico per sostituire una pubblica amministrazione, sia veramente una persona giuridica di diritto privato. E per di più, poiché di tratta di un diritto privato speciale creato da legislatore, il legislatore si ritiene in diritto di modificarlo in ogni momento a suo piacimento, considerandolo «un oggetto disponibile» ancorché la normativa abbia ormai per destinatario una persona giuridica di diritto privato [...] Nell'incertezza e nella confusione vince anche qui il legislatore, pronto a cambiare idea e a modificare le regole le regole del gioco anche di chi non dovrebbe più far parte della pubblica amministrazione esercitando così una sorta di «governo continuo» sulle privatizzazioni”.

in cui la sostanza pubblica è stata da esso artatamente camuffata. Questo è quello che il giudice amministrativo ha cominciato a fare con le società pubbliche <sup>(257)</sup>.

Così, mostrando una spiccata inclinazione a riconoscere nella società per azioni uno strumento *bonne à tout faire* <sup>(258)</sup>, la giurisprudenza amministrativa è giunta a qualificare in senso pubblicistico numerose società di capitali in mano pubblica <sup>(259)</sup>.

---

<sup>(257)</sup> A onor del vero, la paternità dell'orientamento definito "sostanzialista" viene dai più attribuita alla Corte Costituzionale e, in particolare, ad una nota pronuncia risalente all'inizio degli anni Novanta, la c.d. sentenza Cheli (dal nome del giudice estensore): Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur. cost.*, 1993, 6, 3829 e ss. (sulla quale si vedano, per un commento, M. RAMAJOLI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 2, 203 e ss., e F.G. SCOCA e A. POLICE, *L'Enel s.p.a. e gli ossimori della giurisprudenza amministrativa*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 47 e ss.), riguardante la questione della permanenza del controllo della Corte dei Conti sugli (ex) enti pubblici trasformati in società per azioni. Sul punto, la Consulta ha affermato che "Il controllo esercitato dalla Corte dei conti in base all'art. 12 l. 21 marzo 1958 n. 259, in attuazione dell'art. 100 Cost., permane anche dopo la trasformazione degli enti pubblici economici (Iri, Enel, Ina) in società per azioni (art. 15 d.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella l. 8 agosto 1992 n. 359), fin quando rimane inalterato l'apporto finanziario dello Stato. Invero il mutamento della veste giuridica di tali organismi non importa una modifica sostanziale nell'imputazione del patrimonio, tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato". Sulla effettiva portata di tale decisione, tuttavia, vi è da sempre forte disaccordo fra gli interpreti. Tralascio è l'affermazione secondo cui, con la pronuncia in esame, la Consulta avrebbe riconosciuto piena cittadinanza nel nostro ordinamento alla figura degli enti pubblici in forma societaria, legittimando in tal modo operazioni interpretative volte a riqualificare in senso pubblicistico enti definiti dal legislatore come privati. Si veda, ad es., G. PERICU, *Privatizzazione e servizio pubblico*, ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, 833 e ss.: "Sulla prevalenza di capitale pubblico [nelle società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici, *n.d.r.*], conviene tenere presente la nostra giurisprudenza costituzionale che tende a dire che quando c'è prevalenza del capitale pubblico si è di fronte nella sostanza a un ente pubblico (secondo me non del tutto a torto) e conseguentemente resta per molti profili in vigore la disciplina pubblicistica" (837). E poco oltre: "Enel è una società per azioni a totale capitale pubblico, che secondo la Corte Costituzionale è un ente pubblico, addirittura sottoposto alla vigilanza della Corte dei Conti" (840). Ma diversi sono gli studiosi che, addentrandosi nelle pieghe della motivazione della sentenza, sono giunti a negare una simile lettura. In questo senso, ad es., D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata*, cit., 306-307, ove si legge: "In realtà, un'analisi approfondita della pronuncia del giudice delle leggi permette di constatare come – al di là di alcuni passaggi incidentali che sembrerebbero lasciar trapelare un orientamento della Corte favorevole ad una possibilità riqualificatoria – da un lato, tale possibilità non sia mai stata affermata esplicitamente e, dall'altro, il giudice delle leggi sia giunto a risolvere il caso sottoposto alla sua attenzione sulla base di un ragionamento che prescindeva dalla questione della natura pubblica piuttosto che privata del soggetto, ridimensionandone rilievo e pregnanza".

<sup>(258)</sup> Che in tale ambito il percorso di una parte della giurisprudenza sia guidato dalla convinzione della neutralità delle forme giuridiche, è circostanza messa in luce, tra gli altri, da F. GOISIS, *Contributo allo studio*, cit., 148 e ss.; G. SALA, *La società «pubblica» locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007, Cedam, Padova, 2008, 9 e ss., in part. 47, e da G.P. CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Giurisdizione amm.*, 2014, 3-4, pt. IV, 65 e ss., in part. 71.

<sup>(259)</sup> Anche qui, invero, una precisazione s'impone. Nel filone giurisprudenziale sostanzialista, (asseritamente) inaugurato dalla Corte Costituzionale con la sentenza Cheli, si colloca non solo (come più volte ribadito nel testo) il giudice amministrativo, ma anche quello contabile. Questi, infatti, in veste di giudice della responsabilità amministrativa "ha ... sviluppato una giurisprudenza che vanifica una parte significativa delle politiche di privatizzazione, affermando che le società pubbliche (nel caso, ovviamente considerate in riferimento ai loro amministratori e dirigenti) sono assoggettate al regime

Nel farlo, tuttavia, ha attribuito rilievo ai profili disciplinari più disparati, senza limitarsi a quel “minimo comune denominatore” delle figure soggettive pubbliche individuato da Rossi, rappresentato dal carattere necessario della loro esistenza in forza di una valutazione politica di un ente territoriale, trasfusa in un atto normativo <sup>(260)</sup>. In un certo senso, può dirsi che le intuizioni della dottrina sono state sfruttate dai giudici per rispolverare l’armamentario degli indici rivelatori della pubblicità, in un momento

---

della responsabilità amministrativa, che è tipico delle pubbliche amministrazioni. Infatti, per la Corte [dei Conti, *n.d.r.*] l’elemento caratterizzante la giurisdizione del giudice contabile non è più la qualità del soggetto, che può essere anche un privato, ma la natura del danno e degli scopi perseguiti, connessa alla gestione del denaro pubblico”: in questi termini M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, 1115 e ss. Analogamente, M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Giuffrè, Milano, 2008, 25 e ss., ove si discorre di una “pubblicizzazione in controtendenza”. In controtendenza, oltretutto, non solo con il disegno del legislatore, ma anche con i dettami della Corte regolatrice della giurisdizione, la Cassazione. Questa, infatti, già a partire dalla metà degli anni Novanta (con Cass., Sez. un. civ., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro amm.*, 1996, 1, 32), s’era fatta sostenitrice di un orientamento in base al quale la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggono le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell’azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera “nell’esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l’ente pubblico”; il rapporto tra la società e l’ente locale, quindi, “è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull’attività della società per azioni mediante l’esercizio di poteri autoritativi o discrezionali”. Nel medesimo senso si cfr., a distanza di un decennio, Cass., Sez. un. civ., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 4, pt. III, 822. La stessa Cassazione, tuttavia, non è stata immune da ripensamenti. Ciò proprio con riguardo ai confini della giurisdizione contabile in materia di responsabilità amministrativa, quando quest’ultima sia riferita agli organi di vertice di società pubbliche. Attraverso la valorizzazione del profilo legato all’impiego di denaro pubblico, nel campo delle società partecipate si è verificata una vera e propria “evoluzione” dei criteri di radicamento della giurisdizione contabile (P. NOVELLI e L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all’evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2008, 546 e ss.) e un contestuale “ampliamento” della stessa (A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Giuffrè, Milano, 2012, 53 e ss.). Il processo appena descritto è stato talora assecondato dalle Sezioni unite della Cassazione, resesi protagoniste, nel corso degli anni, di plurimi *revirement* che hanno implementato di molto il tasso di complessità della materia. Sarebbe perciò velleitario tentare qui una sintesi, per la quale sia consentito rinviare, invece, a M. VESCOVI, *Responsabilità di amministratori e sindaci di società in house: riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Il societario.it*, 18 gennaio 2016. Ma si vedano anche G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, 148 e ss.; ID., *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in M. VIETTI, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla “Riforma Vietti”*, Utet, Assago, 2014, 335 e ss. (ove un’accurata analisi dell’impostazione sostanzialistica seguita dalla giurisprudenza di ogni ordine, non solo contabile); G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 253 e ss.; S. PILATO, *La responsabilità amministrativa. Dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2019, 169 e ss.

<sup>(260)</sup> Detto altrimenti, “è pubblico l’ente la cui esistenza è considerata necessaria dall’ente territoriale, che vi intrattiene quindi rapporti connessi a tale valutazione”: G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 265 (corsivo dell’Autore).

in cui lo stesso sembrava condannato all'oblio dalla progressiva perdita di centralità del modulo dell'ente pubblico <sup>(261)</sup>.

Il risultato che ne è derivato, tuttavia, non è stato dei migliori, dal momento che anche il campo delle società pubbliche ha presto finito per essere governato dal

---

<sup>(261)</sup> Il riferimento è a un nutrito gruppo di sentenze del giudice amministrativo, segnatamente del Consiglio di Stato, come ad es. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 147 e ss., riguardante Ferrovie dello Stato S.p.a. Assai critico su tale pronuncia è il giudizio di S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 12, 1134 e ss., che, dopo aver confutato uno ad uno gli argomenti addotti dai giudici di Palazzo Spada a sostegno della natura pubblica della società in questione (uno dei quali fondato proprio sulla sentenza della Corte Costituzionale menzionata poc'anzi), conclude ponendo una serie di domande volutamente provocatorie sui "limiti che i giudici incontrano nel qualificare i soggetti", che suonano così: "Possono essi operare liberamente oppure debbono attenersi al diritto positivo? Possono ricorrere ad argomenti extratestuali o di diritto naturale? Non dovrebbero considerare esclusivamente la legge e le qualificazioni che ne discendono? Non dovrebbero astenersi dal dare vita a figure spurie?". Si veda, altresì, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2309 e ss., riguardante Poste Italiane S.p.a. In questo caso ad esprimersi in senso critico è G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, cit., 92, per il quale il giudice amministrativo, negando nella sentenza in parola la trasformazione delle Poste da ente pubblico economico a soggetto privato organizzato in società per azioni, "mostra di ignorare la volontà del legislatore (anche in senso formale) ed il relativo canone interpretativo: la volontà di cambiare lo stato di cose esistenti (da pubblico a privato)". Ancora, si può citare Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830, in *Riv. amm. appalti*, 2005, 4, 342 e ss., ove l'affermazione del principio per cui "sono da considerare enti pubblici non solo i soggetti che sono organizzati ed operano secondo moduli di tipo autoritativo tradizionali, ma anche quelli che pongono in essere attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenuti ad operare come pubbliche amministrazioni". Su tale modo di argomentare e di decidere, osserva M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in G. DELLA CANANEA e M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, cit., 51 e ss., 75-76: "Quel che il Consiglio di Stato determina, indagando la natura e la sostanza della persona giuridica e definendo pubblico ciò che il legislatore ha definito privato, è la messa in discussione della illimitata capacità di quest'ultimo di consentire all'amministrazione di agire secondo strumenti *sostanzialmente* differenti da quelli pubblici. Il paradosso sta dunque nell'immutabilità ontologica dello strumento d'azione: per il Consiglio di Stato, le trasformazioni e le privatizzazioni hanno condotto dall'ente pubblico all'ente pubblico". In senso analogo, F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 2, 239 e ss., 250: "se si seguisse l'impostazione del Consiglio di Stato [...] non solo non sarebbe configurabile alcuna privatizzazione in senso sostanziale, ma non si sarebbe in presenza nemmeno di privatizzazione in senso formale. La trasformazione da ente pubblico economico in società per azioni, infatti, non avrebbe cambiato assolutamente nulla: le società frutto di privatizzazione sarebbero rimaste enti sostanzialmente e formalmente pubblici". Il "modo di ragionare del giudice amministrativo" – il quale, "chiamato a pronunciarsi sull'ambito di applicazione di singole discipline, invece di verificare in concreto il ricorrere delle relative condizioni, si impegna in una complessiva 'riqualificazione' pubblica dei soggetti interessati" – è oggetto di rilievi critici anche da parte di G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 173 e ss. Per una più approfondita disamina di tali orientamenti giurisprudenziali definiti "sostanzialisti" (rievocati in questa nota e in quella precedente), si rinvia a M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 119 e ss., nonché a P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 379 e ss.

“principio della confusione” <sup>(262)</sup>, esattamente come accaduto in precedenza per gli enti pubblici <sup>(263)</sup>.

---

<sup>(262)</sup> Prendiamo a prestito l’efficace espressione usata da M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 275.

<sup>(263)</sup> Definisce “erratica e talora contraddittoria” la giurisprudenza in tema di società pubbliche M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche*, cit., *passim*. Ancora più severo il giudizio di M. DUGATO, *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l’irresistibile forza dell’ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 3, 505 e ss., spec. 511 e ss.: “Il procedimento logico seguito, che continua a non apparirmi convincente, ricalca quello generale e d’impostazione classica volto all’individuazione della natura pubblica delle persone giuridiche e si fonda sull’individuazione degli indici di riconoscibilità della natura pubblica degli enti”. Ebbene, se il giudice amministrativo, facendo uso di tale metodo, “ha saputo in molti casi adeguare al nuovo panorama la sistematica classica, dando rilievo al dato comunitario di riferimento ed alla volontà effettiva della legge”, secondo l’A. così non è stato nel caso delle società pubbliche. “Quando si tratta di società a partecipazione pubblica, il giudice amministrativo, accompagnato dall’intraprendente giudice contabile, si fa curiosamente più ardito, e si mostra meno vincolato alla volontà del legislatore europeo e nazionale. Così, ritiene di poter affermare che in un’interpretazione evolutiva della nozione di pubblica amministrazione, sono da considerare enti pubblici non solo i soggetti che sono organizzati ed operano secondo moduli di tipo autoritativo tradizionali, ma anche le società che pongono in essere attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenuti ad operare come pubbliche amministrazioni [...] Il giudice, dunque, di fronte alla dichiarata volontà del legislatore di sostituire il modello dell’ente pubblico economico con lo strumento privato della società di capitali, ha ritenuto di non essere vincolato da quell’espressione normativa e di essere legittimato a compiere il percorso inverso. Se il legislatore ha voluto la società al posto dell’ente pubblico, il giudice amministrativo [...] ha voluto l’ente pubblico al posto della società. Dalla societizzazione dell’organizzazione pubblica all’entificazione delle società private, dunque”. E se “una spinta determinante al recupero della teoria degli indici rivelatori è senz’altro venuta dalla fuga dai modelli organizzativi pubblicistici”, in particolare dalla “preoccupazione che i principi e le norme di garanzia dell’interesse pubblico propri del diritto amministrativo” potessero essere “aggirati attraverso la sostituzione dei soggetti pubblici con enti privati”, con riferimento alle società pubbliche “le spinte all’entificazione sono invece più articolate, fondate su argomenti dogmatici e per ciò ancor più potenti”. Nello specifico, Dugato fa riferimento alla teorica della “prevalenza della forma sulla sostanza”, da cui è scaturito un processo “subdolo”: “Se il ricorso agli indici rivelatori dà conto del fatto che l’entificazione celebra la vittoria della realtà profonda sull’apparenza, il ricorso alla prevalenza della sostanza sulla forma, che in verità dovrebbe essere rappresentata come la prevalenza di una sostanza (quella pubblica) su un’altra sostanza (quella privata), è indice della volontà di non cedere un ambito tradizionalmente ritenuto pubblico, vale a dire quello dell’organizzazione amministrativa, alle regole del diritto privato”. Da qui la conclusione per cui “non è questione di forma e sostanza o di apparenza e realtà. È un gioco di forza tra diritto pubblico e diritto privato, in cui il primo ha accettato di essere contaminato da alcuni tratti del secondo (il consenso, il principio di buona fede) per poter mantenere l’estensione del proprio ambito d’applicazione, se non addirittura di ampliarlo”. Si veda anche il generale (*i.e.* non indirizzato in via esclusiva alla giurisprudenza) monito di C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 4, pt. I, 464 e ss., 484, secondo cui “non è metodologicamente corretto argomentare la natura pubblica degli enti privatizzati dalle deviazioni che la loro disciplina presenta rispetto alla normativa societaria comune, quasi che la qualifica di ente pubblico sia una qualifica residuale (e residuale, poi, rispetto a quella societaria); voglio dire, insomma, che eventuali difformità tipologiche rispetto alla società per azioni codicistica non trasformano in pubblico quel che pubblico non è, e non lo è perché il legislatore ha voluto che non lo fosse più”. L’A. poi aggiunge che “la tesi della natura ibrida degli enti in questione può essere del tutto innocua o, invece, molto pericolosa a seconda dell’uso che se ne fa. È del tutto innocua se vuole semplicemente e descrittivamente rimarcare alcuni profili di specialità innegabilmente presenti in alcune di queste società. Diventa invece pericolosa qualora su di essa si voglia far leva per legittimare scostamenti dal modello societario ulteriori rispetto a quelli legislativamente previsti; qualora insomma la si adoperi, come talvolta si fa, per aumentare il tasso di specialità degli enti privatizzati”.

### 3.1 [segue] L'influsso del diritto dell'Unione europea e la stagione della "non qualificazione"

Ci sembra utile, prima di proseguire oltre, riepilogare brevemente quanto detto nel paragrafo appena conclusosi. Esso è stato dedicato alla messa in risalto della "irresistibile forza" esercitata sul nostro tema (le società pubbliche) dall'ente pubblico, anche se parlarne al singolare può forse risultare anacronistico, alla luce di quanto emerso nelle pagine che precedono. Si è visto, infatti, come la materia si sia evoluta in modo disordinato, conducendo alla affermazione generalizzata di un "principio di atipicità" degli enti pubblici. Le difficoltà riscontrate nel pervenire, sulla base degli stessi dati forniti dal diritto positivo, ad una nozione giuridicamente unitaria, e quindi scientificamente valida, di ente pubblico, hanno spinto la dottrina ad abbandonare qualsiasi approccio che affrontasse il problema dell'ente pubblico ricercando una pretesa nozione generale ed omnicomprensiva di esso <sup>(264)</sup>.

La giurisprudenza, per parte sua, si è discostata dalla tecnica dei criteri di definizione e ha utilizzato quella degli indici rivelatori o indici sintomatici della pubblicità, attirandosi però numerose critiche. Una su tutte consiste in ciò che la tecnica degli indici rivelatori, per quanto possa risultare utile nella risoluzione di casi pratici (anche particolarmente) controversi, "non riesce ...a superare, da un punto di vista più strettamente scientifico, l'obiezione di procedere ad una sorta di inammissibile inversione logica tra presupposti e conseguenze: in verità, soltanto una volta riconosciuto che una figura soggettiva ha natura giuridica pubblica dovrebbero,

---

<sup>(264)</sup> Come ben riferisce G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, cit., 46. Emblematica della disillusione della dottrina è la posizione di Sabino Cassese, occupatosi del tema in numerosi scritti, molti dei quali da noi citati nel paragrafo precedente. Si veda, ad es., S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, cit., 192 e ss.: "Il fatto è che la moltiplicazione e diversificazione degli enti pubblici ne ha diluito i tratti comuni, per cui ciò che la nozione ha guadagnato in estensione ha perduto in contenuto. Ente pubblico, quindi, è istituto proteiforme, le cui frontiere sono imprecise e le cui classificazioni sono multiple e imperfette. O – meglio – non è neppure un istituto, ma la somma di un insieme di istituti". Insomma, "con il moltiplicarsi dei tipi di enti, si cominciò a riconoscere che ogni definizione era inutile o superflua, stante l'eterogeneità delle figure, non potendosi riscontrare neppure un minimo di regole comuni". Si veda altresì, con trent'anni d'anticipo, Id., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 88: "dire che un ente è pubblico non ha alcuna importanza operativa bensì un significato meramente conoscitivo". Oltre a Cassese, invita ad abbandonare approcci universalistici e totalizzanti anche V. CAIANIELLO, *Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. e soc.*, 1992, 2, 187 e ss., spec. 218 e ss.

da ciò, derivare le descritte conseguenze giuridiche; non viceversa”<sup>(265)</sup>. La tendenza a sovrapporre presupposti e conseguenze<sup>(266)</sup> – o, per dirla diversamente, ad attribuire alla fattispecie caratteristiche proprie degli effetti giuridici<sup>(267)</sup> – ha generato un metodo eccessivamente empirico, che fa dipendere la natura giuridica di un ente da un insieme di regole particolari, spesso imprecise e in contraddizione tra loro. Di qui il suo “estremo soggettivismo” e la sua “scarsa affidabilità”<sup>(268)</sup>.

Ci limitiamo in questa sede ad aggiungere che, di recente, autorevoli esponenti della dottrina sono tornati ad occuparsi del problema dell’ente pubblico e dalla rintracciabilità di una sua plausibile nozione, con l’intento innanzitutto “di capire se tale categoria è ancora necessaria o meno”<sup>(269)</sup>. Su questo primo punto, vi è comunanza di vedute: la circostanza che l’ente pubblico sia più volte menzionato dal legislatore certifica la persistente “vitalità” del concetto giuridico in esame<sup>(270)</sup>. Insomma, la qualificazione di un ente come pubblico è importante perché comporta, oggi come ieri, conseguenze giuridiche di rilievo, riassumibili in “un regime speciale ... che è per alcuni versi di privilegio e per altri di sfavore rispetto al diritto comune”

---

<sup>(265)</sup> G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, cit., 44 (ove anche, nelle note, i dovuti riferimenti bibliografici).

<sup>(266)</sup> E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 93. Per questa critica si veda già G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 262: “Quanto alle [...] tesi che hanno tratto spunto da profili particolari, come quello del controllo statale o delle sovvenzioni, per tentare teorie di carattere generale, va osservato che queste hanno cercato, in sostanza, di tirare fuori la causa dall’effetto, contribuendo a spiegare alcuni caratteri degli enti pubblici o di una parte di questi ma non la loro sostanza, né il discrimine con quelli privati”. Ragionando in questi termini si “finisce per ribaltare il problema, risolvendosi in una petizione di principio”.

<sup>(267)</sup> L’autorevole monito a non attribuire alla fattispecie caratteristiche proprie degli effetti giuridici proviene da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, 6 e ss., di recente valorizzato da M. TAMPONI, *Enti pubblici ed enti privati: l’incerto confine*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, cit., II, 1925 e ss., spec. 1948.

<sup>(268)</sup> Cfr. di nuovo, per questi rilievi, S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, cit., 193, e G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, cit., 44-45. In termini analoghi B. VIVARELLI, *La natura giuridica di C.O.N.I. Servizi S.p.a.*, cit., 162-163, che critica “l’eccessivo empirismo” del ragionamento induttivo seguito dal Consiglio di Stato, frutto di una “inversione logica” che risale dal particolare al generale “utilizzando, quali indici di riconoscimento della natura giuridica [...], elementi che rappresenterebbero piuttosto le conseguenze derivanti dall’attribuzione della veste pubblica”.

<sup>(269)</sup> Così S. CIMINI, *L’evoluzione dei caratteri degli enti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 365 e ss., qui 367. L’altro esponente della dottrina a cui facciamo riferimento è F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., *passim*.

<sup>(270)</sup> Cfr. sempre S. CIMINI, *L’evoluzione dei caratteri*, cit., 371 e ss., e F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 425 e ss. Quest’ultimo, in particolare, pone in evidenza la circostanza che “Solo con riguardo all’anno 2012 sono reperibili almeno dieci previsioni di legge statale che richiedono, per la loro applicazione, il riconoscimento, in una data persona giuridica, della qualità di “ente pubblico” *tout court*, così come molte più numerose sono quelle che si riferiscono invece a specifiche categorie di enti pubblici, quali gli enti pubblici nazionali e quelli non economici, o alla più generica nozione di pubblica amministrazione”.

(<sup>271</sup>). Non è tutto. La dottrina in parola concorda, altresì, sulla rilevanza costituzionale dell'ente pubblico, ricavata non solo dalla espressa menzione di quest'ultimo agli artt. 28, 43 e 117, co. 2, Cost., ma anche dall'operatività, nel nostro ordinamento, del principio di sussidiarietà orizzontale, secondo quanto stabilito dall'art. 118, u.c., Cost.

---

(<sup>271</sup>) S. CIMINI, *L'evoluzione dei caratteri*, cit., 380. Sui privilegi e le limitazioni che interessano gli enti pubblici nel diritto positivo si vedano G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 215 e ss., e, per un aggiornamento, lo stesso F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 426-427. Essi, peraltro, possono variamente combinarsi a seconda della "famiglia" di enti di volta in volta presa in considerazione. Ad es., tra gli istituti di *deminutio*, i quali "comportano incapacità in capo all'ente a porre in essere determinati atti, ovvero obblighi di compiere determinati atti od operazioni, in deroga al diritto comune" (V. CERULLI IRELLI, "*Ente pubblico*", cit., 90), si colloca la necessità di trasporre in forma scritta la volontà contrattuale delle persone giuridiche pubbliche, secondo quanto previsto in via generale dagli artt. 16 e 17 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, recante *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*. Il tema è stato di recente posto all'attenzione delle sezioni unite della Corte di Cassazione, alle quali è stato chiesto (dietro invito di Cass., Sez. III civ., 14 febbraio 2018, n. 3566, in *dirittodeiservizipubblici.it*) di stabilire se la volontà contrattuale delle aziende speciali partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici debba essere necessariamente trasferita in forma scritta. Ebbene, con sentenza Cass., Sez. un. civ., 9 agosto 2018, n. 20684, in *iusexplorer.it*, il massimo consesso della giustizia civile, dopo aver ribadito che "le norme di legge di cui si invoca la violazione o falsa applicazione [...] sono costantemente interpretate nel senso della necessità della forma scritta [...] per i contratti stipulati dallo Stato e dalle sue amministrazioni: tanto integrando una delle ipotesi richiamate dall'art. 1350 c.c., co. 13, per il quale «devono farsi per atto pubblico... sotto pena di nullità... gli altri atti specialmente indicati dalla legge»; e che "la necessità della forma scritta è costantemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità, quale espressione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione e garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, visto che solo tale forma consente di identificare con precisione l'obbligazione assunta e l'effettivo contenuto negoziale dell'atto, rendendolo agevolmente controllabile [...] pure in punto di necessaria copertura finanziaria", ha sottolineato un ulteriore aspetto, che è quello che qui ci interessa ricordare. Ossia che "le norme sulla contabilità generale dello Stato in esame non sono invece ritenute applicabili agli enti pubblici economici, per i cui contratti non è prevista, di regola e salvo pure cospicue eccezioni (come nel caso dell'affidamento di pubblici appalti), la forma scritta od altra forma solenne – *ad substantiam*: privilegiandosi in questo caso la considerazione che l'ente pubblico si pone sullo stesso piano, anche concorrenziale, dei comuni imprenditori e quindi equiparati ad essi anche nell'espletamento della comune attività negoziale e, pertanto, nella libertà dalle forme speciali imposte invece alle pubbliche amministrazioni quando non agiscano *iure privatorum*". L'istituto di *deminutio* qui oggetto di attenzione, pertanto, non trova generalizzata applicazione all'interno della (macro)categoria dell'ente pubblico. Quanto invece alla specifica questione sottoposta all'esame delle sezioni unite, può notarsi, per inciso, che il ragionamento della Corte non è impostato sulla ricerca della "vera natura" delle aziende speciali degli enti territoriali. Per l'avvio a soluzione della questione, infatti, gli ermellini si astengono dal prendere posizione sul delicato problema della qualificazione dell'azienda in termini di ente privato, di ente pubblico o di ente pubblico economico, focalizzando invece la propria attenzione sul dato dell'attività imprenditoriale esercitata dalla medesima e sulle conseguenze che da ciò derivano (cfr. p.to 42 e ss. delle ragioni della decisione). Da qui la conclusione, compendiata nella seguente massima: "In ragione della natura imprenditoriale dell'attività svolta e della sua autonomia organizzativa e gestionale rispetto allo stato e agli enti locali da cui è partecipata, l'azienda speciale di ente pubblico territoriale, pur appartenendo al sistema con il quale la P.A. gestisce i servizi pubblici che abbiano per oggetto produzioni di beni e attività rivolte a soddisfare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, non può qualificarsi, ai fini della normativa sulla forma dei contratti di cui agli articoli 16 e 17 del r.d. n. 2440 del 1923, Pubblica Amministrazione in senso stretto. Ne consegue che per i suoi contratti non è imposta la forma scritta "*ad substantiam*", né sono vietate la stipula per "*facta concludentia*" o mediante esecuzione della prestazione ex art. 1327 c.c., ma vige, al contrario, il principio generale della libertà della forme di manifestazione della volontà negoziale" (*Giust. civ. Mass.*, 2018).

(<sup>272</sup>): “Detto principio, pur preferendo l’attività dei soggetti privati a quella dei soggetti pubblici, implicitamente ritiene essenziale l’esistenza di figure soggettive pubbliche che svolgano quei compiti che per loro natura non possono essere svolti da soggetti privati. In altre parole, la sussidiarietà orizzontale presuppone la necessità che vi siano figure soggettive pubbliche che tutelino quei fini generali che non possono essere amministrati da soggetti privati a causa della loro oggettiva inadeguatezza a tutelarli” (<sup>273</sup>).

Così argomentato in ordine alla persistente centralità dell’ente pubblico e alla conseguente fallacia di operazioni tese a negare l’esistenza della categoria, la dottrina in esame si prodiga nella ricerca di “un elemento comune e unificante che, con un più ampio margine di sicurezza, riesca ad indirizzare l’interprete verso il riconoscimento della natura pubblica di un ente” (<sup>274</sup>). Ma già dopo i primi passi le strade degli autorevoli studiosi citati si dividono. Per l’uno, infatti, “l’elemento che rappresenta il

---

(<sup>272</sup>) Che così recita: “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”. Ricorda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, cit., 802, che “La discussione sulla portata di tale principio è aperta ed accesa, anche se sembra obiettivamente ben radicata la tesi di chi ha visto nella proposizione normativa ricordata non l’accoglimento della versione tipicamente liberale del principio (come dovere di astensione del «pubblico» tutte le volte che non sia dimostra una *defaillance* del «privato») ma, viceversa, un modello di integrazione tra amministrazione e cittadini nell’esercizio di attività d’interesse generale”. Nel senso appena indicato si vedano, ad es., A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 51 e ss., in part. 77; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art.118, u.c. della Costituzione*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 13 marzo 2003. Per F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 415, si tratta di non condivisibili “letture riduttive” della disposizione di cui all’art. 118, u.c., Cost.; dalla quale, invece, “sembra ricavabile il principio per cui, in estrema sintesi, il pubblico dovrebbe limitarsi a fare ciò che il privato non può fare in modo adeguato”. In senso analogo pare orientato lo stesso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, cit., 803 e ss., secondo cui, “di là [...] dall’impiego di formule suggestive [quale quella di un modello di amministrazione completamente integrata e oggettivata, che si contrappone allo schema bipolare tipico fondato sulla contrapposizione tra pubblici poteri e cittadini, *n.d.r.*] [...], rimane il fatto che il principio concerne lo svolgimento di determinate funzioni da parte della società in quanto questa sia in grado di disimpegnarle con maggiore profitto dell’amministrazione, postulando l’assenza, almeno temporanea, di quest’ultimo”; insomma, “resta fermo che il principio di sussidiarietà orizzontale postula che i privati siano effettivamente tali e che quindi che il loro modo di operare risulti fondamentalmente autonomo ed improntato a logiche negoziali e non snaturato in senso pubblicistico” (805).

(<sup>273</sup>) Così S. CIMINI, *L’evoluzione dei caratteri*, cit., 372.

(<sup>274</sup>) Si tratta, ancora una volta, delle parole di S. CIMINI, *L’evoluzione dei caratteri*, cit., 373. Il sentiero percorso è, per certi versi, lo stesso di G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 259 e ss.: ottenuta conferma del fatto che “la nozione di ente pubblico ha carattere giuridico perché una serie di effetti vi sono comunque connessi”, diviene “necessario darne una definizione, pur nella consapevolezza della difficoltà di definire ciò che è comunque fluido e in continua evoluzione”. A tal fine, il metodo da adottare è quello che dell’ente pubblica cerca di individuare “la soglia razionale e positiva, il «minimo comune denominatore» delle figure pubbliche, il criterio base sottostante alle diverse qualificazioni pubblicistiche” (265).

minimo comune denominatore di tutte le figure soggettive pubbliche, costituendo un sicuro indice di pubblicità, si può rinvenire nell'impossibilità dell'ente pubblico di disporre della propria esistenza, a differenza dei soggetti privati che possono decidere di 'ritirarsi' dismettendo l'attività, oppure modificando l'oggetto della stessa" (275). Per l'altro, invece, "è da ritenere ipotizzabile, come criterio principale di riconoscimento della pubblicità ... un criterio teleologico, nel cui operare, in ossequio al principio di sussidiarietà costituzionalmente codificato, il fine generale sarà apprezzabile come giuridicamente pubblico solo in ragione di un dato oggettivo: la sua necessaria gestione da parte dell'iniziativa pubblica, in ragione dell'insopprimibile inadeguatezza dell'iniziativa privata" (276).

Per chi sposa il criterio teleologico, ogni altro criterio, come ad esempio "l'esistenza di un collegamento organizzatorio con un'amministrazione democraticamente rappresentativa – collegamento tale da consentire a quest'ultima di assicurare ed in concreto indirizzare la strumentalità dell'ente alla missione di interesse pubblico affidatagli – assume sempre un ruolo, ma quale strumento di mera conferma successiva della pubblicità" (277). E con specifico riguardo alla necessarietà giuridica dell'ente, ossia alla impossibilità per quest'ultimo di decidere autonomamente la propria cessazione, essa non è ritenuta circostanza dirimente, atteso che per un verso prova troppo e, per un altro, troppo poco. Infatti, "se è vero ... che, in linea di principio, i fini pubblici vanno doverosamente perseguiti e quindi ciò può spiegare alcuni caratteri del regime dell'ente pubblico, non va trascurato che anche le fondazioni non possono autonomamente deliberare la propria estinzione, mentre, di converso, alcuni enti pubblici possono decidere di dismettere la personalità di diritto pubblico,

---

(275) S. CIMINI, *L'evoluzione dei caratteri*, cit., 373-374.

(276) F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 416, che in un precedente passaggio afferma: "Alla luce del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale non è dunque più vero che sono potenzialmente pubblici tutti i fini, in vario modo, generali (e cioè tutte le funzioni di possibile interesse generale). Sono tali solo quelli che esclusivamente l'amministrazione pubblica, intesa come insieme degli enti pubblici territoriali e degli enti ad essi strumentali, può gestire o, perlomeno, gestire bene. Ciò sul piano dell'efficienza economica (con conseguente affinità del criterio anche a prospettive economico-sostanziali), come dell'eventuale esigenza di universalità e di particolari condizioni di svolgimento, quali desumibili dalle scelte normative di specie e dai principi generali dell'ordinamento" (415). In sostanza, l'A. conferma, a distanza di un decennio, la presa di posizione a favore di un approccio primariamente teleologico per la definizione ed individuazione della pubblicità nelle persone giuridiche, espressa in *Id.*, *Contributo allo studio*, cit., 68 e ss.

(277) F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 416.

trasformandosi in fondazioni, mettendo così in crisi quantomeno la portata generale del criterio della necessarietà” (278).

Viceversa, chi pone a fondamento della categoria dell’ente pubblico la circostanza che la sua costituzione, modificazione, fusione ed estinzione non sono libere, bensì riservate ad altri enti pubblici, ai quali il legislatore attribuisce il relativo potere, mette in dubbio l’attitudine del criterio teleologico a risolvere il problema, sottolineando che esso “finisce col spostare l’attenzione dalla natura dell’ente ai fini da questo perseguiti: per cui il problema a questo punto sarà quello – di non poco momento – di individuare quali siano quei fini generali che possono essere perseguiti solo da un soggetto pubblico e non anche da un soggetto privato. È evidente che la risposta a tale interrogativo è rimessa ad una valutazione soggettiva, non sussistendo criteri oggettivi per stabilire con certezza, in tutti i casi, soprattutto in quelli di confine, che una determinata funzione possa essere svolta unicamente da soggetti pubblici e non anche da soggetti privati” (279).

Immediatamente riemergono gli spettri del passato, da noi descritti nel paragrafo precedente. Un passato – si ricorderà – nel quale gli assillanti interrogativi sull’ente pubblico “hanno fatto comprendere, a poco a poco, che non solo era difficile distinguere, ma che era anche inutile distinguere”; nel quale, in buona sostanza, “ci si è resi conto della marginalità della categoria, che ha conseguenze obbligate inesistenti o limitate, ed è piuttosto un ammasso di altre categorie, definite con criteri diversi” (280).

---

(278) F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 414.

(279) S. CIMINI, *L’evoluzione dei caratteri*, cit., 377, il quale aggiunge, replicando proprio alla tesi di Goisis, che “a rigore, l’art. 118 Cost. si limita a favorire la presenza privata, ma non impone di diminuire la presenza pubblica, per cui ci potrebbero essere fattispecie in cui il pubblico è chiamato ad esercitare una determinata attività, in ipotesi realizzabile anche da un soggetto privato, per mancanza di una figura soggettiva privata che liberamente assuma su di sé il perseguimento di quella specifica finalità generale”.

(280) S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, cit., 194, che conclude stigmatizzando l’atteggiamento di “una larga parte della dottrina” che “si accanisce ancora a parlare dell’ente pubblico, e persino a cercarne i caratteri comuni, che non esistono”. È, quella riportata in questa nota e sopra nel testo, una sensazione diffusa soprattutto tra gli studiosi appartenenti alla generazione precedente a quella di Goisis e Cimini, come Cassese appunto. A riprova di ciò, si veda F.G. SCOCA, *Considerazioni sull’evoluzione della organizzazione amministrativa*, cit., 649, che, nell’analizzare la complessità dell’organizzazione amministrativa italiana e la molteplicità dei modelli utilizzati nel corso dei centocinquanta anni di storia unitaria, osserva: “Avviene [...] che lo stesso modello si scomponga in più sottomodelli, cosicché si finisca per perdere le linee essenziali del modello base: è il caso degli enti pubblici, le cui diversità hanno finito per rendere difficoltoso perfino stabilire in quale loro elemento risieda (o quale elemento giustifichi) il carattere pubblico. Allorché si afferma, come in tempi recenti si

La situazione in cui ci troviamo ora, tuttavia, non è propriamente sovrapponibile a quella venutasi a creare nel secondo dopoguerra. Da allora e per i decenni successivi, infatti, l'ente pubblico ha rivestito un ruolo di primaria importanza nel sistema amministrativo del Paese, pure a fronte della dispersione in mille rivoli delle discipline positive e delle ricostruzioni teoriche. Volente o nolente era, se così si può dire, il modello di riferimento. Altrettanto non può predicarsi, invece, con riguardo al momento storico attuale, in cui, dopo la stagione delle privatizzazioni, la parabola degli enti pubblici sembra aver imboccato la fase discendente <sup>(281)</sup>. Smarrite la centralità e la pregnanza dei tempi che furono, la categoria dell'ente pubblico ha via via perduto il ruolo di presupposto principe per l'applicazione del diritto amministrativo e delle sue regole. A esso si sta progressivamente sostituendo un concetto sostanziale-funzionale di pubblicità e, al posto che di ente pubblico, il legislatore preferisce sempre più spesso parlare di "pubblica amministrazione" <sup>(282)</sup>; di una categoria, cioè, "in sé meno direttamente connessa al possesso della personalità giuridica di diritto pubblico e comunque meno formalmente definita, anche perché da sempre oscillante tra un'accezione cosiddetta oggettiva (che guarda all'attività) ed una cosiddetta soggettiva (che valorizza la natura del soggetto)" <sup>(283)</sup>. Su tale significativo passaggio è bene soffermare la nostra attenzione.

Come noto, nel fornire la definizione di pubblica amministrazione, generalmente si tende a distinguere due profili: quello soggettivo, o strutturale, da quello oggettivo, o funzionale.

Così, secondo un risalente insegnamento, per prima cosa "questo vocabolo corrisponde alla nozione di un *soggetto* ... Questo soggetto è, anzitutto, *lo Stato*, inteso non nella sua totalità unitaria ... ma in quella parte della sua complessa organizzazione

---

tende ad affermare, che un ente è pubblico se non può disporre di se stesso, diventa chiaro che il carattere pubblico non si radica su un elemento costitutivo, strutturale, del modello, bensì su un dato puramente disciplinare. Non può derivarne altro che ritenere che il modello dell'ente pubblico, strutturalmente, non si differenzi in nulla dalla persona giuridica privata".

<sup>(281)</sup> O, quantomeno, degli enti pubblici così come conosciuti nella fase precedente: cfr. A. CATRICALÀ, *I succedanei dell'ente pubblico nell'epoca delle privatizzazioni. Le agenzie (cenni)*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 4, 659 e ss.

<sup>(282)</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, voce *Enti pubblici*, cit., 2223 e, diffusamente, 2229 e ss. Tendenza, quella indicata, della quale hanno piena contezza (e con la quale sono costretti a fare i conti) anche gli studiosi protagonisti del dialogo a distanza sulla nozione di ente pubblico, da noi riportato nelle pagine precedenti: S. CIMINI, *L'evoluzione dei caratteri*, cit., 369 e ss., e F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 416 e ss.

<sup>(283)</sup> Così F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 416.

che, secondo la formula tradizionale della divisione dei poteri, può identificarsi in modo un po' sommario col *potere esecutivo*" (284). Con la precisazione, però, che "di Amministrazione, nel senso subiettivo testé indicato, si parla non solo dello Stato, bensì anche nei confronti di tutte le altre *persone giuridiche pubbliche*" (285).

Tramite l'impiego dell'espressione pubblica amministrazione, poi, si indica altresì "un particolare tipo di *attività* dello Stato (o meglio del potere pubblico...)" (286), che la dottrina prevalente definisce come "l'attività pratica che lo Stato spiega per curare in modo immediato gli interessi pubblici che esso assume nei propri fini" (287).

Poste queste premesse, va subito messo in evidenza che il concetto di pubblica amministrazione in senso soggettivo tende ad avere "contorni sfumati se non addirittura evanescenti" (288). Sui fattori che hanno determinato questo stato di cose vorremmo tuttavia evitare di ripetere cose già dette, per un verso; e di aprire l'ennesima digressione, per un altro. Pertanto, ci limitiamo a segnalare che, unitamente a quelle analizzate (o anche solo menzionate) nel corso di questi capitoli – aumento esponenziale dei compiti presi in carico dai pubblici poteri, nascita e proliferazione di nuovi enti pubblici, perdita di centralità dello Stato, privatizzazioni ed esternalizzazioni, etc. (289) –, altre vicende hanno concorso a delineare lo scenario

---

(284) In questi termini U. FORTI e C.M. IACCARINO, voce *Amministrazione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, 1957, I, 560 (corsivi degli Autori).

(285) U. FORTI e C.M. IACCARINO, voce *Amministrazione pubblica*, cit., 561.

(286) Si tratta, ancora, delle parole di U. FORTI e C.M. IACCARINO, voce *Amministrazione pubblica*, cit., 561.

(287) Così G. MARONGIU, voce *Funzione (Funzione amministrativa)*, in *Enc. giur. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, XIV, 1. Sul punto si veda però E. CASSETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1987, I, 521, ove la precisazione che "Attività amministrativa è una locuzione [...] etimologicamente significativa una continuità di azione rivolta alla cura di affari o di interessi pubblici e privati [...] Attività amministrativa è, pertanto, sia quella svolta da operatori privati (persone fisiche e giuridiche), sia quella svolta da operatori pubblici (persone giuridiche pubbliche). Ma quando si parla di attività amministrativa *tout court* in genere si sottende un riferimento alle persone giuridiche pubbliche, a cominciare dallo Stato e dagli Enti pubblici autonomi (territoriali). Si dovrebbe dunque completare la locuzione in "attività amministrativa degli enti pubblici" [...] Di qui l'individuazione di un complesso, chiamato pubblica amministrazione in senso soggettivo, siccome l'insieme di tutti quegli organi a cui è affidata la gestione di tali interessi".

(288) Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 3 marzo 2008, n. 1938, in *giustizia-amministrativa.it*.

(289) Tutti passaggi debitamente messi in luce da G. NAPOLITANO, voce *Pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, cit., V, 4741 e ss. Ove si sottolinea che il disegno di un'organizzazione monista, tutta "ordinata intorno al governo di uno stato accentrato" e dominante nel diciannovesimo secolo, "entra in crisi già all'inizio del Novecento, a seguito dell'estensione del diritto di voto a categorie sempre più ampie di cittadini e alla progressiva trasformazione delle funzioni dello Stato. L'amministrazione, allora, è chiamata a occuparsi non più soltanto di difesa, ordine pubblico

attuale, in cui “la pubblica amministrazione italiana ha assunto le sembianze di una costellazione multilivello e policentrica di apparati”<sup>(290)</sup>. Ad es., lo sviluppo delle c.d. “amministrazioni per collegi”, nelle quali sono direttamente rappresentati i soggetti privati beneficiari delle prestazioni pubbliche; o, ancora, il riconoscimento costituzionale delle autonomie regionali e locali e, con esso, l’affermarsi di un’amministrazione dipendente da centri diversi da quello governativo<sup>(291)</sup>.

Queste e altre trasformazioni spiegano l’impossibilità di una definizione unitaria di pubblica amministrazione, che a livello legislativo effettivamente manca<sup>(292)</sup>. Esistono, viceversa, “diverse definizioni di pubblica amministrazioni rilevanti ai fini dell’applicazione di norme nazionali ed europee”<sup>(293)</sup>. Definizioni che, sovente, consistono in un elenco di soggetti<sup>(294)</sup>, come nel caso dell’art. 1, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante *Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a mente del quale “per amministrazioni pubbliche si intendono 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

---

e politica estera, ma anche dei bisogni delle classi meno protette [...] Si determina, in questo modo, una grande crescita delle dimensioni dei pubblici poteri [...] Accanto alla dilatazione dell’apparato delle amministrazioni pubbliche, si assiste a una loro complicazione. Sorgono, infatti, nuove e sempre più elaborate specie di enti pubblici, preposti anche a funzioni erogatrici e imprenditoriali. Da un parte, dunque, si moltiplicano le dimensioni complessive della pubblica amministrazione. Dall’altra, si accresce la varietà delle figure organizzative e delle relative discipline” (4742).

<sup>(290)</sup> Così M. CLARICH, *Manuale*, cit., 317.

<sup>(291)</sup> Vicende emblematiche del progressivo sviluppo e della definitiva affermazione di un sistema amministrativo pluralista e decentrato, su cui si veda sempre G. NAPOLITANO, voce *Pubblica amministrazione*, cit., 4742 e ss. Da un parte, “la molteplicità dei fini da perseguire e la necessità di soddisfare le esigenze dei numerosi e vari interessi di una società fortemente differenziata provocano un’apertura in senso partecipativo dell’amministrazione pubblica”. Si registra, così, “il generale riconoscimento della partecipazione nel procedimento e del diritto di accesso agli atti amministrativi”. In quest’ottica va letta anche la vicenda delle autorità amministrative indipendenti, “istituite per assicurare il rispetto dei valori costituzionali e il funzionamento dei mercati integrati a livello europeo”, le quali “conseguono una legittimazione procedurale nell’obbligo di consultazione degli interessati” (4743). Dall’altra, “La complessa riarticolazione delle competenze statali, regionali e locali conduce [...] all’affermazione di un sistema amministrativo di tipo pluralistico, composto di corpi distinti ed equiparati, i cui rapporti sono retti da meccanismi istituzionali e procedurali di tipo cooperativo” (*ivi*). A tale ultimo riguardo, cfr. F. MANGANARO, *Il principio di autonomia*, in M. RENNA e F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 259 e ss.; e, più di recente, *Id.*, *Il pluralismo autonomistico*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 57 e ss.

<sup>(292)</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, voce *Pubblica amministrazione*, cit., 4745; M. CLARICH, *Manuale*, cit., 318; D. SORACE, *Un’idea di amministrazione pubblica*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, Giornate di studi in onore di Guido Corso, cit., 53 e ss., in part. 55.

<sup>(293)</sup> G. NAPOLITANO, voce *Pubblica amministrazione*, cit., 4741.

<sup>(294)</sup> Come ricorda D. SORACE, *Un’idea di amministrazione pubblica*, cit., 54, di “elenchi di amministrazioni pubbliche [...] ce ne sono tanti”.

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’.

Quella testé riportata rappresenta, nel diritto nazionale, “la definizione più completa ed analitica, perché comprensiva di tutte le principali categorie” di soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione, “individuati con criteri formali”<sup>(295)</sup>. Non per niente, viene richiamata in molte altre leggi settoriali per definire il loro ambito di applicazione<sup>(296)</sup>, esprimendo così una chiara “vocazione” generale<sup>(297)</sup>.

Passando a trattare del secondo profilo tradizionalmente riferito al concetto di pubblica amministrazione – quello oggettivo –, ciò che viene in rilievo è “un complesso di attività ... finalizzate al perseguimento di concreti interessi pubblici”<sup>(298)</sup>, nel senso di interessi “del pubblico”, cioè della collettività<sup>(299)</sup>. Si parla *tout*

---

<sup>(295)</sup> In questi termini sempre G. NAPOLITANO, voce *Pubblica amministrazione*, cit., 4746.

<sup>(296)</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., 319; A. VENANZONI, *Il perimetro della Pubblica Amministrazione nell’esperienza giuridica italiana, francese e inglese*, in *giustamm.it*, n. 2/2017, spec. 6.

<sup>(297)</sup> In questi termini G. NAPOLITANO, voce *Pubblica amministrazione*, cit., 4746, il quale, tuttavia, sottolinea la necessità di “evitare improprie assolutizzazioni. La definizione normativa in questione, infatti, è geneticamente funzionale all’applicazione delle norme di privatizzazione del pubblico impiego: ciò spiega perché, ad esempio, essa non riguarda gli enti pubblici economici, per i quali già esisteva un regime di lavoro integralmente civilistico”. “E’ evidente pertanto che l’elencazione di cui al decreto legislativo sul pubblico impiego privatizzato non ambisce ad avere valenza esaustiva”: così A. VENANZONI, *Il perimetro della Pubblica Amministrazione*, cit., 6.

<sup>(298)</sup> A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., I, 1 e ss., qui 5.

<sup>(299)</sup> Per questa sottolineatura cfr. di nuovo A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 5, nonché E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Seconda ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2018, 253. Non va peraltro dimenticato che quella di funzione è nozione di teoria generale, come ricorda, ad es., lo stesso Picozza: “la funzione è un concetto che collega l’azione di un determinato soggetto giuridico all’interesse di altri soggetti” e che riguarda non solo l’attività strettamente intesa, ma anche “l’organizzazione, i mezzi reali e i mezzi finanziari” (*ivi*). Un rimando, quello al piano della teoria generale, presente anche in G. NAPOLITANO, voce *Funzioni amministrative*, cit., 2633. In proposito si veda, altresì, B.G. MATTARELLA, *L’imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Cedam, Padova, 2000, 424, che definisce funzione “in senso tecnico” ogni “attività volta alla cura di interessi alieni e quindi non interamente libera né interamente vincolata, rilevante nella sua globalità (al di là dei singoli atti in cui si estrinseca), svolta normalmente attraverso procedimenti e soggetta a forme di controllo”. Di talché, “Sono funzioni, in questa prospettiva, l’attività legislativa e quella giurisdizionale, ma anche quella del tutore e del curatore, dell’esecutore testamentario, degli organi di una società”. Sussiste, in definitiva, una fisionomia comune a funzioni pubbliche e funzioni private: “il vincolo di scopo; la procedimentalizzazione; la natura discrezionale, e non libera, delle scelte; la natura in senso lato obbligatoria, cioè la necessità che l’atto sia emanato quando ricorrono determinati presupposti”.

*court* di funzione, dove “il termine è usato come categoria sovraordinata alla stessa nozione di pubblica amministrazione. Questa è tale in quanto funzione: doverosamente preposta alla cura di interessi pubblici e globalmente rilevante per il diritto”<sup>(300)</sup>.

Sul punto vale la pena ricordare che “è sempre stato patrimonio comune della dottrina il ritenere che l’attività dell’amministrazione ... sia comunque necessariamente diretta alla soddisfazione di interessi pubblici; sia cioè non libera, bensì finalisticamente vincolata”<sup>(301)</sup>. Tale rilievo è ancor più pertinente nel contesto attuale, in cui “la prospettiva della funzione è, ormai, un’acquisizione consolidata del diritto amministrativo”<sup>(302)</sup>. Il tema è molto ampio e gravido di implicazioni problematiche, sicché risulta impossibile da affrontare in tale sede, foss’anche per sommi capi. Due sono i punti che, però, ci interessa sottolineare.

Il primo. Il profilo dell’attività – della funzione nel senso sopra indicato – ha acquistato un peso e una centralità sempre maggiori, relegando in secondo piano il profilo soggettivo dell’amministrazione; quest’ultimo, infatti, “disperso com’è in ragione della miriade di forme che può assumere fino a rinunciare anche alla natura giuridica pubblica”, è venuto a perdere gran parte della sua rilevanza e della sua capacità distintiva<sup>(303)</sup>. L’ordine di idee che va diffondendosi è, in sintesi, quello per cui “ciò che conta, ormai, non è la natura dell’ente, ma le attività che esso svolge”, essendo “centrale l’attribuzione di funzioni amministrative che può riguardare anche enti di natura privata”<sup>(304)</sup>. Parafrasando un noto saggio della metà degli anni Novanta,

---

<sup>(300)</sup> G. NAPOLITANO, voce *Funzioni amministrative*, cit., 2632. Sulla “rilevanza globale”, poco oltre l’A. puntualizza: “Oggi, si ritiene che l’ordinamento assicuri la funzionalizzazione dell’amministrazione, in tutti i suoi aspetti. Si intende dire, in questo modo, che l’amministrazione in quanto tale è preposta alla cura di interessi generali e che, pertanto, deve essere, nella sua globalità, in un «rapporto di congruenza» con i fini pubblici” (2633-2634).

<sup>(301)</sup> F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 75 e ss., qui 77.

<sup>(302)</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 178, al cui apparato di note si rinvia per i dovuti riferimenti bibliografici (in particolare all’opera di Feliciano Benvenuti).

<sup>(303)</sup> In questo senso M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa*, cit., 2412. Analogamente A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 5, secondo cui, pur dovendosi dare atto che “il concetto di Amministrazione può essere inteso in vario modo”, “il profilo che più lo caratterizza è quello oggettivo, che, poi, si traduce in quello funzionale”.

<sup>(304)</sup> Così F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 78. Nel medesimo senso F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 321 e ss., per il quale “può ritenersi definitivamente superato il criterio della personalità giuridica come esclusivo elemento rilevante per l’individuazione della disciplina: la qualifica di un ente come privato, pubblico o concessionario di per sé non comporta (più) l’applicazione della disciplina tipica della corrispondente figura soggettiva [...] Nel sistema che si va delineando [...] viene meno la corrispondenza biunivoca tra personalità giuridica pubblica ed esercizio di funzione pubblica: qualsiasi soggetto, pubblico o

si può dire che la tendenza attuale è a costruire sistemi impostati sulle regole (che presiedono lo svolgimento di determinati compiti) anziché sulla natura del soggetto<sup>(305)</sup>. A costruire, insomma, un'amministrazione "desoggettivata"<sup>(306)</sup>, frutto di "una drastica svalutazione della rilevanza soggettiva del concetto stesso di pubblico, a tutto vantaggio, invece, di una sua rilevanza ormai pressoché esclusivamente oggettiva"<sup>(307)</sup>.

Così, non è un caso se a definizioni di pubblica amministrazione coniate ricorrendo ad elencazioni nominative di enti, tendenzialmente "statiche" e "chiuse"<sup>(308)</sup>, se ne affiancano altre incentrate sul profilo oggettivo dell'attività svolta e perciò "dinamiche" e "aperte", potendo le stesse abbracciare anche soggetti diversi dalle figure di riferimento di base dell'organizzazione amministrativa<sup>(309)</sup>. Il mutare delle tecniche definitorie va letto, insomma, come diretta conseguenza del "fenomeno di autonomizzazione dell'azione volta alla cura dell'interesse generale dalla pubblica amministrazione in senso soggettivo, così come tradizionalmente intesa"<sup>(310)</sup>.

---

privato non importa, può svolgere attività direttamente attinenti alla cura dell'interesse generale". La tendenza indicata determina, tra le altre cose, uno "sfasamento" sul piano definitorio. Secondo E. CASETTA, voce *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1997, XII, 271, "la nozione di Amministrazione in senso oggettivo non coincide – e tende vieppiù a divergere – da quella di Amministrazione in senso soggettivo; non soltanto perché [...] Amministrazione in senso oggettivo si riscontra anche al di fuori delle persone giuridiche pubbliche, ma perché, all'interno di queste, non tutta la attività è attività amministrativa".

<sup>(305)</sup> C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, 393 e ss., 430.

<sup>(306)</sup> Cfr. P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 87 e ss.

<sup>(307)</sup> G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, cit., 53.

<sup>(308)</sup> La disposizione di cui al summenzionato art. 1, co. 2, n. 165/2001, ad es., per quanto ampia e dettagliata, rimane comunque "un elenco tassativo di enti": cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., 319.

<sup>(309)</sup> Si pensi all'art. 7 del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), a mente del quale "Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni [...] Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo". Il richiamo alla legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) ci riporta all'art. 22 della medesima, dove troviamo un altro esempio di definizione dinamica di pubblica amministrazione, non fondata su un'elencazione. In tema di diritto di accesso, infatti, troviamo che per "pubblica amministrazione" s'intende "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>(310)</sup> F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 300. Nelle fila della categoria dei tradizionali soggetti di amministrazione si annoverano "l'insieme degli organi amministrativi che fanno capo allo Stato inteso come soggetto dell'ordinamento generale [...]; gli enti territoriali enumerati dall'art. 114 Cost.: comuni, province, regioni, ecc.; e, ancora: enti comunque

Arriviamo al secondo punto oggetto del nostro interesse. La prospettiva della funzione opera in modo totalizzante e trasversale, nel senso che investe qualunque attività orientata alla cura di interessi pubblici, travalicando le concrete modalità attraverso cui essa si esplica <sup>(311)</sup>. Come autorevolmente si fa ricordare, “da tempo si è mostrato come *pubblico* non coincida con *autoritativo*, proprio perché è piuttosto la funzione in quanto tale che caratterizza l’amministrazione. Funzione rappresentata, non tanto quale espressione di una delle ‘funzioni’ dello Stato, in base alla consueta prospettazione secondo cui l’amministrazione è esecuzione ed il provvedimento autoritativo è il suo modo di manifestarsi; quanto come cura di interessi in cui la funzione assume un carattere tendenzialmente neutrale, rappresentando comunque il momento dinamico e diffusivo della norma” <sup>(312)</sup>. Da queste premesse, la risoluzione in termini unitari del problema della “natura” dell’attività amministrativa: “se ... la funzione è un dato obiettivo di matrice normativa, l’attività dell’amministrazione non può che essere raffigurata come entità omogenea pur nella diversità di forme con cui a volta a volta si manifesta” <sup>(313)</sup>; la funzione amministrativa, in altri termini, ha carattere unitario “a prescindere dalla varietà delle possibili forme di organizzazione, di manifestazione dell’azione e dei relativi regimi di disciplina” <sup>(314)</sup>.

Le considerazioni che precedono si estendono, secondo un’opinione largamente condivisa, anche all’attività amministrativa in forme privatistiche e consensuali, la

---

pubblici definiti in relazione ai fini collettivi specifici per i quali sono stati istituiti”. Nei termini che precedono A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 5-6, che subito aggiunge: “Questo quadro di soggetti ed enti pubblici fino agli ultimi decenni del secolo scorso esauriva pressoché completamente il profilo soggettivo dell’Amministrazione; ma, in questi anni, [...] si è rafforzata la tendenza ad affidare attività e funzioni oggettivamente amministrative anche a soggetti privati”.

<sup>(311)</sup> Cfr. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell’amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 27, che discorre di “una nozione di attività amministrativa idonea a ricomprendere tutto quanto è utile al raggiungimento del fine pubblico”.

<sup>(312)</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, cit., 832. Per il passaggio dal potere alla funzione l’A. cita, per tutti, U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., 105 e ss., che giustifica detto passaggio sulla base di un forte ancoraggio dell’amministrazione ai principi fondamentali dell’ordinamento democratico fissati nella Carta costituzionale (solidarietà, uguaglianza, diritti fondamentali, imparzialità). Da cui la raffigurazione della prima come un insieme di apparati serventi la società. Su questo punto, M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa*, cit., 2424, osserva che “L’accezione dell’amministrazione pubblica quale organismo operante in funzione di soggetti e fini esterni allo stesso, costituisce ormai un concetto piuttosto condiviso in dottrina. La sua valenza ontologicamente strumentale alla realizzazione effettiva dei compiti che sono assegnati all’amministrazione dall’ordinamento la informano al costante rispetto dei principi e degli interessi in funzione dei quali è stato attribuito il relativo potere”. In senso convergente si veda altresì F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 337 e ss.

<sup>(313)</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, cit., 832.

<sup>(314)</sup> M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa*, cit., 2413.

quale rimane “funzionalizzata”<sup>(315)</sup>. In buona sostanza tutte le attività, anche se rette dal diritto privato, devono sottostare alla regola della funzionalizzazione; “purché, ovviamente, attinenti al dovere istituzionale di agire nell’interesse della collettività”<sup>(316)</sup>. Al ricorrere di tale presupposto, dunque, nulla può sottrarsi alla logica della funzione, “neanche le attività di produzione di servizi o particolari attività tecniche o di tipo economico”<sup>(317)</sup>.

Il cammino verso uno statuto unitario dell’attività amministrativa in chiave funzionale<sup>(318)</sup> porta con sé conseguenze di assoluto rilievo.

*In primis*, come già abbiamo detto, al delinarsi di un sistema “in cui la cura dell’interesse comune viene svolta in misura sempre più rilevante da enti che non appartengono alle amministrazioni pubbliche tradizionalmente concepite”<sup>(319)</sup>, si

---

<sup>(315)</sup> Come riporta G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 160, con i riferimenti bibliografici del caso (nota 18). Per S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, cit., 833-834, “non è [...] nemmeno sufficiente affermare che l’attività di diritto privato delle amministrazioni ha la medesima natura di quella di diritto pubblico, poiché, in realtà, [...] l’attività dell’amministrazione è una soltanto, promanando la sua giuridicità direttamente dalla Costituzione. Cambiano gli strumenti giuridici, provvedimento e contratto, ma non il modo di manifestarsi dell’attività”. Più prudente nelle sue conclusioni pare, invece, F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, cit., 82 e ss., per il quale “I processi di trasformazione in atto e segnatamente la commistione tra i due rami del diritto tradizionalmente presentati come separati non è tale da togliere rilievo alle differenze tuttora rinvenibili in termini generali e con riferimento alle singole fattispecie. Si è infatti in presenza di una funzionalizzazione a maglie larghe riferibile anche all’attività disciplinata dal diritto privato, differente per contenuti e finalità dalla procedimentalizzazione a maglie strette tipica dell’attività provvedimentale-autoritativa. Funzionalizzazione nel senso cioè di sottoposizione dell’attività di diritto privato ai principi dell’azione amministrativa (e perciò controllabilità della conformità ad essi) ma non anche nel senso di necessaria contaminazione dei modelli di diritto privato con le regole del procedimento e del provvedimento”. Scettici rispetto ad un atteggiamento di “ipervalutazione del profilo funzionale” sono R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Seconda ed., Giappichelli, Torino, 2017, 17, nota 48; nonché C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 209, secondo cui la “*forma mentis* centrata sulla forza irresistibile della funzione” alimenta numerose “stranezze del diritto amministrativo”, per un’analisi delle quali si rinvia alle pagine dell’Autrice stessa. Critico si mostra anche A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 342 e ss.

<sup>(316)</sup> F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 342.

<sup>(317)</sup> Così M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa*, cit., 2412, che poco oltre aggiunge: “Quelli indicati ed anche altri profili di attività concernenti amministrazioni di servizi vanno fatti rientrare nella prospettiva della funzionalizzazione e ciò secondo una logica non limitante degli stessi (in termini di sottoposizione a vincoli esterni alle loro logiche intrinseche), semmai di enfaticizzazione della loro rilevanza giuridica, oltre che di altro genere, e della loro migliore adattabilità nell’ambito del diritto amministrativo, evitando inadeguate e talora solo formalistiche modalità di trasposizione di istituti da altri ambiti del diritto” (2413).

<sup>(318)</sup> Su cui si veda la recente e documentata indagine di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 86 e ss.

<sup>(319)</sup> “Accanto ad esse, infatti, e sempre più spesso, l’esercizio della pubblica funzione viene affidato a soggetti con personalità giuridica di diritto privato, a società di capitali, fondazioni o associazioni – che, in alcuni casi, derivano dalla privatizzazione di enti pubblici e, in altri, sono invece costituiti *ad hoc* per la cura di interessi generali – o, anche, a persone fisiche”: così F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 2-3.

accompagna l'esaltazione della prospettiva della funzione a scapito di quella della struttura. Si assiste così al "tramonto della personalità giuridica" <sup>(320)</sup> e alla perdita di importanza del tema – prima centrale – della natura pubblica o privata degli enti. Al concetto di personalità giuridica si sostituisce quello, più ampio, di *soggettività pubblica*, per tale intendendosi "una soggettività speciale che, di volta in volta, il legislatore attribuisce ad una persona giuridica – anche oltre i confini della propria natura – e che rende ad esso applicabile un diritto speciale rispetto alla propria veste soggettiva. Ciò vale sia per le persone giuridiche private sia anche per quelle pubbliche. La natura del soggetto non scompare ma diventa indifferente ... ad eccezione della unica ipotesi in cui non sia essa stessa richiamata in termini generali dal diritto positivo quale criterio per individuare il proprio ambito soggettivo di applicazione" <sup>(321)</sup>.

---

<sup>(320)</sup> F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 322.

<sup>(321)</sup> In questi termini G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 251. L'A. sottolinea l'importanza di tenere distinti i concetti di "natura pubblica dell'ente" e di "soggettività pubblica", i quali sono dotati di "significati giuridici altrettanto distinti". Per l'A. "Da un lato, dopo il 1975 [con la più volte menzionata legge n. 70, *n.d.r.*] si è "positivizzato" il criterio per individuare la natura pubblica della persona giuridica. La natura del soggetto, quindi, è da ricondurre sul piano della formalità: è pubblica se il legislatore espressamente istituisce un ente pubblico ovvero trasforma la natura privata del soggetto riconoscendo ad esso la personalità giuridica pubblica. Dall'altro lato, però, sul piano degli effetti giuridici, la detta natura formale non ha più la forza totalizzante di inglobare la persona giuridica pubblica in una disciplina pubblicistica ed allo stesso modo una persona giuridica privata nella disciplina di diritto comune. Per tale via [...] si potrà giungere alla consapevolezza di ritenere "chiusa" ogni questione intorno alla natura pubblica di un ente, posto che è lo stesso diritto positivo ad avere scelto il criterio nominalistico per la attribuzione formale della natura pubblica del soggetto. Si apre, nello stesso momento, una seconda e diversa questione, ossia determinare quali siano in concreto gli effetti giuridici che, indipendentemente dalla natura del soggetto, possano derivare ogni qualvolta il legislatore attribuisca una soggettività speciale in funzione esclusivamente di delimitare il proprio ambito soggettivo di applicazione. È, appunto, il tema della soggettività pubblica del nuovo millennio, ossia individuare in concreto gli ambiti di applicazione soggettiva di leggi speciali a persone giuridiche indolentemente dalla propria natura, pubblica o privata". E conclude Gargano: "Si deve lavorare, quindi, su piani concettuali diversi rispetto a quelli utilizzati dalla dottrina sino alla fine degli anni settanta del secolo passato: il diritto amministrativo non è più – solo – il diritto della pubblica amministrazione e, meno che mai, il diritto comune non è più solo il diritto delle persone private, sicché la natura del soggetto non è più rilevante, sul piano concreto, per determinare in modo assoluto e secondo schemi generalizzanti il diritto ad esso applicabile". Dopo questi primi affondi collocati nel cap. IV, l'A. sviluppa appieno la propria teoria nel cap. VI, in cui soggettività pubblica viene elevata a criterio di interpretazione per l'attribuzione di effetti giuridici "speciali" (303 e ss.).

Sulla relazione (di non perfetta sovrapposibilità) tra soggettività giuridica e personalità giuridica nel quadro generale dell'organizzazione pubblica del nostro ordinamento si sofferma anche D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata*, cit., 21 e ss. Le differenze tra i due concetti, peraltro, sono oggetto di riflessione e dibattito anche in ambito privatistico. Cfr., a tal proposito, l'interessante saggio di A. BARBA, *Costruzione della soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica: libertà associativa e democrazia pluralista*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, cit., I, 201 e ss., ove è ripercorsa la vicenda della "progressiva ed inesorabile emancipazione della soggettività metaindividuale dalla personalità giuridica" alla luce delle più recenti novità normative.

Ci riagganciamo, così, a quanto osservato poche pagine addietro, a proposito dell'avvicendamento tra i concetti di ente pubblico e di pubblica amministrazione. Il primo cede sempre più spazio alla seconda, meno avvinta all'elemento del possesso della personalità giuridica di diritto pubblico e, in ogni caso, meno formalmente definita. Se fino a qualche decennio fa, infatti, “non era ancora evidente l'impossibilità di determinare i confini della pubblica amministrazione”, la successiva “elaborazione di diverse definizioni normative di pubblica amministrazione mostra ormai che quei confini sono mobili, perché la pubblica amministrazione assume estensione diversa in relazione alle diverse esigenze, legate soprattutto all'individuazione dell'ambito dell'una o dell'altra disciplina”<sup>(322)</sup>. Manca una nozione omnicomprensiva che possa adattarsi all'intero sistema giuridico; ci troviamo, viceversa, di fronte a un concetto mobile di pubblica amministrazione, che varia a seconda del singolo settore disciplinare.

Alla diversità tra definizioni “statiche” e “dinamiche” di pubblica amministrazione abbiamo fatto cenno. Aggiungiamo ora un ulteriore tassello, evidenziando che nel passaggio dalle prime alle seconde ha giocato un ruolo cruciale il diritto dell'Unione europea. Si fa osservare, infatti, che “mentre le definizioni nazionali procedono normalmente all'elencazione delle pubbliche amministrazioni, adottando quindi un criterio organico, quelle comunitarie, dovendo applicarsi a ordinamenti diversi, si basano inevitabilmente su un criterio funzionale, individuando l'ambito della pubblica amministrazione sulla base dell'attività svolta dai diversi organismi”<sup>(323)</sup>.

Per un verso, allorquando è “divenuto arduo stabilire i limiti dell'amministrazione in senso soggettivo, a causa del moltiplicarsi dei soggetti che

---

<sup>(322)</sup> B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 379-380.

<sup>(323)</sup> Così, di nuovo, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 380. Peraltro, come lo stesso A. ricorda, “nell'ambito delle definizioni comunitarie [...] possono individuarsi due tendenze, l'una estensiva e l'altra restrittiva: la prima opera quando si tratta di definire l'ambito di applicazione di discipline comunitarie, la seconda quando si tratta di definire l'ambito di eccezione rispetto all'applicazione di simili discipline”. Il criterio restrittivo è adottato, per esempio, nell'interpretazione delle disposizioni in materia di libera circolazione dei lavoratori, per quel che riguarda gli “impieghi nella pubblica amministrazione”. Il criterio estensivo prevale, invece, nelle definizioni delle amministrazioni aggiudicatrici e degli organismi di diritto pubblico, tenuti all'applicazione della disciplina sui contratti. Cfr., in proposito, G. NAPOLITANO, voce *Pubblica amministrazione*, cit., 4747 e ss. e, diffusamente, S. D'ANCONA, *L'evoluzione del concetto di pubblica amministrazione nel diritto nazionale e nel diritto dell'Unione europea*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea. Argomenti e materiali*, Giappichelli, Torino, 2014, 109 e ss.

esplicano attività amministrativa e del continuo riassetto delle competenze, il legislatore nazionale ha ritenuto opportuno intervenire per delimitare l'ambito della pubblica amministrazione tramite il metodo della enumerazione" (324). Fra i settori che più di tutti hanno dato origine a questa tendenza si ricorda, oltre al già citato pubblico impiego, la finanza pubblica (325): trattasi, con evidenza, di "due campi sottoposti a forti tensioni riformatrici in cui era essenziale non limitare le innovazioni alla tradizionale amministrazione statale" (326).

---

(324) M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, 197 e ss., qui 200-201.

(325) In proposito, particolarmente importante è l'elenco pubblicato in Gazzetta Ufficiale ogni anno entro il 30 settembre, che l'ISTAT è tenuto a redigere seguendo le norme e i criteri europei fissati dal Reg. UE n. 549/2013 sul Sistema Europeo dei Conti Nazionali e Regionali nell'Unione Europea (SEC 2010), al fine di rendere confrontabili i conti pubblici di tutti gli Stati membri. Si tratta di un elenco al quale fa riferimento la legge italiana per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi delle nuove norme costituzionali in materia – l. 24 dicembre 2012, n. 243 – ed altre numerose leggi riguardanti la contabilità. In particolare, ai sensi dell'art.1, co. 2, co.1, lett. a), l. n. 243/2012 cit., per "pubbliche amministrazioni" s'intendono "gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale". Concretamente, nell'elenco ISTAT risultano compresi "enti di regolazione dell'attività economica, agenzie, enti a struttura associativa, autorità amministrative indipendenti, enti produttori di servizi assistenziali, ricreativi e culturali, enti di ricerca, amministrazioni locali" (M. CLARICH, *Manuale*, cit., 321). Per M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Giuffrè, Milano, 2014, 1 e ss., 34, nel settore della finanza pubblica "il nodo della nozione di amministrazione pubblica continua a non essere sciolto. Anzi, il legislatore lo ha reso sempre più inestricabile, prima rinviando alle determinazioni di un'istituzione come l'ISTAT, priva delle competenze tecnico-giuridiche indispensabili per definire un'amministrazione pubblica, poi "legificando" l'elenco redatto dall'ISTAT, senza alcuna riflessione critica supplementare e senza interrogarsi sui delicati problemi giuridici posti dall'applicazione del sistema statistico europeo [...] nei singoli Paesi". Su tale ultimo punto si vedano le riflessioni di L. MARZIALETTI, *Contabilità nazionale e unità istituzionali. Interpretazione ed applicazione dei criteri dettati dal SEC 2010 per l'inserimento delle PP.AA. nell'Elenco delle unità istituzionali appartenenti al settore delle Amministrazioni Pubbliche di competenza dell'ISTAT*, in *Rass. avv. Stato*, 2017, 2, 270 e ss.; nonché, sotto la vigenza del precedente regolamento europeo (SEC 95), quelle di S. DEL GATTO, *Sistema "SEC 95" ed elenco ISTAT. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 10, 960 e ss. Più in generale, sulla problematica individuazione della "nozione finanziaria" di pubblica amministrazione si vedano: G. COLOMBINI, *Notazioni in margine del processo di costituzionalizzazione della nozione finanziaria di amministrazione pubblica*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo*, cit., 83 e ss.; G. MULAZZANI, *Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno*, in *Dir. econ.*, 2017, 2, 321 e ss.; W. GIULIETTI e M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 189 e ss.; P. GOTTI, *La problematica 'nozione finanziaria' di pubblica amministrazione, l'elenco ISTAT e la regola della spending review*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 177 e ss.; V. TORANO, *Contributo sulla definizione di "pubblica amministrazione" rilevante per l'applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm.-CDS*, 2013, 4, 1051 e ss.

(326) M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, cit., 201.

Per un altro verso, tuttavia, “nel momento in cui il diritto nazionale era giunto a definire con sufficiente precisione l’ambito della pubblica amministrazione, si è sovrapposto il diritto comunitario che fa prevalere le sue scelte, anche diverse rispetto a quelle nazionali” <sup>(327)</sup>. Ci si imbatte, segnatamente, in “una nozione variabile di pubblica amministrazione, senza una effettiva base teorica, a tutto favore dell’esigenza di assicurare la più ampia applicazione del diritto comunitario” in un contesto che, va ricordato, risulta connotato da una “estrema diversificazione della amministrazioni nazionali”, nonché dalla vigenza del “principio – di chiara connotazione internazionalistica – per cui l’organizzazione amministrativa nazionale è riservata alla competenza degli Stati membri” <sup>(328)</sup>.

Senza voler indugiare sul complesso tema dei rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale <sup>(329)</sup>, è interessante notare, ai fini di questo studio, che

---

<sup>(327)</sup> M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, cit., 202. Per il rilievo della differenza di impostazione che connota il diritto comunitario si veda, già a metà degli anni Novanta, S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 10, 915 e ss., ove l’osservazione che “nel diritto comunitario la definizione di pubblica amministrazione non discende dal regime giuridico (di diritto pubblico) al quale un apparato è sottoposto, ma dalla natura sostanziale dell’attività e dei poteri. Ciò significa che la nozione comunitaria si sottrae alle qualificazioni che dipendono dalle vicende storiche (si pensi all’espansione ed alla contrazione dell’intervento pubblico) e dalle scelte dei legislatori nazionali (che conferiscono a soggetti pubblici poteri di tipo privatistico e ad enti privati poteri derogatori al diritto privato, o che attribuiscono ad un ente natura pubblicistica, ad un altro privatistica, indipendentemente dalla natura materiale dell’attività svolta)”.

<sup>(328)</sup> Si tratta di citazioni provenienti, ancora un volta, da M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, cit., 199 e 205. Quanto al profilo della mancanza di una base teorica, si veda F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 9, ove l’osservazione per cui al diritto comunitario “non interessa tanto definire in astratto e *a priori* il concetto di Stato e/o di pubblica amministrazione, quanto assicurare, nel fluire dei rapporti economico-istituzionali, il rispetto dei [propri] principi”, tra cui quello di concorrenza: “ciò consente, di volta in volta, di inquadrare un singolo soggetto nella nozione”.

<sup>(329)</sup> Tema rispetto al quale non pare si possa smentire un dato, e cioè che “Il processo di integrazione europea ha prodotto una soggezione – se pur non automatica, né integrale – degli ordinamenti nazionali all’ordinamento comunitario, mediante un dialogo fitto fra le diverse giurisdizioni e un grado sempre più stretto di interpenetrazione tra fonti nazionali e fonti comunitarie, che ha assunto ormai carattere di generalità”. Nei termini che precedono M. MACCHIA, *Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto*, in L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, Bologna, 2010, 15 e ss., 17. Il rilievo è tanto più valido con riferimento al diritto amministrativo, il quale “ha visto negli ultimi vent’anni molte materie o istituti giuridici divenire oggetto di una disciplina dell’Unione europea e per alcuni settori il processo d’integrazione è stato evidente”: così in R. CAVALLO PERIN, *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 3. Si fa notare, in particolare, che “Il diritto amministrativo italiano ha acquisito [...] una dimensione europea sotto cinque profili principali: la legislazione amministrativa, l’attività, l’organizzazione, la finanza, la tutela giurisdizionale” (M. CLARICH, *Manuale*, cit., 44). Per il resto rinviamo il lettore, anche in un’ottica di puntuale inquadramento teorico del tema, a S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, e a G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e*

l'approccio euro-unitario alla nozione di pubblica amministrazione in un certo senso rispecchia il metodo gradualistico e progressivo seguito nel processo di integrazione europea <sup>(330)</sup>. Il ricorso a tale metodo, già implicito nella celebre dichiarazione di Schuman del 9 maggio 1950 <sup>(331)</sup>, ha ricevuto un forte impulso in seguito alla “verificata impossibilità di conferire immediatamente ... una dimensione politica e federale” alla costruzione europea; al punto da diventare, con il passare degli anni, “la dottrina politica ufficiale dell'integrazione europea” <sup>(332)</sup>. Una dottrina retta da una “logica funzionalista”, per la quale “l'unificazione politica europea non sarebbe stata il frutto di una scelta politica “costituente”, bensì lo sbocco, in un certo senso inevitabile e “meccanico”, di un percorso che agisce sul piano degli interessi materiali e che muove dall'interdipendenza economica” <sup>(333)</sup>. Con il metodo gradualista, e con la logica funzionalista che lo anima, si è perciò rinunciato – anche sul piano normativo – a imporre un momento di sintesi a monte, per fissare invece una pluralità obiettivi a valle, predisponendo al contempo gli strumenti idonei alla loro realizzazione <sup>(334)</sup>.

---

nazionale, entrambi in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Seconda ed., diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Giuffrè, Milano, 2007, rispettivamente I, 1 e ss., e II, 827 e ss.

<sup>(330)</sup> Cfr. S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 1 e ss., spec. 5 e ss. Su origini e sviluppi del processo di integrazione europea si veda, nella manualistica, R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Seconda ed., Giappichelli, Torino, 2017, 17 e ss.

<sup>(331)</sup> Ove la chiara consapevolezza che “L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto”. Osserva in proposito S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, cit., 5: “Occorre, dunque, secondo i padri fondatori, concentrarsi inizialmente su obiettivi concreti e limitati – come quello dell'integrazione di un singolo settore economico e fra un gruppo ristretto di paesi – la cui realizzazione, tuttavia, creasse le condizioni di fatto necessarie per poi raggiungere i successivi livelli di una integrazione più ampia e più profonda fra i paesi e i popoli europei”. Il testo integrale della dichiarazione di Schuman è consultabile su [wikisource.org](http://wikisource.org).

<sup>(332)</sup> S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, cit., 7.

<sup>(333)</sup> S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, cit., 7, che prosegue: “L'integrazione economica in settori limitati via via si sarebbe estesa, seguendo un meccanismo detto di “spill over” (o “traboccamento”), ad altri settori; ciò avrebbe creato una saldatura di interessi attraverso le frontiere nazionali; gruppi di interesse transnazionale avrebbero poi spinto a trasferire progressivamente maggiori funzioni e poteri alle istituzioni europee, meglio in grado di tutelarli; tali istituzioni avrebbero a loro volta agito per accelerare il processo di integrazione; etc.”.

<sup>(334)</sup> Cfr. A. SANDULLI, *Natura delle cose, principi generali di azione, limiti del legislatore*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, cit., 23 e ss., 26-27: “Al fine della promozione del processo di integrazione tra i sistemi normativi degli Stati membri, l'ordinamento europeo non impone un'unica regola, ma ammette la diversità delle regole nazionali, purché non incompatibili con gli obiettivi perseguiti dal diritto europeo. Quest'ultimo, dunque, fissa i parametri e vigila sul loro rispetto, anziché perseguire fini di omogeneizzazione normativa. L'adozione di tale meccanismo è giustificata anche dall'abbandono, nel corso degli ultimi due decenni, dei tentativi di armonizzazione fra norme in favore di tecniche di omogeneizzazione finalistica. Inizialmente, il

Obiettivi e strumenti operanti, in prima battuta, sul piano delle relazioni economiche. Quelle inerenti all'economia, infatti, rappresentano "le funzioni originarie e originariamente caratterizzanti per le Comunità europee, il cui ambito di intervento consisteva proprio nell'unificazione di alcuni mercati e nella introduzione della concorrenza in essi" <sup>(335)</sup>.

Elementi, quelli dell'omogeneizzazione finalistica e dell'esaltazione del dato economico, che puntualmente ritroviamo nel campo oggetto della nostra indagine.

È proprio intorno al dato economico che si coagulano le definizioni del diritto europeo <sup>(336)</sup>, i cui concetti "sono costruiti secondo una logica propria, che è dettata dalla ricerca di un punto di equilibrio tra lo scopo di aprire i mercati alla concorrenza e la salvaguardia delle prerogative degli Stati per l'attuazione delle proprie politiche". Il diritto europeo, quindi, "costruisce i propri concetti a partire dal significato economico che alcuni fatti assumono dal punto di vista delle condizioni di concorrenza e di non discriminazione che esso intende promuovere" <sup>(337)</sup>.

---

legislatore europeo aveva tentato di porre in essere metodologie di sintesi normativa, tenendo conto delle diversità ordinamentali dei singoli Stati membri. La ricerca della equilibrata alchimia normativa tra elementi radicalmente diversi e disomogenei non aveva prodotto, peraltro, risultati apprezzabili [...] Sicché, tale criterio è stato abbandonato per quello, di gran lunga più efficace, della individuazione dello scopo da perseguire e della successiva selezione del mezzo più idoneo al raggiungimento dell'obiettivo". Il tutto, ovviamente, nei limiti di quanto ora espressamente sancito dall'art. 5, co. 1, TUE, a mente del quale "La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione". Osserva in proposito D.-U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 91 e ss., 93: "Il principio delle competenze di attribuzione – secondo l'interpretazione che ne ha fornito al Corte di giustizia ed alla quale ancora oggi, nonostante l'espressa previsione del TUE, occorre fare riferimento – implica che l'azione dell'Unione sia basata sia sulle competenze che risultano in modo specifico da disposizioni del Trattato, sia su quelle competenze che si possono desumere in modo implicito da queste disposizioni".

<sup>(335)</sup> "Molte delle previsioni fondamentali dei trattati mirano a questi obiettivi: si pensi alle norme sulla tutela della concorrenza, sulle libertà di circolazione, sugli aiuti di Stato alle imprese": in questi termini, e in quelli riportati sopra nel testo, B.G. MATTARELLA, *Le funzioni*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 145 e ss., 162. L'A. fa poi notare, ad ogni modo, che "I fini immediati ineriscono alla realizzazione di mercati efficienti, a beneficio dei consumatori e quindi del benessere generale. Ma non bisogna dimenticare che, nell'aspirazione dei fondatori delle Comunità europee, questi fini molto generali erano a loro volta strumento per l'instaurazione di vincoli e rapporti che assicurassero relazioni pacifiche e amichevoli tra i popoli europei".

<sup>(336)</sup> Cfr. F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, cit., 416, per il quale "La vera novità dell'apporto europeo è, probabilmente, soprattutto quella di aver suggerito una massima attenzione al dato economico – e, in particolare, al profilo dell'imprenditori sostanziale".

<sup>(337)</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 148. È interessante notare, oltretutto, che "Il peculiare carattere dei concetti del diritto europeo [...] si riflette sulla tecnica seguita per l'applicazione dei concetti medesimi". "La finalità a cui rispondono i concetti del diritto europeo indirizza le autorità che li applicano a verificare i fatti, così da conoscere gli effetti economici delle misure in concreto adottate". In questo modo, "L'analisi economica dà concretezza al ragionamento giuridico: a concetti astratti, che rimandano all'esistenza di un *interesse pubblico* idoneo

Il diritto europeo, inoltre, “è dichiaratamente indifferente alla questione dello Stato imprenditore e, in generale alle forme che l’intervento diretto dello Stato nella sfera produttiva può assumere”. Esso, infatti, come poc’anzi evidenziato, “si propone alcune finalità, e lascia gli Stati membri liberi di organizzarsi nei modi che ritengono più appropriati, purché siano rispettate le regole che l’Unione pone per le proprie finalità” <sup>(338)</sup>.

Quanto precede comporta, tra le altre cose, che i concetti e le definizioni euro-unitarie prescindano “dalla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, coerentemente con la tendenza generale del diritto comunitario a disinteressarsi della natura, pubblica o privata, che gli ordinamenti interni attribuiscono alle varie figure soggettive” <sup>(339)</sup>.

Trova così una sponda nel diritto europeo l’altra fondamentale idea legata all’affermazione dello statuto unitario dell’attività amministrativa in chiave funzionale, di cui parlavamo sopra, e cioè che sussista un elevato grado di fungibilità tra pubblico e privato nell’attività di cura dell’interesse generale <sup>(340)</sup>. Non solo la dottrina <sup>(341)</sup>, ma anche la giurisprudenza, nel rilevare l’inadeguatezza della distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato, proclama l’unitarietà dell’attività amministrativa e, implicitamente, l’indifferenza rispetto al mezzo adoperato nell’esercizio della funzione <sup>(342)</sup>. Detto altrimenti,

---

a legittimare singole determinazioni dell’amministrazione o del legislatore, si sostituisce l’indagine diretta a misurare gli effetti economici che le determinazioni in questione producono nella situazione di fatto, per poi metterli a confronto con il parametro normativo, a sua volta interpretato nella sua finalità economica. La tecnica di giudizio che analizza il fatto nella concretezza degli effetti economici conseguenti alle misure adottate, impegna il giurista nella precisazione della sostanza dell’interesse pubblico del quale si tratta, e nella indagine circa la misura in cui esso si realizza nel caso concreto” (*ivi*, 150 e ss.). Per il rilievo del carattere “autonomo” delle nozioni coniate dal diritto dell’Unione europea si veda altresì R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Seconda ed., Giappichelli, Torino, 2012, 245 e ss., con specifico riguardo al panorama giuridico dei contratti pubblici.

<sup>(338)</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, cit., 199. In considerazione di quanto sopra, ossia della necessità per il diritto comunitario di raggiungere i propri obiettivi, esso fa ampio ricorso a concetti e tecniche antielusive.

<sup>(339)</sup> B.G. MATTARELLA, *L’imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 382.

<sup>(340)</sup> Cfr. P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell’amministrazione*, cit., 286 e ss.

<sup>(341)</sup> Si veda, per tutti, il più volte richiamato B.G. MATTARELLA, *L’imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 357 e ss.

<sup>(342)</sup> Si vedano, ad esempio, le due note sentenze dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 22 aprile 1999, nn. 4 e 5, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 10, 946, che, nell’affermare l’estensione del diritto di accesso ai documenti amministrativi all’attività “di diritto privato” della pubblica amministrazione, e nel rilevare altresì la “reciproca interferenza del diritto amministrativo e del diritto privato”, hanno affermato che “Ogni attività dell’amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono

“modalità attuative e strumenti operativi, persino soggettività di diversa natura giuridica (di tipo pubblico o privatistico)”, rimangono sullo sfondo rispetto alla funzione e ai suoi principi <sup>(343)</sup>. Con il risultato che “viene ad attenuarsi anche sul piano istituzionale il bipolarismo pubblico-privato” <sup>(344)</sup>.

Si apre, sotto la decisiva spinta del diritto comunitario, quella che è stata efficacemente descritta come la “stagione della non qualificazione” <sup>(345)</sup>, nel cui ambito poco importa se un ente è dotato della personalità giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, dal momento che “il diritto applicabile ai diversi soggetti giuridici non dipenderà ... necessariamente dalla loro formale natura giuridica, ma dai caratteri della specifica fattispecie rilevante, considerati in riferimento agli interessi tutelati ed alle finalità perseguite” <sup>(346)</sup>. Conseguentemente, “il medesimo soggetto dovrà

---

l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale”. Con queste pronunce, osserva M. CORRADINO, *Il diritto amministrativo nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Seconda ed. aggiornata, Cacucci, Bari, 2015, 134, “è stato definitivamente sancito il principio della neutralità della forma (pubblicistica o privatistica) dell'atto, nonché della disciplina che governa il documento oggetto del diritto di accesso, consentendo la presa visione e l'estrazione di copia non solo di documenti amministrativi strettamente intesi, ma anche degli atti di diritto privato detenuti dalla P.A.”. Sempre in tema di accesso, e sempre al fine di esemplificare il suddetto atteggiamento di indifferenza rispetto al mezzo, si veda anche Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 5, in *Foro amm.-CDS*, 2005, 9, 2513, che, con riferimento ad una società a partecipazione pubblica, ha affermato che “Le regole dettate in tema di trasparenza della P.A. e di diritto di accesso ai relativi atti si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico”. Di nuovo M. CORRADINO, *Il diritto amministrativo nelle pronunce*, cit., 135, commenta: “Con questa pronuncia l'Adunanza plenaria ha fatto applicazione del principio di neutralità della forma giuridica dell'ente che detiene il documento cui si chiede di accedere, sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa fin dall'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990, n. 241 e poi confermata in sede legislativa con le modifiche apportate dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15”.

<sup>(343)</sup> In questo senso, con particolare nitore, M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa*, cit., 2443, che osserva: “Insomma, in che modo debba provvedere, nell'interesse della comunità e dei suoi singoli componenti, [...] l'amministrazione, è un aspetto tutto sommato [...] affatto secondario. Se cioè la complessiva azione debba aver luogo mediante un'amministrazione di tipo ancor autoritativo o consensuale, o mediante l'erogazione diretta di servizi oppure, ancora, attraverso l'esercizio di un'attività di direzione e/o di regolamentazione di un mercato libero e concorrenziale, costituisce una vicenda avente rilevanza organizzativa, che di per sé non incide, qualificandola secondo differenti modalità, su quella che in ogni caso permane esercizio di funzione amministrativa in quanto espletata nel perseguimento di un fine pubblico e conseguentemente sottoposta al rispetto dei principi che le sono propri. Le modalità esplicative sono meramente strumentali rispetto ai fini che ci si prefigge di conseguire mediante l'azione”.

<sup>(344)</sup> F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 4. Cfr. altresì, per tale rilievo, G. GARGANO, *Contributo allo studio*, cit., 253; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 111 (il quale, tuttavia, come già detto non condivide la tesi della perdita di rilevanza della contrapposizione pubblico-privato).

<sup>(345)</sup> Da parte di F. CINTIOLI, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in *giustamm.it*, n. 3/2014, 7.

<sup>(346)</sup> M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, cit., 219.

osservare diverse discipline, di diritto comune o di diritto pubblico, a seconda delle diverse circostanze in cui opera; senza che si determinino attrazioni assorbenti in una delle due discipline principali, per prevalenza o caratterizzazione dominante”<sup>(347)</sup>.

Volendo riportare l’intero discorso sin qui condotto al punto da cui siamo partiti, ossia quello del “problema dell’ente pubblico” (paragrafo precedente), traggono nuova linfa le propensioni rinunciate da noi più volte richiamate. Per cui andare alla ricerca della “vera” natura giuridica degli enti “non sembra consentire una risposta adeguata al problema dell’ambito di applicazione delle discipline pubbliche. Si determinano anzi improprie forzature e conclusioni rigide che finiscono per contraddire il ricorso legislativo a soluzioni differenziate. In un sistema caratterizzato dalla frammentazione delle soluzioni organizzative, la questione sembra porsi in termini opposti: verificare volta per volta quali regole dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano applicabili a soggetti ordinati in forme privatistiche, valutando in ciascun caso le finalità perseguite e gli interessi protetti”<sup>(348)</sup>.

Quanto, invece, al più specifico tema della nozione – ma a questo punto sarebbe meglio parlare al plurale, delle nozioni – di pubblica amministrazione, si può concludere osservando che “la diversità di approcci e la conseguente asimmetria ... che ha animato il confronto tra il diritto europeo e quello interno, appare oggi evolvere, almeno in parte, verso una fase di superamento della dicotomia tra concezione formale e sostanziale di pubblica amministrazione, perché i criteri di classificazione tendono ad essere i medesimi per entrambi gli ordinamenti”<sup>(349)</sup>. In definitiva, dunque, anche l’ordinamento italiano pare ora “imperniato da un lato sull’abbandono del dato formale

---

<sup>(347)</sup> Così, di nuovo, M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, cit., 219.

<sup>(348)</sup> G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», cit., 802. Su tale “inversione” dei termini del problema, l’A. torna nel prosieguo dell’opera, al fine di mettere a punto la “tecnica di applicazione funzionale” dallo stesso suggerita (822 e ss.). In sintesi, occorre “verificare quali norme “orizzontalmente” riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati. Si tratta, in altri termini, di costruire un regime congruo all’identità organizzativa e funzionale della fattispecie osservata in via interpretativa, con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici. Ciò impone di valutare, regola per regola, a seconda della sua *ratio*, se e in quale misura debba applicarsi al soggetto in questione. Ciascuna norma diretta ad amministrazioni ed enti pubblici, infatti, persegue una funzione specifica e, pertanto, assume (o meglio presuppone) quelle nozioni in modo, almeno potenzialmente, ogni volta diverso”. La teoria è sviluppata con maggiore profondità dall’A. nell’opera da noi più volte menzionata nel corso del primo capitolo, vale a dire ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 177 e ss.*

<sup>(349)</sup> G. MULAZZANI, *Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile*, cit., 345.

legato alla natura giuridica e dall'altro sull'adozione di criteri ermeneutici fondati sul dato funzionale" (350).

#### **4. La stagione della “contaminazione pubblicistica” del regime delle società pubbliche. Il punto di rottura nell'approccio del legislatore: dal favore al disfavore**

È giunto il momento di tornare ad occuparci più da vicino delle nostre società, che avevamo lasciato nel toro di tempo compreso tra l'ultimo decennio del secolo passato e i primi anni di quello presente, momento in cui – in seguito alle privatizzazioni e al generalizzato ricorso allo strumento societario da parte dei pubblici poteri – hanno trovato sviluppo originali elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, dalle quali è scaturito un processo di vera e propria “entificazione”, nel senso di riconoscere ad alcune delle società in questione la natura di enti pubblici, in molti casi travalicando la qualificazione formale loro attribuita dal legislatore.

Ciò, peraltro, a dispetto delle indicazioni fornite da altra parte della dottrina, tesa non già alla ricerca di risposte “assolutizzanti”, bensì ad una verifica caso per caso

---

(350) Nei termini riportati, ancora una volta, G. MULAZZANI, *Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile*, cit., 346. Alla medesima conclusione perviene B. SPAMPINATO, *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'unione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 8, 909 e ss. Perfette, per tracciare una sintesi, sono le parole di S. DEL GATTO, *L'uso di strumenti privatistici da parte delle pubbliche amministrazioni: organismo di diritto pubblico, società pubbliche e «in house providing»*, in L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 69-70: “L'ordinamento [...] presenta numerosi casi di soggetti pubblici che sono sottoposti o applicano anche regole di diritto privato [...] e di soggetti privati che sono sottoposti o applicano regole di diritto pubblico [...] al pari di qualsiasi amministrazione pubblica. Si è così andata affermando la tendenza a svalutare la qualificazione formale della natura – pubblica o privata – del soggetto o dello strumento, per enfatizzare, invece, la rilevanza dell'attività svolta a fini pubblici e le relazioni del soggetto con l'amministrazione pubblica [...] Questa tendenza ha trovato un potente fattore di sviluppo anche nel processo di integrazione europeo. Se pur è vero che questo procede prevalentemente mediante l'armonizzazione e la messa in coerenza dei diritti nazionali ed è neutrale quanto alla natura, pubblica o privata, delle regole da applicare, è altrettanto vero che la necessità di assicurare l'effettività delle disposizioni del trattato ha portato ad imporre il rispetto di alcune regole indistintamente a soggetti pubblici e privati: così, ad esempio, in materia di libertà di circolazione, di tutela della concorrenza, di divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Di qui l'elaborazione di nozioni funzionali – il caso più evidente è la nozione di organismo di diritto pubblico – che consentano l'applicazione generalizzata del diritto europeo, indipendentemente dalla qualificazione della natura, pubblica o privata, di un soggetto o di un'attività nei diversi ordinamenti nazionali”.

delle norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici applicabili anche alle società, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati <sup>(351)</sup>.

Tra coloro che hanno tentato di trarre un bilancio dell'esperienza degli ultimi anni, vi è stato chi ha denunciato l'esistenza di "una deriva assolutizzante in virtù della quale alcuni interpreti – forse esacerbati dall'oggettiva imperizia dei legislatori – stanno ... giungendo al punto di ritenere sostanzialmente priva di effetti e di conseguenze la circostanza che i legislatori abbiano deciso di utilizzare forme privatistiche in un numero sempre crescente di settori di attività amministrativa" <sup>(352)</sup>. Insomma, dalla tendenza del legislatore a "manomettere" la fisiologia specifica di figure soggettive riconducibili al diritto comune <sup>(353)</sup>, nonché dall'azione combinata di dottrina e giurisprudenza, sono scaturite "perplesse ibridazioni tra la personalità giuridica di diritto privato e, rispettivamente, pubblico" che hanno determinato il "progressivo offuscamento della distinzione tra enti pubblici e privati" <sup>(354)</sup>.

---

<sup>(351)</sup> Secondo quanto visto nel paragrafo precedente. In proposito, osserva il solito G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», cit., 827-828*: "La considerazione di soggetti formalmente o anche sostanzialmente privati *come* «enti pubblici» varia così da disciplina a disciplina e sta a indicare non una diversa natura giuridica ma, semplicemente [...] l'applicazione di alcune regole in luogo di altre. Affermare, invece, che *sono* «enti pubblici» diventa inutile, oltre che sbagliato: la realtà è che, a seconda dei fini e dei casi, si applicano ad essi discipline tipicamente pubblicistiche e discipline tipicamente privatistiche. Alle certezze delle letture dicotomiche si sostituisce la continua e sempre mutevole ricostruzione di istituti "a geometria variabile" (corsivi dell'A.). Un ordine di idee, questo, che sembra condiviso anche da F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 126 e ss., che, con riferimento alle società prese in considerazione da Rossi e Renna nelle rispettive monografie (e dal Consiglio di Stato nelle proprie sentenze), vale a dire società per azioni direttamente istituite dalla legge per la cura in concreto di interessi pubblici, afferma: "Sembra potersi ritenere che tutto ciò che in queste società attiene alla fornitura del servizio, essendo direttamente collegato con i risultati che tali società devono per legge garantire e attenendo al dovere di agire nell'interesse generale, potrà essere regolato dal diritto pubblico [...]; mentre quanto attiene alla concreta gestione potrà essere regolato dal diritto privato [...] Nelle ipotesi considerate i fini e i risultati che tali società devono perseguire sembrano segnare i confini dell'applicazione delle regole sulla funzione: la cura dell'interesse generale sopravvive nell'ambito della previsione di moduli organizzativi di diritto privato costituendo fonte normativa solo per le attività ad essa direttamente finalizzate; quanto attiene ai mezzi o al procedimento volto al conseguimento resta, invece, ascritto alla sfera dell'autonomia privata". Per questa dottrina, commenta G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, cit., 55, "Non avrebbe più alcun senso, dunque, ammesso e non concesso che ne avesse avuto in passato, ipotizzare l'esistenza di enti pubblici a struttura di società per azioni".

<sup>(352)</sup> Così D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata*, cit., 7, che prosegue: "E se per gli equilibri dell'ordinamento generale e per la loro percezione appare obiettivamente pericolosa la disinvoltura con la quale i legislatori "fanno e disfano" entità dotate di soggettività privatistica e loro caratteristiche peculiari, forse è ancora più pernicioso la tendenza a considerare affatto ininfluenza la scelta dei predetti legislatori".

<sup>(353)</sup> In questi termini sempre D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata*, cit., 6.

<sup>(354)</sup> Espressioni, quelle riportate nel testo, di F. GOISIS, *Le società legali alla prova dell'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012. Il caso di ANAS s.p.a.*, in *Foro amm.*, 2014, 6, 1701 e ss., qui 1717. In precedenza, un lessico analogo si ritrova in G. PERICU, *La partecipazione degli enti locali alle società*

Tale processo di ibridazione, avente in principio una portata tutto sommato trascurabile, ha registrato una crescita significativa nel corso degli anni, al punto che, da sottile vena carsica che era, si è trasformato in un fiume impetuoso il quale, ad un certo punto, altro non ha potuto fare che erompere in superficie. Mostrando così il proprio vigore anche a chi, quasi ignaramente, vi aveva dato vita, in una sorta di moto ellittico: dal legislatore...al legislatore. Fuor di metafora, si vuole qui dire che “la concezione per cui possano concentrarsi in un medesimo soggetto forma privata e sostanza pubblica, che è alla base della formula «ente pubblico in forma societaria» e che ha trovato costante riscontro nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha fortemente condizionato il legislatore” (355).

Se già in passato – si pensi, senza tornare troppo indietro nel tempo, alla situazione che si stagliava dinanzi agli occhi di Visentini alla fine degli anni Settanta del XX secolo – la legislazione italiana aveva sperimentato la via degli statuti differenziati, questi, per quanto eclettici (356), occupavano uno spazio limitato, circoscritto a singoli soggetti (357). Altrettanto può dirsi con riguardo alle società “privatizzate” dei primi anni Novanta, cioè alle società che, come si è visto più sopra, hanno preso il posto degli enti pubblici economici e delle aziende autonome di Stato: all’atto della trasformazione, il “decretatore” (358) ha delineato i connotati di ciascuna

---

*per la gestione dei servizi*, cit., 916, che, con riguardo alle società miste per i servizi locali rimarca con forza “*la natura ibrida* di questa formula nella quale si cercano di coniugare realtà profondamente diverse e, cioè, le esigenze pubblicistiche e quelle di tipo privatistico, e ciò non attraverso un rapporto convenzionale-contrattuale, sostanzialmente paritario, ma immedesimandole nella stessa formula organizzativa e, quindi, in qualche modo, *compenstrandole in un coacervo*” (corsivi nostri).

(355) G.P. CIRILLO, *La società pubblica*, cit., 74. Il punto è rimarcato anche da S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 66-67.

(356) Basti qui ricordare i casi di “società per azioni con personalità giuridica di diritto pubblico”.

(357) Che poi è il senso a cui rimanda l’espressione “diritto singolare”, più volte apparsa in queste pagine in riferimento ad alcune società pubbliche. Come sottolinea P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 11, tale espressione va intesa “nell’accezione di *insieme di disposizioni normative di rango legislativo espressamente dedicate ad un singolo soggetto (o ad un pluralità di soggetti delimitata a priori) identificato(i), di regola, da un nome proprio*” (corsivo dell’Autore).

(358) È, questa, l’espressione che sembra prediligere M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., *passim*, per riferirsi ai suddetti processi di privatizzazione. La scelta lessicale si riconnette allo strumento con cui si è dato corso a tali processi. Nel commentare la trasformazione degli enti pubblici creditizi avviata con la citata legge Amato, l’A. osserva, infatti, che “Tale regolamentazione rimane ancora oggi, pur se inerente ad un c.d. ordinamento sezionale, l’unica fonte legislativa, in tema di processi di privatizzazione, introdotta con legge ordinaria, giacché ad essa hanno fatto seguito [...] solo provvedimenti adottati dal Governo in via d’urgenza e quindi convertiti dalle Camere”. Tale urgenza, conclude Renna, “ha fatto sì, però, che forse si sia oltrepassata la misura nel “decretare”” (49).

società; ma le “licenze” <sup>(359)</sup> che nel fare ciò si è preso, comunque, sono rimaste confinate al singolo caso <sup>(360)</sup>. Quasi che fosse implicita, in tale *modus operandi*, la volontà da parte del legislatore di preservare uno spazio incontaminato per la piena applicazione del diritto comune alle (altre) società a partecipazione pubblica <sup>(361)</sup>; e,

---

<sup>(359)</sup> Esattamente questo è il termine utilizzato da M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 65: “È notorio come al “decretatore” – specie il decretatore di «misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica» – stretto nella morsa delle esigenze economico-finanziarie, sia spesso data licenza di portare scompiglio in seno a consolidate sistematiche giuridiche”.

<sup>(360)</sup> Ad ogni modo, non può sottacersi il fatto che il legislatore ha comunque ricevuto critiche per questo suo modo di procedere. Critiche provenienti da autorevoli voci della dottrina, soprattutto di ambito giuscommerciale. Famosissimo è il passo di G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, ora in *Id.*, *Scritti giuridici, VI. Principi e problemi del diritto privato*, cit., 29 e ss., in cui egli, proprio con riguardo all’utilizzo, nella vicenda delle privatizzazioni, della società per azioni per fini diversi dalla sua funzione tipica (lo scopo di lucro), icasticamente afferma: “L’interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare nel diritto privato ciò che gli è essenziale. Certo la legge dello Stato può sopprimere o modificare, in una o altra sede particolare, anche ciò che nella sede propria ha imperativamente stabilito: ma un uso normativamente distorto degli istituti mortifica il pubblico e il privato, attenua le garanzie, suscita questioni di legittimità costituzionale e nuoce alla coerenza e al prestigio dell’ordinamento” (50). Coerentemente con queste premesse, lo stesso A. non mancato di osservare che “Il *nomen* di società attribuito, fosse pure dalla legge, a un ente non lucrativo può avere il senso di un richiamo alla disciplina compatibile, non un senso qualificativo rispetto all’istituto codicistico. All’istituto causalmente diverso dalla società codicistica bisognerebbe attribuire un altro nome; non si tratta di questione di etichetta giacché si corre il rischio di snaturare e sconvolgere gli istituti civilistici. Le domande e i confronti qualificativi hanno senso solo se si tiene fermo il termine di riferimento né ciò significa avere una «concezione sacrale». Il confronto va quindi operato [...] con la «vera» società, che, è la società codicistica”: così G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, ora in *Id.*, *Scritti giuridici, VII. Vario diritto*, Cedam, Padova, 2005, 347. In questo scritto, l’ultimo sul nostro tema, Oppo prosegue domandandosi se (ed eventualmente, in quale misura) la presenza pubblica sia compatibile con il fine lucrativo, “elemento informatore del tipo” in assenza del quale “non vi è società ma – se mai – fondazione” (348). L’*iter* argomentativo seguito dall’A., sul quale non possiamo in questa sede soffermarci, conduce ad ipotizzare l’esistenza di una situazione in cui “La confluenza dell’interesse pubblico nell’interesse sociale qualifica il tipo senza snaturarlo”, dalla quale la conclusione: “Vogliamo parlare, come del contratto ad evidenza pubblica, così di una società ad evidenza pubblica che resta società quanto il primo resta contratto?”. Da tale suggestione, come noto, ha tratto spunto per elaborare la propria monografia R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, cit., *passim*. Tornando al tema oggetto della presente nota, critiche al legislatore delle privatizzazioni sono giunte anche da N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., *passim*, che nell’analizzare il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato azionista – così egli definisce il caso “[del]l’ente pubblico economico, convertito in società per azioni, della quale lo Stato (o, meglio, il Ministero del tesoro) detenga l’intero capitale” – sottolinea che “ciò che era possibile entro l’abito dell’ente pubblico, non è più possibile nella forma di società per azioni. La quale [...] non è un semplice forma, riempibile di qualsiasi contenuto e piegabile a qualsiasi, speciale o eccezionale, disciplina” (444). Ma si veda anche, nella dottrina giuspubblicistica, l’“osservazione di fondo” di F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., 252, che appare in forte consonanza con quelle di Oppo e Irti: “l’utilizzazione del modello societario ha senso, sul piano logico, se il modello venga assunto secondo la sua disciplina propria o sia sottoposto a modifiche inessenziali. Ove il modello venga profondamente variato, fino a snaturarlo (il termine rende l’idea!) non è facile comprendere perché e a quali fini ad esso si faccia ricorso, se non per una sorta di pigrizia mentale del legislatore”.

<sup>(361)</sup> O, detto altrimenti, di mantenere valida la distinzione, prospettata da G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., *passim*, tra società a partecipazione pubblica di diritto comune, da una parte, e società a partecipazione pubblica di diritto speciale e società-enti pubblici, dall’altra.

insieme con essa, la convinzione della rilevanza giuridica della dicotomia pubblico-privato, per quanto possibile da conservare.

In effetti, se si eccettua quanto previsto dagli artt. 2458 e ss. c.c. (nella loro numerazione antecedente alla riforma del diritto societario), si può convenire che “la partecipazione pubblica al capitale non ha per lungo tempo implicato conseguenze sul regime applicabile all’organizzazione e all’attività delle società private”; “da tempi risalenti”, infatti, “si rinvenivano modelli societari peculiari che il legislatore ha differenziato rispetto alla disciplina comune”, ma “queste soluzioni avevano ... sempre natura particolare e dipendevano più dalla funzione esercitata dalla società che dal suo essere società pubblica” <sup>(362)</sup>. Si discuteva, a tutto voler concedere, dell’incidenza dei fini pubblici sulla causa lucrativa <sup>(363)</sup>, e negli studi era maturata la concezione della tendenziale e possibile neutralità del modello societario, compendiata nella suggestiva formula del c.d. tramonto dello scopo di lucro. Come osservato da autorevole dottrina <sup>(364)</sup>, è “in quest’ambito, allora, [che] sembrava risolversi la problematica delle società pubbliche. Prova ne sia che, fatta questa concessione in merito al requisito fondante previsto dall’art. 2247 c.c., per il resto il regime del soggetto-società a partecipazione pubblica sembrava pressoché interamente quello civilistico, con le sole deroghe previste nelle leggi speciali relative a date società, appunto perché connotate da una legge speciale come società pubbliche”. E la medesima dottrina, poi, conclude: “non vi era però confusione tra amministrazione e società, tra ente pubblico e persona giuridica privata; così come non vi era frequente comunicazione del regime del primo in capo alla seconda”.

Ebbene, la concezione poco più sopra ricordata – per la quale, lo ricordiamo, possono concentrarsi in un medesimo soggetto forma privata e sostanza pubblica – ha

---

<sup>(362)</sup> Nei termini riportati, G. FONDERICO, *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, in A. NATALINI e G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 141, il quale aggiunge che “all’estensione alle società pubbliche [di regole costituenti deviazioni marcate dal modello codicistico, *n.d.r.*] si è arrivati dopo le privatizzazioni degli anni ’90”. Sul fatto che il fenomeno dell’azionariato pubblico non abbia comportato alcun grave problema di diritto societario fino agli anni delle privatizzazioni, già F.G. COCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., 239-240.

<sup>(363)</sup> Per una rapida panoramica sulle posizioni espresse dalla dottrina sul tema del rapporto tra interesse sociale e interesse pubblico, connesso alla partecipazione dello Stato (o di altro ente pubblico) in una società per azioni, si veda A. GUACCERO, *Interesse al valore per l’azionista e interesse della società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, Giuffrè, Milano, 2007, 123, nota 7.

<sup>(364)</sup> F. CINTIOLI, *La pubblica amministrazione come socio, l’interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in M. VIETTI, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, cit., 561 e ss., 564, da cui le citazioni che seguono nel testo.

fatto perdere di vista al legislatore l'utilità di distinguere in modo puntuale fra le categorie appena richiamate, dando avvio a una fase in cui, al contrario, "la fedeltà al quadro tradizionale dei criteri di distinzione dei soggetti appare ... destinata a divenire sempre più rara" <sup>(365)</sup>.

L'idea che una società per azioni possa essere in realtà un ente pubblico, in effetti, sembra invitare a soprassedere su certe questioni, per così dire, di vertice. In un mondo dominato dal principio della "neutralità delle forme", non residua spazio alcuno per qualificazioni aprioristiche <sup>(366)</sup>. Quel che conta è la sostanza. Il legislatore ponga le norme per curare gli interessi della collettività bisognosi di un suo intervento, al resto penseranno i giudici: segnatamente, a individuare il perimetro entro cui applicare tali norme, distinguendo gli enti che hanno natura sostanzialmente pubblica da quelli che, invece, di tale natura sono privi <sup>(367)</sup>. Questo, in termini brutali, l'invito proveniente dall'esperienza dell'ente pubblico in forma di società per azioni.

---

<sup>(365)</sup> S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 65.

<sup>(366)</sup> Si cfr. G.P. CIRILLO, *La società pubblica*, cit., 70, che, nello specificare cosa debba intendersi per principio della "neutralità delle forme", osserva: "credo che esso serva semplicemente ad indicare l'impossibilità nell'attuale sistema di collegare al soggetto la «previa individuazione di una fattispecie qualificante» e quindi la necessità di valutare la molteplicità di situazioni in cui il soggetto stesso ha stemperato la propria unità, «valutabili solo a posteriori in funzione di comportamenti attuati e di effetti conseguiti»".

<sup>(367)</sup> "Pare allora doversi concludere che l'ente pubblico [e, di converso, quello privato, *n.d.r.*] è quello che, al di là della definizione normativa, la giurisprudenza ritiene tale superando la rigida lettera della legge": così E. CASETTA, *Manuale*, cit., 91. Lo stesso G.P. CIRILLO, *La società pubblica*, cit., 70, mette in risalto, nel contesto sopra rapidamente delineato, "la funzione creativa della giurisprudenza, che deve spingersi sino alla valutazione della fattispecie specifica con il disorientamento proprio di chi ha perduto lo strumento rassicurante della qualificazione aprioristica derivante dalla natura della cui attività si discute". La scoperta della natura pubblica o privata, dunque, avviene – se avviene – solo in esito all'attività svolta dalla giurisprudenza, la quale "non può più permettersi l'atteggiamento assunto al primo apparire dell'ente pubblico svolgente attività d'impresa, ossia limitarsi a prendere atto della qualificazione pubblica operata dalla legge e trarne le relative conseguenze". Ma *contra*, nel senso della vincolatività delle scelte del legislatore, la dominante dottrina giuscommercialistica (si veda, ad es., C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit., *passim*, in part. 483-484), nonché – circostanza, questa, meno scontata – una parte di quella giuspubblicistica. Si cfr. M. CAMELLI e M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, cit., 15, che richiamano come necessaria la consapevolezza che "la scelta per il modello societario è una scelta (a volte ingiustificata e poco consapevole) del legislatore prima ancora che una volontà degli enti costitutori e che, conseguentemente, è inaccettabile qualunque azione interpretativa volta a privare quella scelta di qualsiasi conseguenza giuridica". In senso analogo, B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 207, che, con riguardo alle regole da applicare ai soggetti privati cui sono affidate funzioni pubbliche, afferma che "occorre tenere [...] della volontà del legislatore, che ha voluto affidare determinate funzioni a soggetti privati e non ad amministrazioni pubbliche: occorre evitare di ricostruire un regime giuridico pubblicistico, all'esterno del settore pubblico, tradendo la scelta privatistica originaria".

Non meno deleterio è stato l'approccio c.d. funzionale <sup>(368)</sup>. Sebbene nella sua matrice teorica originaria questo rifiuti ogni ragionamento volto a ricercare la vera natura delle cose, compresa quella delle nostre società, nei fatti la sua applicazione ha determinato una forte espansione del regime pubblicistico-amministrativo <sup>(369)</sup>. Dietro

---

<sup>(368)</sup> Di recente fatto proprio anche dal giudice amministrativo, in precedenza maggiormente incline, come visto sopra, ad adottare invece un approccio tipologico, improntato alla riqualificazione in termini pubblicistici di soggetti formalmente privati, attraverso il positivo riscontro dei noti indici sintomatici o rivelatori della pubblicità. Per una esplicita adesione all'approccio funzionale si veda Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *iusexplorer.it*, commentata da G. ZARRO, *Il Consiglio di Stato e le "mobili frontiere" dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2015, 2, 491 e ss., sentenza nella quale si legge: "La nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può [...] ritenersi fissa ed immutevole. Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera immutevole la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione. Al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico. Si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. Questa nozione "funzionale" di ente pubblico, che ormai predomina nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ci insegna, infatti, che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la ratio di un determinato regime "amministrativo" previsto dal legislatore, per poi verificare [...] se quella funzione o quella ratio richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica. La conseguenza che ne deriva è, come si diceva, che è del tutto normale, per così dire "fisiologico", che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali. Emblematica, in tal senso, è la figura dell'organismo di diritto pubblico, che è equiparato sì all'ente pubblico quando aggiudica contratti (ed è sottoposto alla disciplina amministrativa dell'evidenza pubblica), rimanendo, però, di regola, nello svolgimento di altre attività, un soggetto che tendenzialmente opera secondo il diritto privato".

<sup>(369)</sup> Come ben messo in luce da A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 90 e ss., che afferma: "In definitiva proprio la valorizzazione della dimensione funzionale avrebbe favorito una nuova tendenza "pubblicistica" nella scienza giuridica che, secondo una logica "ascendente", starebbe conducendo ad un'estensione del regime amministrativo anche ad attività non autoritative al fine di assicurare determinate conseguenze sostanziali e processuali: si tratta di una tendenza che, determinando una *neutralizzazione* degli stessi processi di privatizzazione dell'attività e dell'organizzazione amministrativa, viene ad incidere profondamente sia sulla ricostruzione dell'attività di diritto privato dei pubblici poteri, sia sulla disciplina applicabile ai soggetti privati coinvolti nell'esercizio di compiti di rilievo pubblico" (96-97, corsivo dell'A.). Lo Studioso sottolinea, poi, che "il processo di (più o meno esplicita) funzionalizzazione del diritto privato dell'amministrazione è venuto ad interessare anche la disciplina applicabile ai soggetti privati "di rilievo pubblico", in quanto collegati all'amministrazione in virtù di un rapporto di vigilanza o di controllo [...], ovvero in ragione dell'esternalizzazione di funzioni o servizi pubblici. La prospettiva della funzionalizzazione in questi casi determinerebbe non già la modifica dello statuto privatistico ma, piuttosto, l'applicazione di una parte (più o meno estesa) dello statuto pubblicistico a soggetti formalmente estranei all'amministrazione in senso soggettivo". Per Moliterni, "Si tratta di un meccanismo in grado di assumere un impatto ancor più decisivo rispetto al problema del rapporto pubblico-privato, venendo a determinare non già un adattamento del diritto privato all'interesse pubblico, ma piuttosto un allargamento della stessa nozione di amministrazione. La prospettiva della funzionalizzazione rappresenterebbe in questi casi una "reazione pubblicizzante" dell'ordinamento ancor più marcata di quella che ha caratterizzato l'attività di diritto privato dell'amministrazione" (105-106). La parabola descritta dall'A. si ritrova, *in nuce*, nelle

la proclamata (e soltanto apparente) fungibilità tra pubblico e privato nell'attività di cura dell'interesse generale, il primo si espande sempre più a scapito del secondo, ritenuto nella maggior parte dei casi inadatto a fornire adeguate garanzie <sup>(370)</sup>. L'idea di un'amministrazione desoggettivata ha fatto il resto <sup>(371)</sup>. Per certi versi, la logica di fondo è la medesima vista poco sopra: è bene che il legislatore non perda tempo a tracciare la linea di confine tra società per azioni ed enti pubblici ma che, piuttosto, impieghi le proprie energie per selezionare – a prescindere dalla natura del soggetto coinvolto – il mezzo più adeguato al raggiungimento dell'obiettivo, che è la cura dell'interesse generale. Con una postilla: se il fine è quello testé indicato, meglio per il legislatore optare a favore di strumenti di stampo pubblicistico, poiché su quelli offerti dal diritto privato, in fin dei conti, non può farsi affidamento <sup>(372)</sup>.

---

riflessioni degli stessi teorizzatori dell'approccio funzionale, che pure abbiamo detto essere connotato dal tendenziale rifiuto di operazioni di riqualificazione in termini pubblicistici. Si vedano, ad es., le riflessioni conclusive di F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 346 e ss.: “In qualche modo, quindi, il processo di fuga dal diritto pubblico, evidenziato da macroscopiche apparenze, diviene, ad una più intensa verifica analitica, una sorta di consolidamento delle fondamenta istituzionali di quanto attiene alla cura dell'interesse generale: il concetto di pubblico non appare, infatti, limitato allo Stato persona né allo Stato amministrazione, ma collegandosi, invece, con lo Stato ordinamento, esalta giuridicamente il dovere agire nell'interesse della collettività”. Fatta questa considerazione, così conclude De Leonardis: “Invero la qualifica pubblicistica va effettivamente riferita non solo agli *strumenti*, ossia ai poteri unilaterali e autoritativi della p.a., ma anche e soprattutto al risultato e/o agli *obiettivi*, e come tale investe anche «di diritto privato» dell'amministrazione e, nondimeno, attività di soggetti privati, purché siano finalizzate e poste in essere in adempimento di doveri indicati dall'ordinamento generale”.

<sup>(370)</sup> Cfr. sempre A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 97 e ss., al quale rinviamo anche per i dovuti riferimenti bibliografici (in parte già noti al lettore, come nel caso dell'opera di G. Napolitano).

<sup>(371)</sup> “In sostanza, la tendenza alla “*de-soggettivizzazione*” dello statuto amministrativo avrebbe accentuato le “contro-spinte” pubblicistiche ai processi di privatizzazione attraverso una sorta di ri-regolazione in chiave speciale della disciplina e dell'attività di molti soggetti di diritto privato coinvolti nell'esercizio di compiti di rilievo pubblico”: così, di nuovo, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 109. Il che equivale – o almeno così ci sembra – a quanto osservato, da un'altra prospettiva, da M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità*, cit., 516, quando sostiene che “l'aver limitato la privatizzazione al soggetto, lasciando pubblici l'oggetto e la sua disciplina, ha finito per riconquistare al pubblico anche il soggetto”.

<sup>(372)</sup> L'atteggiamento di sfiducia nei confronti del diritto privato è ben descritto (oltre che criticato) da M. DUGATO, *Introduzione. La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Ist. fed./Quaderni*, 2011, 2, 5 e ss., con riferimento alle società partecipate dagli enti locali. Alla base del processo di pubblicizzazione che le riguarda (su cui v. *infra*) si colloca, secondo l'A., “la sostanziale convinzione che l'interesse pubblico non possa essere soddisfatto adeguatamente attraverso il diritto privato [...] Al di là delle affermazioni di principio sull'evoluzione dei modelli consensuali di amministrazione, sul ritrarsi del potere amministrativo, dei suoi strumenti e del suo diritto, nella sostanza e nei loro atti il legislatore e la giurisprudenza manifestano il timore che le garanzie e le tutele del diritto privato non siano adeguate quando in gioco vi sia l'interesse pubblico. L'atteggiamento è un po' quello dei genitori apprensivi, che, dovendo accettare la crescita dei figli con la paura che il mondo li ferisca, finiscono per controllarli da grandi con la medesima intensità con cui li governavano da piccoli. Nasce così una supposta esigenza di far prevalere

Sotto la spinta di tali influenze e sotto l'ulteriore spinta del diritto europeo, quest'ultimo connotato da un atteggiamento di spiccata indifferenza rispetto ai problemi qualificatori, il legislatore delle società pubbliche si trova di fronte un panorama nuovo, nel quale operare a briglie sciolte. E in effetti egli comincia a percorrerlo in modo trasversale, dettando disposizioni che, motivate dalla necessità di perseguire gli obiettivi più disparati, accomunati però dal fatto di rispondere ad un interesse pubblico di volta in volta mutevole <sup>(373)</sup>, investono il fenomeno oggetto del nostro studio nella sua globalità.

Volendo ricorrere a termini ormai familiari al lettore, si potrebbe parlare di un nuovo stadio di ripubblicizzazione – cioè di quel moto di reazione dell'ordinamento teso a sottoporre il “diritto amministrativo in forme privatistiche ... a una pluralità di

---

la “sostanza” pubblica sulla “forma” privata, fondata sull'equivoco logico (un vero e proprio errore giuridico, in verità) che pretenderebbe di descrivere il diritto pubblico come il mondo della sostanza e delle garanzie e il diritto privato come quello dei rapporti di forza e dell'assenza di tutela. Nella realtà [...] diritto pubblico e diritto privato sono entrambi mondi di forma e sostanza, in cui alla forma scelta corrisponde sempre un sistema di regole puntuali sull'esercizio di diritti e poteri e sulla tutela verso quell'esercizio. Il risultato che il processo di entificazione delle società e di trapianto di regole pubblicistiche in forme private produce è l'ibridazione del diritto. Un'ibridazione al contempo non necessaria e pericolosa” (8-9).

<sup>(373)</sup> Utilizziamo l'espressione “interesse pubblico” consapevoli del suo carattere poliseno. In disparte l'incertezza che l'aggettivo “pubblico” implica in ogni ambito della conoscenza (come ricorda J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Seconda ed., Laterza, Roma-Bari, 2006, 3: “L'uso linguistico di pubblico e sfera pubblica tradisce una molteplicità di significati concorrenti. Essi risalgono a diverse fasi storiche e, una volta applicati sincronicamente ai rapporti della società borghese industrialmente avanzata e organizzata nelle forme dello Stato sociale, stabiliscono contatti equivoci”) e quindi anche nella scienza giuridica, prendiamo a prestito le parole di F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 4, 1006, limitandoci ad osservare che “L'espressione “interesse pubblico” viene impiegata per dire cose diverse tra loro. Si parla talvolta di interesse pubblico per designare un valore/obiettivo che è immanente all'attività amministrativa; in questo senso l'interesse pubblico si contrappone potenzialmente agli interessi dei privati che, di volta in volta, vengono in considerazione. L'interesse pubblico così inteso è talora menzionato nella legge quale presupposto per l'esercizio di certi poteri dell'amministrazione, come i poteri di autotutela. In questa accezione l'interesse pubblico è un concetto insidioso, perché esso implica che l'amministrazione competente sia depositaria di un valore superiore, che è destinato a prevalere sui diversi interessi in gioco e la cui presenza nel caso concreto è verificata dalla stessa amministrazione. Più spesso si parla di interesse pubblico per designare l'oggetto della competenza di enti pubblici, e anche le ragioni di una data disciplina. In questa accezione l'interesse pubblico è un concetto neutro, che non privilegia alcuni interessi rispetto ad altri, proprio perché è la sintesi di tutti gli interessi implicati dal diritto oggettivo”. Alla luce di quanto precede, possiamo concludere che nel corpo del testo l'espressione è usata per indicare “le ragioni di una data disciplina”. In questo senso, pertanto, “giuridicamente è pubblico l'interesse che la legge, e più precisamente il sistema delle fonti nel suo complesso, qualifica come tale. La soluzione definitoria formale (ma, si badi bene, non necessariamente formalistica) è la scaturigine naturale della democraticità che è propria dello Stato di diritto contemporaneo”: in questi termini G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., 349 e ss., 353, al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti. Senza dimenticare, in ogni caso, le perspicaci e sempre valide riflessioni di A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1, 57 e ss.

discipline pubbliche” al fine di “evitare gli inconvenienti e le distorsioni che deriverebbero dalla vigenza delle sole regole civilistiche, anche se opportunamente adattate” <sup>(374)</sup> – riguardante le società pubbliche. Nuovo stadio perché nuovo è l’approccio del legislatore: non più disposizioni normative espressamente dedicate ad un singolo soggetto, o ad un pluralità di soggetti delimitata a priori, di regola identificato/i da un nome proprio, bensì disposizioni normative indirizzate, a seconda delle evenienze, a “società a totale o parziale capitale pubblico” <sup>(375)</sup>; a “società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni” <sup>(376)</sup>; a “società a totale o parziale partecipazione pubblica” <sup>(377)</sup>; a “società possedute direttamente o indirettamente in misura totalitaria ... dalle amministrazioni pubbliche” <sup>(378)</sup>; a “società e ... altri enti di diritto privato ... sottoposti a controllo ai

---

<sup>(374)</sup> Si tratta, ovviamente, di parole tratte da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 239.

<sup>(375)</sup> Art. 1, co. 734, l. 27 dicembre 2006, n. 296, legge finanziaria 2007: “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>(376)</sup> Art. 4, co. 1, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*, c.d. decreto *spending review*, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 135: “Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, si procede, alternativamente: a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013; b) all’alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014” (comma successivamente abrogato dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147, Legge di Stabilità per 2014). Come noto, l’art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, cit., contiene una nozione di pubblica amministrazione di tipo soggettivo, costituita cioè da un elenco di soggetti: “Per amministrazioni pubbliche si intendono 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. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI”. Come altrettanto noto, questa elencazione, per il suo ampio novero di enti individuati singolarmente menzionati, viene spesso richiamata da altre norme.

<sup>(377)</sup> Art. 4, co. 13, d.l. n. 95/2012, cit.: “[...] 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” (periodo successivamente abrogato dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*)

<sup>(378)</sup> Art. 6, co. 6, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, recante *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica* (convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122): “Nelle società

*sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche*"<sup>(379)</sup>; a "*società pubbliche*"<sup>(380)</sup>; a "*società pubbliche di gestione*"<sup>(381)</sup>; a "*società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali*"<sup>(382)</sup>; a "*società ... controllate direttamente o indirettamente*" dalle medesime<sup>(383)</sup>; e via dicendo, rigorosamente astenendosi dal fornire indicazioni più dettagliate.

---

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, nonché nelle società possedute direttamente o indirettamente in misura totalitaria, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento dalle amministrazioni pubbliche, il compenso di cui all'articolo 2389, primo comma, del codice civile, dei componenti degli organi di amministrazione e di quelli di controllo e' ridotto del 10 per cento. La disposizione di cui al primo periodo si applica a decorrere dalla prima scadenza del consiglio o del collegio successiva alla data di entrata in vigore del presente provvedimento. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società quotate e alle loro controllate".

<sup>(379)</sup> Art. 1, co. 2, lett. c), d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, recante *Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190*: "Ai fini del presente decreto si intende: [...] c) per «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".

<sup>(380)</sup> Art. 6, co. 19, d.l. n. 78/2010, cit.: "Al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società di cui al primo periodo a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei Conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma" (comma successivamente abrogato dal d.lgs. n. 175/2016, cit.).

<sup>(381)</sup> Art. 1, co. 133, l. 7 aprile 2014, n. 56, recante *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni* (c.d. legge Delrio): "I comuni risultanti da una fusione hanno tempo tre anni dall'istituzione del nuovo comune per adeguarsi alla normativa vigente che prevede l'omogeneizzazione degli ambiti territoriali ottimali di gestione e la razionalizzazione della partecipazione a consorzi, aziende e società pubbliche di gestione, salve diverse disposizioni specifiche di maggior favore".

<sup>(382)</sup> Art. 1, co. 550, l. n. 147/2013, cit.: "Le disposizioni del presente comma e dei commi da 551 a 562 si applicano alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Sono esclusi gli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché le società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e le loro controllate".

<sup>(383)</sup> Art. 1, co. 568-bis, l. n. 147/2013 cit.: "Le pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e successive

Dunque, ci troviamo al cospetto di disposizioni normative non più singolari ma, al contrario, connotate dal carattere della generalità<sup>(384)</sup>. Ma le novità non attengono unicamente al profilo della tecnica legislativa adottata.

Ben più importanti sono i contenuti di queste disposizioni, la tecnica essendo nulla più che una conseguenza della volontà di raggiungere – a livello generalizzato appunto – determinati obiettivi tenuti in particolare considerazione dal legislatore. Si tratta, con tutta evidenza, di aspetti tra loro strettamente embricati.

Quanto ai contenuti è possibile riscontrare<sup>(385)</sup>, in dettaglio:

- i) norme dirette a limitare la partecipazione in società di capitali di pubbliche amministrazioni e norme che limitano la libertà d’iniziativa e la capacità negoziale delle società pubbliche;
- ii) norme dirette a limitare la possibilità per le pubbliche amministrazioni di fornire capitale di rischio o di credito alle società dalle stesse partecipate;
- iii) norme che stabiliscono condizioni, criteri e modalità di reclutamento del personale e, parimenti, di conferimento degli incarichi nelle società pubbliche;
- iv) norme dirette a delineare uno “statuto” degli amministratori delle società pubbliche, stabilendo vincoli circa il numero e il compenso dei componenti degli organi di gestione, nonché particolari cause di incompatibilità o di inconfiribilità dell’incarico, senza trascurare i profili riguardanti la responsabilità;
- v) norme dirette ad assoggettare al patto di stabilità le società pubbliche;
- vi) norme in materia di pubblicità e trasparenza delle società pubbliche;

---

modificazioni, e le società da esse controllate direttamente o indirettamente possono procedere: a) allo scioglimento della società, consorzio o azienda speciale controllata direttamente o indirettamente [...] b) all’alienazione, a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica [...].”

<sup>(384)</sup> “Con il carattere della *generalità* si intende sottolineare che la legge non deve essere dettata per *singoli* individui, ossia formulata in modo da essere applicata ad una sola persona o ad una schiera predeterminata di soggetti individualmente identificati (c.d. leggi fotografia o *ad personam*), bensì o per tutti i consociati o per classi generiche di soggetti (i commercianti, i proprietari di beni immobili, gli studenti universitari, etc.)”: in questi termini A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Ventitreesima ed., Giuffrè, Milano, 2017, 16.

<sup>(385)</sup> Per comodità espositiva, riproduciamo qui la classificazione proposta da D. DI RUSSO, *Le società a partecipazione*, in Id. (a cura di), *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Eutekne, Torino, 2015, 26-27, a cui si rinvia per l’indicazione dei riferimenti normativi specifici di ciascun punto dell’elenco che segue. Alcuni, peraltro, sono stati da noi già menzionati nelle note precedenti. Per una classificazione analoga, si veda C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 5 e ss.

- vii) norme in materia di contratti pubblici e di servizi pubblici, in particolare volte a stabilire le condizioni in presenza delle quali la pubblica amministrazione può procedere ad affidamenti diretti in favore delle proprie società partecipate, ossia senza il previo esperimento di una procedura di gara.

Così, “nel caotico susseguirsi di provvedimenti volti ad affrontare problemi specifici”<sup>(386)</sup>, alla disciplina codicistica si è affiancata – ma forse sarebbe meglio dire si è sovrapposta<sup>(387)</sup> – una disciplina extracodicistica, composta in parte da norme dettate per le società pubbliche o quanto meno per alcune di esse, individuate di volta in volta in sulla base delle variabili sopra indicate (e di altre ancora, come ad es. essere quotate in borsa o in mercati regolamentati o meno); in parte da norme “pubblicistiche”, ovverosia “dettate non per le società pubbliche ma per enti pubblici o comunque con connotazioni pubblicistiche”<sup>(388)</sup>. Basti citare, a proposito di queste

---

<sup>(386)</sup> C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 1.

<sup>(387)</sup> D. DI RUSSO, *Le società a partecipazione*, cit., 26: “Si è così venuta stratificando – sovrapponendosi al regime generale dettato dal codice civile per le società di capitali – un’area normativa propria delle società partecipate da enti pubblici (o quantomeno soggette al controllo di questi)”.

<sup>(388)</sup> Per queste considerazioni si cfr., nuovamente, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 5. Nonché M. CAMELLI, voce *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, cit., 1205, ove l’osservazione che “negli ultimi anni [...] le società partecipate, specialmente quelle delle regioni e degli enti locali, sono state investite da una serie di disposizioni normative miranti ad estendere ad esse il regime proprio degli enti di riferimento”. Ed è proprio con riguardo alla “sorprendente estensione dell’ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo”, realizzata per il tramite della l. 18 giugno 2009, n. 69, che, con tono evidentemente critico, S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 65-66, nota: “le società partecipate, totalitariamente o in misura maggioritaria, con denaro pubblico sono ora tenute a osservare – ogniquale volta svolgano funzioni amministrative – non solo i principi generali, bensì l’intera disciplina (anche di dettaglio) dettata dalla legge n. 241/1990. Ciò a prescindere dalla natura autoritativa o meno delle funzioni esercitate: con il paradossale effetto di rendere il regime delle società a partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria ancora più vincolistico (*rectius*: pubblicistico) di quello cui sono soggetti gli enti che ne detengono le partecipazioni, tenuti ad applicare la legge sul procedimento solo nell’adozione di atti autoritativi (ai sensi del comma 1-bis, art. 1, legge n. 241/1990). Siamo dunque in presenza del più importante omaggio alle tesi sostanzialistiche e ad una delle più smaccate forme di disconoscimento della rilevanza giuridica dello schermo societario”.

ultime, la disciplina in tema di diritto di accesso <sup>(389)</sup> e quella finalizzata al contrasto della corruzione <sup>(390)</sup>.

---

<sup>(389)</sup> Tema sul quale, peraltro, è necessario porre alcuni distinguo. Con riferimento al diritto di accesso ai documenti amministrativi disciplinato dal Capo V della l. n. 241/90, la formulazione originaria dell'art. 23, ivi contenuto, ne consentiva l'esercizio esclusivamente "nei confronti delle amministrazioni dello Stato, ivi compresi le aziende autonome, gli enti pubblici ed i concessionari di pubblici servizi"; "così suscitando il dubbio – osserva C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 21 – se il campo di applicazione soggettiva della disciplina dell'accesso potesse ricomprendere anche le società a partecipazione pubblica o alcune di esse". Successivamente, però, il legislatore è intervenuto apportando alcune modifiche: dapprima allo stesso art. 23, l. cit., rendendo la disciplina in parola testualmente applicabile ai "gestori di pubblici servizi" (modifica intervenuta ad opera dell'art. 4, l. 3 agosto 1999, n. 265); poi all'art. 22, l. cit., estendendo l'accesso anche nei confronti di "soggetti di diritto privato limitatamente alle loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario" (modifica intervenuta ad opera dell'art. 15, l. 11 febbraio 2005, n. 15); infine, all'art. 29, prevedendo che "le disposizioni della presente legge [e dunque anche quelle in materia di accesso ai documenti amministrativi, *n.d.r.*] si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico" (modifica intervenuta ad opera dell'art. 10, l. n. 69/2009). Conclude C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 22, osservando che "ormai la disciplina in questione è catalogabile fra quelle esplicitamente dettate per (alcune del)le società pubbliche, pur se la natura pubblica o meno del soggetto passivo del diritto di accesso non è neutra al fine dell'individuazione dei confini di questo sotto il profilo oggettivo". Peraltro, stando alla tripartizione formulata dall'A. (e da noi poc' anzi riproposta nel testo), l'esplicita menzione delle società pubbliche nelle disposizioni in tema di accesso dovrebbe comportare la traslazione della relativa disciplina dalla categoria delle norme "pubblicistiche" alla categoria delle norme "speciali" riguardanti le nostre società (come del resto lo stesso Ibba sottolinea: *ivi*, nota 67). La vicenda dell'accesso *ex l. n. 241/90*, dunque, rende bene l'idea della mutevolezza e dell'instabilità del panorama normativo delle società pubbliche. Ma i distinguo non sono finiti. Non può scordarsi, infatti, l'art. 43, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali* (TUEL), il cui co. 2 prevede che "I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge". Come si può ben vedere, la norma non contempla le società partecipate da province e comuni tra i soggetti passivi del diritto d'informazione spettante ai consiglieri delle une e degli altri. Si tratta, osserva sempre C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 23, di una circostanza "non priva di significato, dal momento che il TUEL conosce e regola il fenomeno delle società partecipate da enti locali. Il silenzio sul punto, dunque, parrebbe indicativo della volontà di non ammettere il diritto d'informazione nei confronti delle società partecipate, quanto meno nel senso che tale diritto non sussiste su tutte le società *in quanto tali* (se così non fosse, fra l'altro, si sarebbero attribuiti ai consiglieri comunali e provinciali diritti che il codice civile non riconosce neanche ai soci, e dunque neanche al Comune o alla Provincia, quanto meno nelle società per azioni)". E conclude l'A. citato: "Le società partecipate, insomma, parrebbero tenute a soddisfare la pretesa informativa dei consiglieri solo ove si accerti che esse rientrano in una od altra delle tre categorie di enti menzionate dall'art. 43. In concreto, escluso che una società partecipata possa rientrare nella nozione di "ufficio" o di "azienda" comunale o provinciale, si tratta di stabilire se essa possa qualificarsi come "ente dipendente" dall'ente locale socio [...] sulla base di un'indagine da svolgersi caso per caso". Per una approfondita disamina del tema, nonché per una rassegna delle principali interpretazioni giurisprudenziali della locuzione "aziende ed enti dipendenti", si rinvia a F. COLAPINTO, *L'accesso del consigliere comunale agli atti e ai documenti di una società partecipata dal comune: probabili scenari di una questione non ancora risolta*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 452 e ss., nonché al più di recente I. BRADAMANTE, *Il diritto di accesso ai documenti nelle società miste tra diritto societario e amministrativo*, in *Giurisprudenza amm.*, 2014, 5-6, pt. 4, 169 e ss. Numerose anche le sentenze che si occupano di definire l'esatto significato della locuzione aggettivale "utile" presente nell'art. 43 TUEL, fondamentale per delimitare la legittimazione attiva dei consiglieri indicati dalla norma: si cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1298, e Tar Puglia, Lecce, sez. II, 7

In molti <sup>(391)</sup> si sono presto accorti del massiccio processo di “contaminazione pubblicistica” e di quello, conseguente, di erosione del regime di diritto comune,

---

novembre 2017, n. 1745, entrambe in *giustizia-amministrativa.it*. Ma ancora più interessante, ai nostri fini, è il caso oggetto della sentenza Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2017, n. 5176, in *giustizia-amministrativa.it*, la quale, nello statuire che i consiglieri regionali possono accedere solo agli atti di società controllate dalla regione e che erogano servizi pubblici, pone il problema del rapporto tra la specifica disciplina regionale e quella dettata dallo Stato circa il diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali. Per un commento (critico) di tale pronuncia, si veda G. VESPERINI, *Il diritto di accesso dei consiglieri regionali agli atti delle società partecipate*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 1, 79 ss. Insomma, ai dubbi esegetici legati alla lettera dell'art. 43 TUEL, si aggiungono quelli sollevati dall'interazione tra quest'ultimo e la normativa regionale regolante la medesima materia. Cosa, questa, che non fa altro che aumentare il tasso di complicatezza della legislazione speciale riguardante le nostre società.

<sup>(390)</sup> Ovviamente discorriamo di contrasto alla corruzione sul piano amministrativo, non su quello penale. Per i dovuti riferimenti normativi (a partire dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, nota anche come legge Severino) e l'analisi delle problematiche riguardanti le società pubbliche, si rinvia agli studi di F. ELEFANTE, *Società pubbliche e normativa anticorruzione*, e D. DAMIANO, *Le società a partecipazione pubblica e gli obblighi di trasparenza finalizzati a scongiurare il verificarsi di fenomeni corruttivi*, entrambi in *Munus*, 2014, 3, rispettivamente 467 e ss. e 487 e ss.; nonché di G. FONDERICO, *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, cit., *passim*. Per gli ultimi sviluppi (dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 al Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) si vedano, invece: L. BERTONAZZI, *Società in controllo pubblico e normativa in materia di responsabile e piano di prevenzione della corruzione*, in *giustamm.it*, n. 6/2016; A. MASSERA, *Gli statuti delle società a partecipazione pubblica e l'applicazione delle regole amministrative per la trasparenza e l'integrità*, cit., *passim*; V. SARCONI, *L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, cit., 220 e ss.; e, infine, G. MATTIOLI, *La nuova disciplina della trasparenza e le società pubbliche. Alcuni spunti di riflessioni critica*, in *Dir. econ.*, 2017, 2, 459 e ss., la quale manifesta preoccupazioni in ordine al progressivo assottigliarsi, in questa particolare materia, della distinzione tra società pubbliche e pubbliche amministrazioni, considerato che la disciplina di più recente approvazione assimila le prime alle seconde, “creando inevitabilmente complicazioni di non facile soluzione” (460). Tendenza, quella appena indicata, già messa in luce (e stigmatizzata) da M. DUGATO, *Organizzazioni delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 3, 667 e ss. Va ricordato, infine, l'importante ruolo giocato in questo campo dall'Autorità nazionale anticorruzione, la quale è intervenuta con due atti di regolazione generale riguardanti le nostre società nel giro di pochi anni. Dapprima con la determinazione n. 8 del 2015, recante *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici* (su cui si cfr. R. CANTONE, *Prevenzione della corruzione nel sistema delle società pubbliche: dalle linee guida dell'ANAC alle norme del d.lgs. 175/2016*, cit., 24 e ss.); poi con la determinazione n. 1134 del 2017, recante *Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 284 del 5 dicembre 2017, e consultabile sul sito *anticorruzione.it*. Le nuove linee guida, come afferma la stessa ANAC nella *Premessa* alla determinazione n. 1134/2017, “sono [...] da intendersi come totalmente sostitutive delle precedenti disposizioni” di cui alla determinazione n. 8/2015.

<sup>(391)</sup> Oltre a C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 9 e ss., e M. CAMMELLI, voce *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, cit., 1205 e ss., possono qui richiamarsi, senza alcuna pretesa di completezza, M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche*, cit., *passim*; M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, e F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance della società partecipate*

accadimenti che non hanno fatto altro che accentuare i profili di specialità delle società pubbliche <sup>(392)</sup>. Ponendo, oltretutto, un problema di non poco momento: quello di distinguere una specialità che non mette in discussione i tratti identificativi dell'istituto né provoca alterazioni della disciplina societaria imperativa; da una specialità "derogatoria", viceversa, sotto il profilo della causa o della struttura organizzativa della società <sup>(393)</sup>.

Ad ogni modo, quel che risulta evidente – lo ripetiamo – è che alle "vecchie specialità derivanti soprattutto dalle leggi singolari che disciplinano una particolare società, anche in concomitanza con la privatizzazione formale di enti pubblici", si aggiungono "nuove specialità" che conducono a "differenziazioni di regime tra macrocategorie" di società pubbliche: quotate o non quotate; statali o locali; a partecipazione pubblica totalitaria o a partecipazione mista; deputate a svolgere attività

---

da enti pubblici, entrambi in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., rispettivamente 1 e ss. e 143 e ss. (l'espressione "contaminazione pubblicistica", utilizzata di seguito del testo, è tratta proprio dal contributo di Fabio Cintoli).

<sup>(392)</sup> Come segnalato, tra gli altri, da M. CLARICH, *Le società partecipate*, cit., *passim*, e da D. DI RUSSO, *Le società a partecipazione*, cit., *passim*, nonché da C. VOLPE, *La disciplina delle società pubbliche e l'evoluzione normativa*, in *giustamm.it*, n. 12/2014. È interessante, peraltro, notare che proprio negli stessi anni in cui la (già di per sé scarna) disciplina codicistica sulle società a partecipazione pubblica subiva un significativo ridimensionamento per effetto delle già richiamate vicende riguardanti gli artt. 2449 e 2450 c.c. (*supra*, nota 124), "la legislazione speciale del settore si è estesa a dismisura, nel tentativo spesso maldestro di fronteggiare i vari problemi posti dall'espandersi del numero e del campo d'azione delle società pubbliche": così C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 9. Il quadro, dunque, risulta ancor più complicato – e, per certi versi, irrazionale – di quanto possa a prima vista apparire. Infatti, da un lato le norme specificamente dettate nel codice civile per tutte le società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici (2449 e ss. c.c.) perdono terreno, facendo così pensare ad un definitivo sopravvento delle norme e degli istituti civilistici di carattere generale (costituenti, cioè, il diritto societario comune) anche per quei restanti profili. Dall'altro lato e allo stesso tempo, una congerie di disposizioni dà vita ad una nuova disciplina *sui generis* per le società pubbliche. Acquisiscono così credito le convinzioni di quanti già in precedenza avevano parlato, *tout court*, di società di diritto "speciale" con riguardo alle società a partecipazione pubblica locale (si cfr. ad es. G. PERICU, *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, cit., 915) e statale (si cfr. ad es. G. DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, cit., 164 e 182; questi, in particolare, ha ipotizzato l'emersione di "un nuovo tipo sociale con specifici tratti strutturali, distinti dal modello societario di diritto comune").

<sup>(393)</sup> Tanto che si propone di distinguere, sul piano terminologico, tra società speciali e società anomale. Il problema, nei termini indicati, è evidenziato ancora una volta da C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 2, che si rifà a sua volta alla categorizzazione di G. MARASÀ, voce *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, *passim*. Per quanto riguarda, invece, il tema della disciplina societaria imperativa, così come risultante dopo la riforma del 2003, rinviamo il lettore a D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*, e a D. GIORDANO, *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*.

di servizio pubblico a favore della collettività oppure impegnate nell'esercizio di attività strumentali indirizzate alla pubblica amministrazione, e via dicendo <sup>(394)</sup>.

Si assiste, insomma, a un vero e proprio "avvicendamento generazionale" nella legislazione in materia di società pubbliche <sup>(395)</sup>: nel contenitore concettuale della "prima generazione" ritroviamo "le norme puntuali aventi ad oggetto specifiche nominalmente individuate che il legislatore crea (dal nulla o mediante trasformazione di soggetti preesistenti) o disciplina a vari fini", note da tempo all'interprete ed alle quali egli è ormai piuttosto avvezzo <sup>(396)</sup>; nel secondo contenitore concettuale, invece, figurano "norme che impiegano fattispecie non più singolari o eccezionali ma speciali, se non proprio generali e che per questa maggiore estensione dell'ambito di applicazione" possono essere definite di "seconda generazione" <sup>(397)</sup>.

I contenuti delle norme di "seconda generazione" sono stati precedentemente indicati <sup>(398)</sup> e l'economia del presente lavoro non consente di andare oltre la sintetica elencazione sopra riportata. Rimanendo su temi di vertice, tuttavia, si può porre l'accento sulle ragioni di interesse pubblico che animano le nuove discipline riguardanti le società pubbliche.

Ebbene, pur nella variabilità degli obiettivi giuspolitici di volta in volta perseguiti, all'interno della legislazione riguardante le società pubbliche sembrano rinvenibili perlomeno tre finalità ricorrenti e talvolta compresenti: accanto "a quella di tutelare la concorrenza, contrastando le distorsioni che potrebbero discendere dalla presenza o dall'agire sul mercato di (alcune tipologie di) società pubbliche, si affiancano infatti finalità antielusive dei vincoli tipici dell'organizzazione e dell'attività delle pubbliche amministrazioni e più generiche finalità di contenimento

---

<sup>(394)</sup> M. CLARICH, *Le società partecipate*, cit., 11.

<sup>(395)</sup> Per questa felice categorizzazione si veda S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 66 e ss., da cui sono tratte anche le citazioni che seguono nel testo.

<sup>(396)</sup> Questo primo contenitore si caratterizza, sempre ad avviso di S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 72, per "l'assenza di una visione d'insieme e l'impossibilità di scorgere tra le fitte trame del tessuto normativo regole dotate del carattere della generalità". Da ciò la conclusione per cui "questo contenitore appare tanto ricco sul piano quantitativo, quanto infecundo di implicazioni sistematiche".

<sup>(397)</sup> "È [...] chiaro che con la distinzione appena proposta s'intende alludere esclusivamente al diverso grado di generalità delle norme e non già al loro avvicendamento cronologico, dal momento che la produzione di norme del primo tipo è ancora fervidissima; ad esse si affiancano, senza alcun avvicendamento, le nuove norme di "seconda generazione": contenitore, quest'ultimo, "meno ricco ma più problematico". In questi termini, ancora, S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 75.

<sup>(398)</sup> *Supra*, pp. 124-125.

della spesa pubblica”<sup>(399)</sup>. Una legislazione governata, dunque, da diversi “tiranti”, i cui rapporti di forza reciproci non sono affatto di facile definizione.

Riprendendo le parole di un Maestro che già ci ha accompagnato nel cammino, assistiamo anche nel campo delle società pubbliche ad un fenomeno di “frammentismo” od “occasionalismo” legislativo<sup>(400)</sup>, in cui il carattere di generalità delle disposizioni, da noi posto in luce in precedenza<sup>(401)</sup>, è a ben vedere soltanto apparente, dal momento che quelle disposizioni – pur facendo riferimento a “*società a totale o parziale capitale pubblico*”, a “*società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni*”, a “*società pubbliche*”, etc. – sono frutto di contingenze, rispondono ciascuna ad una propria *ratio* e non si lasciano inquadrare in un disegno unitario<sup>(402)</sup>.

Detto altrimenti, con le norme di “seconda generazione”, quel che si guadagna in termini di generalità sul piano delle fattispecie impiegate lo si perde sul piano degli scopi perseguiti.

---

<sup>(399)</sup> In questi termini C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 10. Nello stesso senso si veda già, in precedenza, M. CLARICH, *Le società partecipate*, cit., 7 e ss., che individua “tre direttrici e finalità principali”. La prima “riguarda una serie di deroghe al diritto comune e limiti all’operatività delle società che sembrano perseguire una finalità, per così dire, di “moralizzazione” del fenomeno che cioè risentono di una ventata populistica contro le varie forme di spreco nelle pubbliche amministrazioni e nelle cariche di tipo politico”. La seconda direttrice “riguarda profili di specialità “generale” introdotti con finalità “antielusive” dei vincoli che caratterizzano in generale l’organizzazione e l’attività degli enti pubblici. Questi interventi rappresentano una risposta del legislatore al ricorso alle società pubbliche anche per lo svolgimento di attività strumentali alla funzione pubblica che potrebbero essere gestite all’interno delle amministrazioni, principalmente allo scopo di sottrarsi allo statuto giuridico pubblicistico (soprattutto in tema di assunzioni del personale e di applicazione di procedure ad evidenza pubblica)”. La terza direttrice, infine, “si riferisce ad una serie di disposizioni atte a limitare le distorsioni concorrenziali che potrebbero derivare dalla presenza delle società pubbliche nel mercato”. Analogamente, G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 24 maggio 2012. Precisiamo sin d’ora che, con riguardo alla “direttrice” sostanziatasi nell’estensione alle società partecipate dei vincoli tipici dell’organizzazione e dell’attività delle pubbliche amministrazioni, in prosieguo non dedicheremo spazi all’approfondimento analitico di singole discipline ad essa afferenti e proprie dello statuto giuridico pubblicistico (reclutamento del personale, etc.). Per un accurata disamina al riguardo, si rinvia ad A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Ist. fed./Quaderni*, 2011, 2, 69 e ss. Nell’economia di queste pagine basti, dunque, la descrizione sopra effettuata del processo “contaminazione pubblicistica” delle nostre società (cfr. *supra*, nota 192).

<sup>(400)</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 101-102.

<sup>(401)</sup> *Supra*, pp. 114-115.

<sup>(402)</sup> Cfr. sempre N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 127 e ss. In ciò che l’A. definisce “nichilismo normativo”, “non c’è una *ratio*, ma le discordi e molteplici *rationes legum*: ciascuna norma ha il proprio scopo. Gli scopi, perseguiti dalle norme, non si lasciano raccogliere in unità teleologica. Stanno nel loro disperso e vagante *frammentismo*. Disposizioni provvisorie [...] che perdono mano a mano carattere di generalità, e si danno cura di contingenze ed emergenze. La legge non nasce da un disegno unitario o per un risultato finale, ma soltanto nell’eccitazione del caso”.

Ad ogni modo, pare emergere in maniera piuttosto inequivocabile un certo disfavore del legislatore nazionale nei confronti delle nostre società<sup>(403)</sup>. È su questo punto che intendiamo soffermarci, rimandando al paragrafo conclusivo del presente capitolo alcune (ulteriori) considerazioni sul processo di contaminazione pubblicistica che queste società ha interessato.

L'art. 13 del c.d. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con l. 4 agosto 2006, n. 248), ad esempio, nella sua versione originaria ha previsto che “Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed 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” (co. 1); che “Le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1” (co. 2); che “Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori dodici mesi” (co. 3); infine, che “I contratti conclusi in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli”.

Pur con i numerosi aggiustamenti che in seguito la disposizione ha subito<sup>(404)</sup>, tra l'altro al fine di escludere dal relativo ambito di applicazione le società di gestione

---

<sup>(403)</sup> Disfavore del legislatore italiano nei confronti delle società pubbliche sottolineato, *ex multis*, da M. CLARICH, *Le società partecipate*, cit., 11; da A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Dir. econ.*, 2015, 2, 299 e ss., 318; da F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 2, 357 e ss., 375; nonché, con profondità di argomentazioni, da A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 240 e ss.

<sup>(404)</sup> Prima della dell'integrale abrogazione operata dal Testo unico sulle società partecipate, nel corso della sua esistenza tale articolo è stato oggetto di plurime modifiche, l'ultima delle quali apportata dall'art. 48, l. 23 luglio 2009, n. 99. “Conseguenza di tali modificazioni è che i numerosi contributi

dei servizi pubblici locali <sup>(405)</sup>, il senso della norma è chiaro: restringere la capacità imprenditoriale di alcune società pubbliche e, per l'esattezza, di quelle che erogano "beni e servizi ... a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali", definite per brevità "società strumentali" <sup>(406)</sup>. Si tratta, in

---

dottrinali e giurisprudenziali che di siffatta disposizione si sono occupati rispecchiano versioni diverse della stessa": così osserva P. PIZZA, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del d.l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani)*, in C. IBBA, C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli, Torino, 2011, 109 e ss., 110, al quale si rinvia per una approfondita disamina della disposizione in parola nella sua ultima versione, quella in vigore, appunto, dal 2009 al 2016. Si vedano altresì, se si vuole, D. CASALINI, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 9, 969 e ss.; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, m. 223*, Cedam, Padova, 2008, *passim*; M. CAMELLI e M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in M. CAMELLI e M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 347 e ss.; M. LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. merito*, 2007, 1, 111 e ss.; G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *giustamm.it*, n. 4/2007; D. IELO, *Affidamenti diretti e conformazione ai principi comunitari*, in *Amministrare*, 2007, 1-2, 59 e ss.

<sup>(405)</sup> Già in sede di conversione l'art. 1, l. n. 248/2006, il co. 1 è stato modificato nei seguenti termini: "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, 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*, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente 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 [...]" (corsivo nostro). In questo modo, è stato osservato, "l'individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 13 del decreto Bersani" viene a poggiare "sulla diversità ontologica tra servizi pubblici locali [...] e servizi strumentali, legati in rapporto di esclusione": così D. DI RUSSO, A. MIELE, G. NARDELLI, *I limiti nell'assunzione e detenzione di partecipazioni da parte di enti pubblici*, in D. DI RUSSO (a cura di), *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Eutekne, Torino, 2015, 34. Sulla distinzione tra le due tipologie di servizio si veda la nota successiva. Ad ogni modo, il mantenimento di una disciplina meno penalizzante con riguardo alle società che gestiscono servizi pubblici locali è, come a breve si vedrà, aspetto ricorrente.

<sup>(406)</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 maggio 2007, n. 5192, in *iusexplorer.it*, che prosegue: "Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il Decreto fa esplicita eccezione) che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività". La soggezione o meno delle società al divieto posto dal decreto Bersani, pertanto, dipende dall'oggetto sociale, ossia dal tipo di attività svolta dalle medesime. E a tal proposito, per l'appunto, la giurisprudenza ritiene che "la distinzione tra mero servizio e servizio pubblico va[da] ricercata nel beneficiario diretto dello stesso. Di conseguenza ricorre l'ipotesi del servizio pubblico se la prestazione ... viene fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente. Costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante" (Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 27 dicembre 2007, n. 1373, in *iusexplorer.it*). Il servizio strumentale, in definitiva, è il servizio del quale si riforniscono gli apparati pubblici per lo svolgimento delle loro funzioni. Esso difetta del requisito della pubblicità. Difatti, un "servizio è [...] «pubblico» in quanto reso al pubblico degli utenti per la soddisfazione dei bisogni della collettività, nonché in ragione del fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso. Non è invece servizio l'attività alla quale non corrisponda una specifica pretesa degli utenti, come avviene nel caso della gestione di un'opera

sintesi, “di una norma volta ad impedire che i soggetti tramite i quali la pubblica amministrazione autoproduce beni e servizi ... possano operare nel mercato e competere con i soggetti privati”<sup>(407)</sup>, sfruttando i “vantaggi competitivi dei quali essi possono godere in virtù del legame privilegiato con le amministrazioni partecipanti”<sup>(408)</sup>. Un legame privilegiato dovuto alla circostanza che alle società in questione viene affidato in via diretta – cioè senza gara – il compito di prestare servizi, dei quali in precedenza si faceva carico la stessa pubblica amministrazione tramite propri uffici interni<sup>(409)</sup>.

---

pubblica, ovvero il servizio reso all’amministrazione”: così E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 697. Oltretutto, allorché il servizio pubblico sia affidato in concessione a privati, si instaura una relazione giuridica di natura trilatera, atteso che, oltre al rapporto tra privato gestore e utente, vi è quello tra il primo e l’autorità amministrativa, dal quale esso trae la propria legittimazione a gestire il servizio pubblico; viceversa, nel caso di attività avente ad oggetto beni e servizi strumentali ai bisogni dell’amministrazione, la relazione giuridica che viene a crearsi è di tipo bilaterale, al pari di quella che si riscontra in un appalto pubblico di servizi (si cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2017, n. 4437, in *iusexplorer.it*).

<sup>(407)</sup> In questi termini M. MALTONI e A. ROTOLO, *Problemi di “riassetto” delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 217 e ss., qui 224, che aggiungono: “Quindi, le società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dall’ente locale per la fornitura dei servizi c.d. strumentali 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 od enti. Per i servizi strumentali si prospettano dunque le seguenti alternative: l’internalizzazione, la dismissione o il mantenimento della società al solo fine di fornire il servizio all’ente, con conseguente modifica dell’oggetto sociale”.

<sup>(408)</sup> Così E. TRENTI, *La disciplina delle società regionali fra “statuto speciale” ed esigenze di contenimento della spesa*, in *Munus*, 2014, 2, 199 e ss., qui 202. Per analoghe considerazioni, si cfr. M. DUGATO, *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in G. DE GIORGI CEZZI, G. CORSO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI, F.G. SCOCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, I, 315 e ss., 323, il quale osserva che con l’art. 13 del decreto Bersani “si erano colpite le società pubbliche che svolgevano tanto attività per il mercato, quanto attività strumentali per le amministrazioni, potendo così utilizzare risorse pubbliche per volgere a proprio vantaggio la competizione con gli operatori privati”. Per una definizione dei “vantaggi compensativi” goduti dalle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche, si veda Tar Sicilia, Catania, sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 6, 1916 e ss.

<sup>(409)</sup> Come ricordano I. PANICCIA e A. VIGNERI, *Le società degli enti locali, le società strumentali*, in ASTRID, *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 167 e ss., 168, “La società strumentale è tale in quanto partecipata dalla stessa pubblica amministrazione interessata, e affidataria delle relative attività senza gara. Diversamente sarebbe una normale società che opera nel mercato e ha vinto una gara d’appalto, per quanto partecipata da una pubblica amministrazione. Siamo dunque nell’ambito degli affidamenti diretti a società partecipate da Regioni o enti locali”. Pur non risultando dalla lettera della disposizione, quello dell’affidamento diretto è considerato un requisito indefettibile da D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, cit., 41, secondo cui “non si può non tener conto che, per quanto incerte ed imprecise, le finalità, in qualche modo evocate dal legislatore, inducono a ritenere che questi abbia inteso riferirsi solo alle società che effettivamente esercitano attività/funzioni strumentali e che le esercitino per gestione diretta. Infatti, [...] il conseguimento di finalità pro-concorrenziali sembra dover presupporre che la misura debba colpire solo chi abbia maturato, in concreto, una posizione di vantaggio (informativo, economico etc.), la quale non può che derivare dalla sussistenza di un affidamento diretto”.

Il fine di tutela della concorrenza e del mercato è enunciato anche da un'altra importante disposizione, temporalmente successiva <sup>(410)</sup>: ossia l'art. 3, co. 27, della Finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244), a mente del quale "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza" <sup>(411)</sup>.

Il divieto questa volta riguarda direttamente e in modo generalizzato le pubbliche amministrazioni <sup>(412)</sup>, non le società. La norma, infatti, viene a svolgere "un ruolo di permanente delimitazione del perimetro delle partecipazioni pubbliche nell'ordinamento", ponendo "un limite ai comportamenti futuri di tutte le amministrazioni, centrali e locali, rispetto alla costituzione di nuove società o all'assunzione di nuove partecipazioni" <sup>(413)</sup>. È evidente, in ogni caso, che il bersaglio sono ancora una volta le società, la cui diffusione si vuole limitare il più possibile.

---

<sup>(410)</sup> Ma che "in ordine logico si pone a monte rispetto all'altra", di cui al decreto Bersani: così, almeno, secondo C. VOLPE, *La disciplina delle società pubbliche e l'evoluzione normativa*, cit.

<sup>(411)</sup> Riportiamo l'articolo nella sua versione originaria.

<sup>(412)</sup><sup>(412)</sup> Non solo quelle regionali o locali: cfr. M. MALTONI e A. ROTOLO, *Problemi di "riassetto" delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, cit. 225.

<sup>(413)</sup> G. BRUZZONE, *La disciplina delle società a partecipazione pubblica: verso un riassetto*, in *assonime.it*, 12 novembre 2015, 8. Oltretutto, aggiunge l'A., "per quanto attiene agli obblighi di dismissione l'articolo 3, comma 27, [...] detta una prescrizione che ha una valenza più ampia. È infatti ben possibile che una partecipazione ritenuta in un dato momento giustificata per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione perda successivamente tale connotato perché l'evoluzione dei mercati e delle tecnologie rende l'intervento pubblico non più necessario o quella modalità di intervento pubblico non più efficiente"; di talché, "le amministrazioni pubbliche dovrebbero non solo elaborare una *policy* nei confronti delle partecipazioni societarie, ma anche rivederla a intervalli regolari".

In disparte, dunque, l'annosa questione della capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni <sup>(414)</sup> – per alcuni principio definitivamente superato <sup>(415)</sup>, per altri invece ancora attuale <sup>(416)</sup> –, è alle società che mette conto guardare.

---

<sup>(414)</sup> “Com’è noto, gli enti pubblici, in quanto persone giuridiche, hanno soggettività giuridica al pari degli enti di diritto privato. In virtù del disposto di cui all’art. 11 c.c., in assenza di previsioni normative preclusive dell’adozione di determinati atti aventi natura privatistica, le amministrazioni pubbliche non subiscono limitazioni nella propria capacità di diritto privato”: così A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 189 e ss. Tanto premesso in via generale, per una approfondita panoramica sul tema si rinvia alla recentissima indagine di A. BLASINI, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 399 e ss. Con specifico riferimento all’art. 11 c.c., invece, si veda M. TAMPONI, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2018, 7 e ss. Sempre in tempi recenti, peraltro, vi è chi ha messo in guardia gli interpreti da una “fallace assimilazione” tra il concetto qui citato (capacità generale di diritto privato) e quello di autonomia privata: ci riferiamo a D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata*, cit., 41 e ss., il quale osserva che si tratta di “un’assimilazione insidiosa [...] che negli anni è stata indirettamente favorita dal crescente impiego di strumenti di diritto privato da parte di pubbliche amministrazioni tradizionali impegnate in attività di cura di interessi generali presupponenti il conferimento di poteri amministrativi. Ciò non di meno, non si può non segnalare come il darsi dei fini, lo scegliere le modalità con le quali perseguirli e il decidere finanche di non perseguirli affatto o di non perseguirli più rappresenta qualcosa di ben diverso dalla possibilità che in via generale hanno le pubbliche amministrazioni incaricate da un legislatore si curare un determinato interesse generale (e, di conseguenza, attributarie di un potere amministrativo) di scegliere di dedicarsi a quell’attività di cura utilizzando strumentazioni di diritto pubblico piuttosto che strumenti propri del diritto comune” (45). Insomma, poiché il concetto di autonomia privata richiama direttamente quello di libertà, intesa “come possibilità di agire, nei limiti del lecito, per il perseguimento dei propri fini e di individuare le modalità da impiegare in quest’ottica ma – allo stesso tempo – anche come facoltà di scegliere di non avviare affatto tale attività, di sospenderla come anche di non perseguire più i predetti fini”, essa non è predicabile con riguardo ai soggetti pubblici. Ciò “per il semplice fatto che questi ultimi non hanno e non possono avere interessi propri. Essi rappresentano, infatti, strutture necessarie a far emergere gli interessi generali delle rispettive comunità di riferimento (enti a fini generali) ovvero – più limitatamente – entità deputate alla cura dei predetti interessi generali (articolazioni interne o esterne di enti a fini generali piuttosto che semplici enti pubblici strumentali)” (42-43). Dunque, in conclusione, secondo Marrama “l’autonomia privata deve essere intesa come una caratteristica ... propria esclusivamente dei soggetti privati” (50). L’impostazione rievoca l’opinione, già espressa in passato, di una irriducibile incompatibilità tra la posizione di autonomia privata e la immanente persistenza di un interesse pubblico da perseguire, per la quale si veda C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982, 49 e ss., spec. 85 e ss. Recentemente, per l’opinione di segno contrario si veda invece G.F. LICATA, *In tema di autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 227 e ss., in part. 234 e ss.

<sup>(415)</sup> Ad es. per A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, cit., 79, il quale, nel rispondere all’interrogativo che forma il titolo del proprio contributo, osserva che “con riferimento all’assunzione o mantenimento di una partecipazione in una società, gli enti pubblici italiani non hanno più una capacità giuridica generale [...] Si deve, ormai, considerare vigente il principio opposto: gli enti pubblici hanno soltanto la capacità speciale di acquisire o mantenere partecipazioni nelle società in cui la partecipazione è consentita in ragione della corrispondenza dell’oggetto sociale a una delle fattispecie “consentite” dalla legge”. Una posizione parzialmente diversa dal punto di vista delle motivazioni, ma sostanzialmente sovrapponibile da quello degli effetti, è stata sostenuta da Cons. Stato, Ad. plen., 7 giugno 2011, n. 10, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1456 e ss., con commento di S. SPUNTARELLI, *Questioni*

L'art. 3, co. 27 cit., vieta alle amministrazioni la costituzione di (e la partecipazione in) società con oggetto non strettamente necessario per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Nello specifico, “considerato ... che, per espressa previsione normativa, sono escluse da questo divieto le società per la gestione dei servizi di interesse generale, e presupposto che con tale locuzione il legislatore abbia voluto riferirsi (anche) ai servizi pubblici locali, emerge chiaramente [e nuovamente, *n.d.r.*] il disfavore dell'ordinamento nei confronti delle società pubbliche strumentali”<sup>(417)</sup>. L'“ostracismo” che riguarda tali società è dovuto, sempre secondo questa linea di pensiero, ad una ragione molto semplice: “le società strumentali hanno contribuito a quella eccessiva proliferazione della presenza pubblica nella dimensione puramente economica – e quindi non in un'area a metà tra la funzione pubblica e l'economia, settore in cui si inseriscono i servizi pubblici locali – che oggi più di ieri si vuole limitare per ragioni eminentemente finanziarie”<sup>(418)</sup>.

---

*interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università, nonché in Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1351 e ss., con commento di F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni*. Con questa pronuncia i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che l'art. 27, co. 3, l. n. 244/2007 esprime “un principio di carattere generale che era immanente nell'ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva”, che vieterebbe agli enti pubblici di svolgere attività d'impresa e perciò di costituire o partecipare a società di capitali in assenza di una espressa autorizzazione. La dottrina ha dato ampio risalto alla pronuncia in parola, come dimostra l'elevato numero di commenti. Oltre a quelli già richiamati si vedano, *ex multis*, quelli di: A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustamm.it*, n. 10/2011; G. GRÜNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in *giustamm.it*, n. 8/2011; C. MARZUOLI, *Le università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 287 e ss.

<sup>(416)</sup> Ad es. per S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione pubblica comunale. Ammissibilità e ambiti*, cit., 37 e ss., la quale, nel criticare le posizioni riportate nella nota precedente, offre anche una originale rilettura di alcune disposizioni costituzionali. L'opinione espressa da Valaguzza è condivisa, se ben s'intende, da A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, cit., 308.

<sup>(417)</sup> Così A. CARULLO, *L'attuale necessità di una corretta distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico. Un intricato percorso a tappe: dall'irrilevanza della gara, all'affermazione di un differente partenariato pubblico-privato, e la consapevolezza di un'occasione perduta*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 4, 701 e ss., qui 725-726. Il differente trattamento riservato dal legislatore alle società di gestione dei servizi pubblici rispetto alle società strumentali è sottolineato, tra gli altri, da F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, cit., *passim*. Per un quadro aggiornato sulle società strumentali, anche alla luce del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, si rinvia a G. SCIULLO, *A proposito di società pubbliche strumentali*, in G. SALA e G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, 169 e ss.

<sup>(418)</sup> A. CARULLO, *L'attuale necessità*, cit., 725-726.

Il peso della “determinante finanziaria” <sup>(419)</sup>, in effetti, è tutt’altro che secondario. A dispetto dei numerosi riferimenti alla tutela del mercato e della concorrenza <sup>(420)</sup>, la dottrina ha riconosciuto, al fondo della legislazione nazionale riguardante le società pubbliche, “una decisa *ratio* ... costituita dal risparmio di spesa pubblica” <sup>(421)</sup>. Esigenza, quest’ultima, certo non nuova nel nostro ordinamento <sup>(422)</sup>,

---

<sup>(419)</sup> Riprendendo volutamente qui l’espressione di A. DE SIANO, *Configurazione dell’interesse pubblico e determinante finanziaria, I. Gli effetti della introduzione dei primi tratti di federalismo fiscale sul sistema autonomistico-territoriale nella legislazione finanziaria 1999-2008*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*.

<sup>(420)</sup> Concorrenza sulla cui “portata” si registrano, peraltro, opinioni assai discordanti. Limitandoci al dibattito tra giuristi, nota è la differenza di vedute tra M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, 191 e ss., e F. TRIMARCHI BANFI, *Il «principio di concorrenza»: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1, 15 e ss. Il primo individua la concorrenza come bene giuridico tutelato il cui significato normativo va colto nel concetto economico di concorrenza e, segnatamente, di economia sociale di mercato, secondo quanto previsto dall’ordinamento dell’Unione europea. Per Libertini, insomma, il “principio di concorrenza” è un principio in senso proprio, ossia norma giuridica, e le disposizioni nazionali di diritto derivato ne sono attuazione. La seconda, viceversa, da una lato ritiene che il richiamo (compiuto dall’art. 120 TFUE) ai principi di un’economia aperta e in libera concorrenza non abbia valore normativo, in quanto la parola “principi” non assume qui il significato di norma giuridica; dall’altro lato reputa che le norme poste dal diritto derivato non siano utili per ricavare principi di carattere generale. In definitiva, secondo Trimarchi Banfi “il diritto europeo non pone [...] regole generali riguardo alla conformazione dei mercati” (F. TRIMARCHI BANFI, *Il «principio di concorrenza»*, cit., 37). Sul tema si veda, da ultimo, il tentativo effettuato da B. SPAMPINATO, *Contributo allo studio del principio di “promozione” della concorrenza nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*, di declinare il “principio di concorrenza” nel suo risvolto “promozionale”: quello, cioè, riguardante le misure pro-concorrenziali (*i.e.* volte a incrementare l’assetto concorrenziale del mercato), prime fra tutte le misure di liberalizzazione delle attività economiche.

<sup>(421)</sup> Così A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, cit. 257. Come notato da F. FRACCHIA, *L’amministrazione come ostacolo*, cit., 375-376, se per un verso “il legislatore sembra presupporre che l’impresa pubblica costituisca un intralcio per il libero gioco della concorrenza”, per l’altro “si può fondatamente discutere che la presenza – in sé considerata – di società pubbliche leda unicamente il valore della concorrenza, almeno di quella ricavabile dall’ordinamento europeo. Ciò dipende, infatti, dal tipo di attività svolta, dal contesto e dalle modalità attraverso cui la società ha ricevuto affidamenti dalle amministrazioni. Molto più probabilmente, il legislatore ritiene che la proliferazione di società possa incidere sul buon uso delle risorse pubbliche”. Coglie nel segno, dunque, l’osservazione di G. COLOMBINI, *Notazioni in margine del processo di costituzionalizzazione della nozione finanziaria di amministrazione pubblica*, cit., 84, per la quale nel campo delle società pubbliche “la tutela dell’interesse finanziario pubblico è divenuta, in sostanza, l’obiettivo prioritario”. Hanno enfatizzato il peso della “determinante finanziaria” nella recente legislazione in tema di società pubbliche, tra gli altri, E. TRENTI, *La disciplina delle società regionali fra “statuto speciale” ed esigenze di contenimento della spesa*, cit., 229; A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, cit., 71-72; S. MAROTTA, *La spending review nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di privatizzare*, in *Munus*, 2014, 2, 261 e ss.; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, cit., 27, 50 e ss.; *Id.*, *Il governo del gruppo pubblico locale al tempo della spending review*, in *Munus*, 2014, 3, 415 e ss.

<sup>(422)</sup> Già con riguardo alle privatizzazioni dei primi anni Novanta molti Autori attribuiscono un ruolo decisivo alle esigenze di risanamento della finanza pubblica: così, ad es., M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 49 e 61. Dello stesso avviso R. URSI, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 262, il quale senza infingimenti afferma che in Italia le privatizzazioni (sostanziali) “non sono connotate da un

ma che di recente si è acuita per effetto della crisi globale scoppiata sul finire del decennio scorso, la quale – come noto – si è rapidamente propagata dai mercati finanziari all’economia reale e infine agli Stati <sup>(423)</sup>, chiamati a correre ai ripari. Una corsa ai ripari che per l’Italia ha significato, tra l’altro, l’introduzione in Costituzione del principio dell’equilibrio di bilancio <sup>(424)</sup> e l’avvio di “una rigorosa azione di

---

approccio ideologico, quanto, piuttosto, dall’esigenza di “fare cassa” e, dunque, di ridurre il peso del debito pubblico in relazione ai vincoli europei imposti dall’Unione Economica e Monetaria”. Sottolineature analoghe si rinvencono, a più riprese, in P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all’efficienza e costi sociali*, cit., *passim*. Per dare un’idea, dal punto di vista quantitativo le privatizzazioni “hanno fruttato allo Stato una cifra valutabile ai valori attuali di oltre 200 miliardi di euro” (questa la stima di C. SCARPA, P. BIANCHI, B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, *Comuni S.p.A. Il capitalismo municipale in Italia*, cit., 50).

<sup>(423)</sup> Si cfr. M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, cit., 3: “Dalla dimensione bancaria-finanziaria, ovvero dal fallimento della Banca Lehman Brothers e della insolvenza di altre grandi banche, la crisi ha virato rapidamente verso l’economia generale ed ha indotto ad alzare il velo su questioni sistemiche che si erano occultate o non adeguatamente considerate. Con un ulteriore rapido passaggio, la crisi ha mostrato che il rischio non si limitava a particolari operatori finanziari o settori produttivi, ma coinvolgeva direttamente il debito sovrano di alcuni Stati membri, specialmente dell’Eurozona, con concreti pericoli di loro insolvenza”. Si veda altresì G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in Id. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, 386: “la crisi, passando dalla finanza privata a quella pubblica, ha sorpreso le istituzioni comuni e gli Stati membri nel guado tra la raggiunta unificazione monetaria e l’ancora lontana integrazione delle politiche economiche. Se, dunque, inizialmente la crisi sembrava riguardare esclusivamente la finanza privata e il sistema economico basato sulla libertà di intrapresa, i successivi sviluppi hanno evidenziato come anche la finanza pubblica sia esposta a gravi incertezze che, a loro volta, possono mettere a repentaglio la stabilità monetaria europea e la stessa costruzione comunitaria”. Sulle conseguenze scaturite da questi eventi si veda, per tutti, F. NUGNES, *L’impatto della governance economica europea sulla decisione di bilancio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, *passim*.

<sup>(424)</sup> Con l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, modificativa degli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. Nel quadro di questa riforma (per un complessivo esame della quale rimandiamo il lettore alla monografia di G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*), particolare rilievo assume, come già accennato nel corso del primo capitolo, il nuovo co. 1 dell’art. 97 Cost., a mente del quale “Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico” (su cui si veda invece G. BOTTINO, *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, 691 e ss.). Per F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività*, cit., 67, tale novella “in concreto [...] non può che implicare che il principio di economicità dell’azione amministrativa, inteso nella sua più ovvia accezione di massima attenzione per l’uso oculato delle risorse, costituisca non più solo uno dei criteri a cui conformare l’azione amministrativa [...], ma una sorta di superprincipio [...], chiamato ad acquisire un’importanza prevalente, in ragione dello sforzo particolare di risanamento finanziario che sta affrontando il Paese, in forza di precisi obblighi comunitario”. E, aggiunge l’A., “se è vero che, sul piano comunitario, i risultati dei conti pubblici sono valutati in forma aggregata, solo agendo sulle concrete scelte amministrative si può pensare di rispettare gli obblighi generali di equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico, risultando così del tutto ragionevole ed anzi necessario che anche le scelte viste nella loro individualità risultino rilevanti ai fini dell’attuazione dell’art. 97, co. 1, Cost. Se è così, però, uno dei primi e più naturali campi su cui intervenire non può che essere quello delle società in mano pubblica, come noto luogo di vari sprechi di denaro (anche e soprattutto) pubblico” (68).

riduzione e razionalizzazione delle spese pubbliche, non escluse le ... spese di investimento”<sup>(425)</sup>.

La revisione della spesa o *spending review*, così, è diventata una voce costante nell’agenda dei governi avvicendatisi alla guida del Paese e dunque una priorità per il legislatore. Ad esserne investito è stato, in diverse tornate, l’intero apparato amministrativo italiano<sup>(426)</sup>. Conseguentemente, l’elenco di disposizioni normative riguardanti le società partecipate da pubbliche amministrazioni potrebbe proseguire, atteso che in questo processo di revisione continua e permanente il legislatore ha riservato parecchio spazio al nostro tema<sup>(427)</sup>, salito anche agli onori della cronaca nazionale per effetto di ambiziosi slogan politici, come accaduto in occasione della mirabolante promessa di ridurre le società partecipate dagli enti locali da 8.000 a 1.000 nel giro di un triennio<sup>(428)</sup>.

---

<sup>(425)</sup> F. BASSANINI, *Introduzione*, in ASTRID, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, 5 e ss., qui 11.

<sup>(426)</sup> Si cfr. P. DE IOANNA, *Efficienza e controllo della spesa pubblica*, in AA.VV., *Evoluzione e riforma dell’intervento pubblico. Scritti in onore di Gilberto Muraro*, Giappichelli, Torino, 2013, 247 e ss.; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione. Come è cambiata ai tempi della spending review*, Il Mulino, Bologna, 2014, 70 e ss.; C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Feltrinelli, Milano, 2015, *passim*; P. BALDUZZI, *La “spending review” nel 2012*, in M.F. AMBROSANO, M. BORDIGNON, U. GALMARINI, L. RIZZO (a cura di), *Finanza pubblica, decentramento e riforme costituzionali. Scritti in onore di Piero Giarda*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, 55 e ss.; M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 3-4, 623 e ss.; C. FRANCHINI, *La Spending review e il riordino della pubblica amministrazione nazionale*, in G. DE GIORGI CEZZI, G. CORSO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI, F.G. COCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, I, 393 e ss.

<sup>(427)</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all’art. 14, co. 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122, contenente ulteriori limitazioni per i comuni di piccole dimensioni: “i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2010 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni”. Oppure all’art. 4, co. 1, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, il già citato decreto *spending review*, a mente del quale “Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, si procede, alternativamente: a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013; b) all’alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014”.

<sup>(428)</sup> Promessa tradotta in legge con l’art. 23, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con l. L. 23 giugno 2014, n. 89, a cui ha fatto seguito il piano predisposto dal Commissario Straordinario per la revisione della spesa Carlo Cottarelli intitolato *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, reso pubblico il 7 agosto 2014 e consultabile sul sito *revisionedellaspesa.gov.it*. A pagina 3 dello stampato si legge che il rapporto “propone una strategia di riordino con l’obiettivo di ridurre il numero delle partecipate “da 8.000 a 1.000” nel giro di un triennio, di favorirne l’aggregazione e lo sfruttamento di economie di scala e, anche per questa via, di migliorarne l’efficienza, con benefici per la finanza

A noi, però, interessa cogliere il senso e la direzione degli interventi del legislatore del nuovo millennio e, a tal fine, è necessario e sufficiente menzionare la legislazione del biennio 2006-2007. È questa, infatti, “che rappresenta il momento di brusco passaggio tra il *favor* e l’aperta ostilità per le società pubbliche”<sup>(429)</sup>, sempre più percepite come un “ostacolo”<sup>(430)</sup>: al libero gioco della concorrenza, al corretto uso delle risorse pubbliche e, in tempi di crisi (e di conseguenti azioni di *spending review*), al risanamento finanziario del settore pubblico.

Un atteggiamento ostile – si badi bene – rivolto alle società pubbliche *tout court*, ovverosia al fenomeno nel suo complesso. Il riferimento fatto sinora alle società pubbliche strumentali, invero, non deve trarre in inganno: nemmeno le società di

---

pubblica (i possibili risparmi a regime sono stimati in almeno 2-3 miliardi) e per la qualità dei servizi offerti”. Per un’analisi di tale documento si vedano F. DI CRISTINA, *Un programma di razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 4, 1174 e ss.; nonché A. PERICU, *Le imprese esercitate dagli enti pubblici locali tra concorrenza e spending review (profili giuridici)*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 2, 349 e ss. Per una dura critica nei confronti del piano Cottarelli si segnala, invece, S. MAROTTA, *La spending review nei servizi pubblici locali*, cit., *passim*. In ogni caso, sottolinea M. NICO, *L’esternalizzazione dei servizi pubblici e il ruolo dell’ente locale in qualità di socio pubblico: criticità, opportunità e prospettive*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 31 ottobre 2017, quella della drastica riduzione del numero delle partecipate è stata “una promessa disattesa”.

<sup>(429)</sup> M. DUGATO, *La legge dei rapporti economici*, cit., 322. Non ci soffermiamo sul delicato problema dei rapporti tra le numerose norme vincolistiche contestualmente vigenti e sull’effetto “paralizzante” che spesso ne è disceso. Sul tema, rinviamo il lettore a S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 80 e ss., nonché a M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale. Riflessioni per un’actio finium regundorum su partecipazioni al capitale, socio d’opera, oggetto sociale, limiti soggettivi a contrarre ed a concorrere nelle pubbliche gare, dopo le riforme 2006-2009*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2009. Nemmeno ci soffermiamo sugli esacerbanti conflitti interpretativi sviluppatasi in questo intricato reticolo di norme, che in molti casi hanno finito per scaricarsi sulla Corte costituzionale. A tal proposito, ci limitiamo a ricordare che il decreto Bersani e la Finanziaria 2008 hanno superato il vaglio della Consulta in occasione, rispettivamente, delle pronunce Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326, e Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, entrambe in *Foro it.*, 2010, 3, pt. 1, 786 e ss., per un commento delle quali si vedano R. URSI, *La Corte Costituzionale traccia i confini dell’art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 12 e ss., e G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell’odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1606 e ss. Con esse la Corte ha respinto i ricorsi presentati da diverse Regioni con l’obiettivo di censurare una violazione della competenza legislativa regionale; nel fare ciò, ha sottolineato la finalità di promozione della concorrenza delle disposizioni in questione e ha accertato la proporzionalità dei vincoli da esse previste rispetto a quel fine. A diversa sorte sono andate in contro, invece, altre disposizioni successive, come ad es. il già menzionato art. 4, co. 1, d.l. n. 95/2012, colpito da declaratoria di illegittimità costituzionale per effetto di Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229, in *Foro it.*, 2014, 9, pt. I, 2350. Per un commento di questa terza pronuncia si veda F. FRANCIOSI, *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la c.d. “spending review” (alla luce della sentenza Corte Cost. n. 229/2013)*, in *Corr. merito*, 2013, 10, 933 e ss. In generale, sulle alterne vicende delle leggi in tema di società pubbliche sottoposte al vaglio della Corte costituzionale, si veda il quadro di sintesi tracciato da E. TRENTI, *La disciplina delle società regionali fra “statuto speciale” ed esigenze di contenimento della spesa*, cit., 216-217, nonché la lucida analisi dello stesso M. DUGATO, *La legge dei rapporti economici*, cit., 322.

<sup>(430)</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *L’amministrazione come ostacolo*, cit., 375-376.

gestione dei servizi pubblici locali, negli ultimi anni, hanno navigato in acque tranquille. Apriamo, dunque, una concisa parentesi su queste ultime.

#### **4.1 [segue] L’emblematico caso delle società pubbliche per la gestione dei servizi pubblici locali. L’onda privatizzatrice e la risacca pubblicistica**

Come già abbiamo avuto occasione di segnalare, la materia sconta molte incertezze, a partire dal piano definitorio <sup>(431)</sup>. Così, sono frequenti affermazioni tese ad evidenziare il carattere “sfuggente, mutevole, storicamente condizionato” del concetto di servizio pubblico; il suo essere “influenzato dalle discipline economiche”; la sua collocazione all’interno di “una zona grigia tra diritto pubblico e diritto privato” <sup>(432)</sup>. Del pari, se ne sottolinea la irriducibilità “ad una costruzione unitaria”, ora anche a causa del “confluire, nel diritto interno, delle disposizioni che il diritto dell’Unione europea dedica alla categoria dei servizi di interesse economico generale e, più in

---

<sup>(431)</sup> *Supra*, in questo capitolo, § 2. È appena il caso di aggiungere, per quanto scontato possa apparire, che il “cuore della problematica” (D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 169) è rappresentato dal significato da attribuire non già al sostantivo “servizio”, quanto piuttosto all’aggettivo “pubblico” (A. TORTORA, *I servizi pubblici*, cit., 14). Esso costituisce, infatti, “l’elemento qualificante dell’intera operazione definitoria della locuzione servizio pubblico”: così F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Atti della Giornata di studio, Roma, 3 dicembre 1987, Maggioli, Rimini, 1988, 34. Sul punto il dibattito dottrinario – ormai lo sappiamo – “si è polarizzato intorno alle due costruzioni teoriche del servizio pubblico in senso soggettivo ed in senso oggettivo. La prima [...] volta a qualificare in termini di servizio pubblico tutte le attività economiche comunque svolte dai pubblici poteri, la seconda volta, invece, a fornire del servizio pubblico una definizione oggettiva attraverso l’enucleazione delle sue caratteristiche obiettive in termini di essenzialità del servizio” (G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., 2). Tuttavia, non va dimenticato che il mancato assopimento del dibattito intorno alla definizione di servizio pubblico “è anche dovuto non soltanto alla tradizionale oscillazione [...] tra i poli della concezione oggettiva e soggettiva del servizio, ma anche al fatto che la categoria è usata a fini molto diversi tra di loro: per giustificare l’azione pubblica nel mercato [...], per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per distinguere gli appalti di servizi dalle concessioni di servizi pubblici, per fini penalistici, per operare un confronto (di volta in volta risolto con i criteri della coincidenza o della continenza) con la categoria del servizio di interesse economico generale”. A ricordarlo, nei termini appena riportati, è F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, 13 luglio 2016, 3.

<sup>(432)</sup> Espressioni, quelle riportate, tutte tratte da F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, 149.

generale, dai concetti e dalla terminologia che ricorrono negli atti normativi e nella giurisprudenza europea” (433).

In ragione di queste e di altre variabili, tra cui quella della “forte instabilità normativa” degli ultimi decenni (434), molti interpreti sono giunti a scotomizzare il problema definitorio, passando per le vie più disparate (435).

---

(433) F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 111-112. Che prosegue: “il diritto dell’Unione si occupa dei servizi pubblici da un’angolazione diversa da quella che è propria dei nostri studi. In questi ultimi, i servizi pubblici sono presi in considerazione, soprattutto, per individuare il *regime giuridico* dell’attività che viene esercitata come servizio pubblico e, in particolare, per individuare i caratteri del *rapporto* che si stabilisce tra l’amministrazione ed il gestore del servizio. Il diritto dell’Unione, invece, si interessa alla categoria nella misura in cui il regime di servizio pubblico previsto dagli ordinamenti degli Stati membri possa entrare in conflitto con le regole disposte a tutela della concorrenza [...] e con il principio della libera circolazione dei prestatori di servizi”. Nell’ottica del diritto dell’Unione, dunque, le “Le attività di produzione e di distribuzione dei servizi costituiscono, in primo luogo, attività economiche, come tali intrinsecamente imprenditoriali e rimesse alla libera iniziativa. Le deroghe ai principi sulla concorrenza, pertanto, sono ammissibili solo in presenza di situazioni di fallimento del mercato” (in questi termini G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002, 258). Come se non bastasse, a tale diversità di punti di vista si aggiunge, poi, l’utilizzo di una “terminologia ... piuttosto confusa” (così D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 168) da parte del legislatore europeo, il quale “ignora le categorie nazionali” (di nuovo G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., 258). Sulla portata dei concetti “costruiti” a livello euro-unitario si vedano, *ex multis*, D. MINIUSSI, *La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo ed ordinamento nazionale*, in *Dir. econ.*, 2013, 1, 119 e ss.; A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, cit., 1 e ss.

(434) A. TORTORA, *I servizi pubblici*, cit., 7. Anche questo punto è stato da noi messo in luce *supra* (il riferimento è sempre al § 2 del presente capitolo). Diffusa, in dottrina, è la constatazione per cui i continui interventi legislativi “hanno innescato una reazione a catena di riforme e controriforme [...] che hanno finito per elidersi a vicenda il cui esito finale è stato lo stop di qualsiasi ipotesi di razionalizzazione sistemica”: così G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., 89. Si veda, nello stesso senso, F. ALBISINNI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici*, in L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 97 e ss., 122: “la disciplina dei servizi pubblici locali è interessata, da circa un ventennio, da un continuo susseguirsi di riforme, che non permettono una sedimentazione delle regole e l’emergere di un quadro normativo limpido e privo di incertezze”. Si cfr. altresì l’approfondito studio – dal titolo emblematico – di P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*.

(435) Si è sviluppato, in particolare, un “impianto metodologico scettico in ordine alla esistenza di una nozione di servizio pubblico”, il quale “presenta una serie di atteggiamenti differenti che, sostanzialmente, negano utilità alla definizione del concetto vuoi perché lo considerano inconoscibile, vuoi perché lo ritengono sostituito dalla nozione di servizio di interesse economico generale di provenienza comunitaria, vuoi perché ritengono di poter costruire la nozione intorno ad alcuni suoi tratti caratterizzanti come regolazione, concorrenza, specialità ed intensità della relazione con l’autorità consistente nei titoli abilitativi l’attività”: così L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, 2015, 1, 141 (sul tema si veda, *amplius*, ID., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova, 2001, *passim*). Nel senso che il “compito definitorio” sia, ancora oggi, “di assoluta necessità”, A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 79 e ss., 81. *Contra* F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di «servizio pubblico»*, in *Foro amm.*, 1998, 7-8, 2264 e ss., il quale ritiene opportuno “muoversi su un piano più concreto rifuggendo da ogni velleità classificatoria e definitoria”, valorizzando tutti gli aspetti che possano rivelarsi utili ai fini della qualificazione di una certa attività come servizio pubblico, a prescindere dal carattere “oggettivo” o “soggettivo” di tali aspetti. Una simile ricostruzione “mista” della nozione di servizio pubblico ha in parte trovato riscontro nella giurisprudenza, come documentato da A. TORTORA, *I servizi pubblici*, cit., 43 e ss.

Ovviamente non è nostra intenzione rispondere alla domanda su che fine abbia fatto il servizio pubblico in Italia <sup>(436)</sup>, un cimento simile esulando da quello che è l'oggetto del presente studio. Ci limiteremo, pertanto, ad un ben più modesto affondo sulla teoria oggettiva del servizio pubblico – ancora oggi dominante <sup>(437)</sup> –, consapevoli dei “problemi che da sempre si sono segnalati circa la difficoltà che tale concezione incontra nel fissare un’immagine sufficientemente determinata del servizio pubblico” <sup>(438)</sup>. L’intento è quello di mostrare la forte consonanza tra detta teoria e quanto da noi osservato sia a proposito della nozione di amministrazione pubblica, che nel suo moto oscillatorio tra una accezione soggettiva ed un’altra oggettiva, ultimamente tende sempre più verso la seconda; sia a proposito del diritto euro-unitario, dichiaratamente indifferente alla questione della natura, pubblica o privata, che gli ordinamenti nazionali attribuiscono alle varie figure soggettive.

Queste considerazioni ci permetteranno, ad un certo punto, di riallacciarci al tema delle società pubbliche e di sviluppare ulteriormente il discorso sul “disfavore” del legislatore nazionale verso le medesime, punto d’approdo del paragrafo che precede.

Non ritenendo però proficuo indulgere in anticipazioni, diamo subito avvio alla nostra indagine sulla teoria oggettiva del servizio pubblico osservando che questa pone l’accento sul tipo di attività, connotata per la sua finalizzazione al benessere della collettività, indipendentemente dal fatto che la stessa sia svolta da un soggetto pubblico

---

<sup>(436)</sup> Per riprendere il titolo (e il *fil rouge*) del saggio di A. PIOGGIA, *L'amministrazione in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, cit., 137 e ss. L’A., perfettamente conscia dei rischi connessi alla tendenziale “dissoluzione della nozione di servizio pubblico” in atto nel nostro ordinamento (“non priva di indesiderabili conseguenze”, 159), in esito alla propria indagine sconsolatamente osserva: “A quanto pare, la confusione continua e, sempre che si ritenga interessante scoprirlo, non è ancora del tutto chiaro che fine abbia fatto il pubblico servizio in Italia” (161).

<sup>(437)</sup> Perlomeno stando alle indicazioni provenienti dalla manualistica. Si cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., 367; R. CHIEPPA e R. GIOVAGNOLI, *Manuale*, cit., 1004 e ss.; F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, cit., 636. Per l’affermazione della teoria oggettiva nella giurisprudenza si veda, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 4, 1036 e ss., con nota di B. GILIBERTI, *Sulla natura giuridica oggettiva dei servizi pubblici*.

<sup>(438)</sup> M. CUNIBERTI, *Il servizio pubblico nella nuova giurisdizione esclusiva (art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205)*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 307. Del resto, la varietà di situazioni riconducibili nella nozione di servizio pubblico enucleata dai sostenitori della teoria oggettiva ha fatto ben presto dubitare dell’utilità della medesima, giudicata eccessivamente ampia e dunque priva di una capacità definitoria effettiva. In poche parole, è stato da più parti osservato che la teoria del servizio pubblico oggettivo “aveva osato troppo” (F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990, 17).

o da soggetti privati <sup>(439)</sup>. Dunque, secondo tale impostazione, si considera servizio pubblico ogni attività che sia oggetto di applicazione di un regime peculiare, orientato alla tutela dell'interesse pubblico attraverso di essa perseguito e a prescindere dalla natura pubblica degli operatori <sup>(440)</sup>.

Plurimi sono i dati normativi e sistematici che depongono a favore della teoria oggettiva. Partendo da quelli indicati da Umberto Pototschnig, suo “capostipite indiscusso” <sup>(441)</sup>, si possono ricordare alcuni importanti articoli della c.d. costituzione economica. *In primis*, l'art. 43 Cost., il quale prevede 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”.

La disposizione, innanzitutto, definisce la riserva o il trasferimento in favore dello Stato (o di altro ente pubblico) di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali “come mera possibilità, con la conseguenza che è costituzionalmente ammessa l'eventualità di una gestione di tali servizi ad opera di privati”. In aggiunta a ciò, essa “contempla tra i possibili destinatari della riserva o del trasferimento della titolarità (e non già della mera gestione) non solo lo Stato ed altri enti pubblici, ma anche le comunità di lavoratori e utenti, ossia soggetti che ben possono assumere natura privata” <sup>(442)</sup>.

Dopodiché, ad integrare le conclusioni ricavate dall'art. 43 Cost. interviene l'art. 41, co. 3, Cost., secondo cui “La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”. Invero, sulla base di tale precetto la legge può – previa determinazione

---

<sup>(439)</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., 367.

<sup>(440)</sup> Cfr. R. CHIEPPA e R. GIOVAGNOLI, *Manuale*, cit., 1004 e ss.

<sup>(441)</sup> Così L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Seconda ed., diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Giuffrè, Milano, 2007, IV, 1797, nota 12. Ma ricorrente è anche l'epiteto di “padre” della teoria oggettiva: in questo senso, tra i tanti, G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 2003, 69, nota 42; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2012, 23. Ovviamente il riferimento è a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., *passim*.

<sup>(442)</sup> In questi termini R. CHIEPPA e R. GIOVAGNOLI, *Manuale*, cit., 1005. Così anche F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 635, che conclude: “La Costituzione, in definitiva, ammette che un servizio che un servizio pubblico sia svolto in nome proprio da organismi non di pubblica amministrazione e continui, ciò nonostante, a mantenere tale connotazione”.

dei controlli e dei programmi opportuni – indirizzare tanto l’attività pubblica quanto quella privata al conseguimento di fini sociali. Pertanto, l’intervento dei pubblici poteri “al cospetto sia di attività private che di attività pubbliche non può trascendere il limite costituzionalmente definito dall’art. 41, comma 3, Cost. Entrambe, di conseguenza, sono soggette alla medesima disciplina” <sup>(443)</sup>.

Tali disposizioni costituzionali sono, a detta di Pototschnig, “per la loro stessa portata testuale ... tali da smentire definitivamente il principio nominalistico nella definizione dei servizi pubblici” <sup>(444)</sup>.

In virtù del principio nominalistico – primigenia espressione della opposta ricostruzione in chiave soggettiva del servizio pubblico <sup>(445)</sup> –, si consideravano pubblici unicamente “quei servizi *assunti* dallo Stato ovvero da un altro ente pubblico, che ne acquistava la titolarità e, in alcuni casi, provvedeva anche al loro stesso esercizio” <sup>(446)</sup>. Alla titolarità pubblica del servizio – intesa come “la volontà espressa dall’ente pubblico di assumere tra i propri fini istituzionali il servizio, il quale risulta

---

<sup>(443)</sup> F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 636.

<sup>(444)</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 144. “Il collegamento tra i due citati articoli della Costituzione (art. 43 e art. 41, terzo comma) [...] ha infatti il pregio di spostare il discorso sugli effetti che attraverso i servizi si intendono perseguire, e cioè sull’oggetto e sui fini cui mira l’organizzazione dei pubblici servizi”: in questi termini M.A. CABIDDU, *I servizi pubblici organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, cit., 8.

<sup>(445)</sup> Cfr., per questa affermazione, F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 632. Come messo in luce da quest’ultimo, “l’esigenza di elaborare una definizione di servizio pubblico [...] si pose alla dottrina italiana a fronte della necessità di dare una connotazione più precisa ad attività peculiari che, pur estranee al tradizionale concetto di funzione, fossero comunque riconducibili alla pubblica amministrazione. Bisognava, dunque, individuare una categoria comune sotto la quale ricondurre una parte dell’attività amministrativa, non autoritativa, che andava diffondendosi in modo esponenziale in ragione dell’assunzione di nuovi compiti da parte dello Stato, sia direttamente sia attraverso le forme della concessione amministrativa” (631). Ebbene, prosegue l’A., “l’occasione per una siffatta riflessione fu la legge c.d. sulle municipalizzazioni – legge 29 marzo 1903, n. 103 – il cui art. 1 qualificava come servizi pubblici una serie di attività eterogenee [dalla costruzione di acquedotti, fontane e distribuzione di acqua potabile fino allo stabilimento e vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere, per elenco composto, in totale, da 19 punti, *n.d.r.*]. Stante la diversità delle fattispecie in esso contemplate, si poneva il problema se i Comuni potessero assumere la gestione diretta di attività non comprese in quella lista ma ascrivibili ugualmente al *genus* più ampio del servizio pubblico. Detto altrimenti, occorreva individuare un criterio che si ponesse come identificativo della categoria ed elaborare, pertanto, una nozione più generale. Fu questo il terreno in cui maturò la c.d. concezione nominalistica” (632).

<sup>(446)</sup> F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 632, corsivo dell’A., che prosegue: “in altri termini, accedendo a tale ricostruzione, un servizio è pubblico allorché l’attività in cui esso si esplica sia riconducibile allo Stato o ad un altro ente pubblico, che lo dichiari tale in forza di un provvedimento legislativo o amministrativo, compiendo la scelta per la sua assunzione. Una concezione soggettiva, dunque, per l’attenzione prestata al soggetto pubblico cui imputare l’attività espressione del servizio medesimo, e nominalistica in virtù di quello specifico atto necessario a dichiarare come tale il servizio pubblico”.

così essere attuazione della volontà dell'ente stesso" <sup>(447)</sup> – si accompagnava, poi, nel modello originario di organizzazione dei servizi pubblici, un'altra caratteristica fondamentale: il regime di riserva. L'assunzione del servizio, infatti, avveniva riservando l'attività ai pubblici poteri e, quindi, escludendo l'iniziativa economica privata negli ambiti nei quali il servizio era istituito <sup>(448)</sup>.

Insomma, secondo la teoria di segno opposto a quella oggettiva, per servizi pubblici "si intendevano correntemente i servizi alla cui gestione provvedevano (direttamente o indirettamente) le amministrazioni pubbliche, statali o locali" <sup>(449)</sup>.

Evidente è la contiguità con quanto da noi osservato all'inizio di questo lavoro <sup>(450)</sup>, in particolare laddove abbiamo posto in risalto che il periodo storico situato a cavallo tra Ottocento e Novecento è stato caratterizzato da una visione del diritto pubblico improntata alla centralità dello Stato, secondo cui "tutto il concetto di pubblico ... si appunta e si concentra nello Stato: è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato" <sup>(451)</sup>. In un simile contesto, una concezione di servizio pubblico fondata su qualcosa di diverso dal collegamento con lo Stato, vera "sintesi della cosa pubblica" <sup>(452)</sup>, avrebbe avuto vita breve. Pertanto, "si individuò l'essenza del fenomeno nelle finalità sociali perseguite direttamente dallo Stato, attraverso attività, ancorché non autoritative, comunque pubbliche, perché ad esso riferibili" <sup>(453)</sup>.

---

<sup>(447)</sup> L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002, 10.

<sup>(448)</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., 365; F. ALBISINNI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici*, cit., 97-99; nonché D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 173, che ricorda come, "secondo la prospettiva tradizionale, i pubblici poteri, quando ritenevano che certi servizi economici fossero di interesse pubblico, decidevano di provvedere alla (ovvero, secondo la terminologia corrente, "assumevano" la) loro gestione. Ciò riservavano giuridicamente a se medesimi la loro produzione e distribuzione e quindi la escludevano dal campo di esercizio della libera iniziativa economica privata [...] La gestione pubblica del servizio poteva essere "diretta" o "indiretta". Nel primo caso provvedeva l'amministrazione con propri organismi; nel secondo caso, alle prestazioni al pubblico provvedevano delle imprese private ma per "concessione" delle amministrazioni pubbliche e senza che altre imprese potessero [...] far loro concorrenza". Concessione amministrativa che aveva "una valenza organizzatoria, in considerazione dei poteri penetranti di indirizzo e controllo riservati ai pubblici poteri. Secondo alcune ricostruzioni, il concessionario, infatti, è qualificabile come organo indiretto dello Stato e dunque attratto in qualche misura nell'organizzazione dei poteri pubblici (di nuovo M. CLARICH, *Manuale*, cit., 366).

<sup>(449)</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 174.

<sup>(450)</sup> *Supra*, cap. I, § 2.

<sup>(451)</sup> Così O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 350 e ss., qui 351.

<sup>(452)</sup> Tanto che "non vi è cosa pubblica se lo Stato non la consideri tale": in questi termini, nuovamente, O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, cit., 351

<sup>(453)</sup> L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 7.

Così riassunti i tratti della concezione soggettiva di servizio pubblico, riprendiamo il filo del discorso osservando che essa, oltre che dalla plurime obiezioni di carattere teorico sollevate da Pototschnig (e da chi, in un secondo momento, si è posto nella scia dei suoi insegnamenti), “è stata messa in crisi, storicamente, dal progressivo passaggio di alcuni servizi pubblici ... dai soggetti pubblici ai soggetti privati”, cioè dal concreto evolversi dell’ordinamento; ragion per cui “la dottrina approdò alla concezione oggettiva, che individua nell’interesse pubblico che connota su un piano oggettivo l’attività l’elemento caratterizzante il servizio pubblico”<sup>(454)</sup>. Il superamento della concezione soggettiva è coinciso, dunque, “con l’affermazione dei due principi essenziali della teoria oggettiva, secondo cui l’attività di impresa riferita ad un servizio pubblico non è necessariamente ascrivibile ad un soggetto pubblico e, pur rimanendo privata, rimane comunque assoggettata al medesimo tipo di disciplina previsto per l’attività economica pubblica”; ciò che caratterizza la concezione oggettiva di servizio pubblico, quindi, “non è tanto il soggetto cui è affidata l’attività che si concretizza nel servizio, quanto la sua funzionalizzazione alla immediata e istituzionale soddisfazione dei bisogni collettivi”, assistita da un regime giuridico peculiare<sup>(455)</sup>. Allora, in presenza di una legge che riconosca – riprendendo il lessico costituzionale – valori e fini sociali e che, al contempo, predisponga programmi e controlli idonei a concretare quei valori e quei fini, “l’attività economica privata è considerata non meno idonea di quella pubblica al conseguimento dei fini sociali e ... pertanto il risultato utile avuto di mira potrà raggiungersi indifferentemente con la prima come con la seconda”<sup>(456)</sup>.

Ebbene, la giustificazione del nostro *excursus* nel “campo minato” della nozione di servizio pubblico riposa esattamente in questo: constatare la diffusione di un ordine

---

<sup>(454)</sup> In questi termini G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, cit., 43. Il quale, poco oltre, sottolinea che oggi “Nel frequente ricorso a moduli organizzativi societari che prescindono dall’utilizzo di una concessione e nell’affidamento di compiti gestori direttamente a privati [...] si ravvisa la conferma della generalizzazione della concezione oggettiva del servizio pubblico, che ispirerebbe i più recenti interventi del legislatore in materia” (44). Analogamente M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell’economia*, cit., 264, osserva che, negli ultimi decenni, “Con le privatizzazioni e la conseguente recessione delle strutture organizzative pubblicistiche, l’apprezzamento delle caratteristiche oggettive dei servizi, specie del loro carattere industriale, ha in sostanza prevalso, imponendo anche nuovi modelli gestionali, più visibilmente a livello di servizi municipali”.

<sup>(455)</sup> F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 636.

<sup>(456)</sup> Così U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 155. È chiaro, insomma, che “il servizio pubblico non coincide con lo spazio occupato dal diritto amministrativo” (G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, cit., 52).

di idee in cui, al fondo, “ciò che interessa ... non è il carattere pubblico o privato del soggetto che fornisce il servizio ma l’inerenza dello stesso ai compiti istituzionali dell’ente pubblico, in relazione ad esigenze di benessere e di sviluppo economico delle comunità rappresentate”; ragion per cui occorre “individuare un insieme di principi e regole comuni, cui sia i soggetti pubblici sia i soggetti privati ... possano far capo in relazione al (e a garanzia del) risultato che si deve raggiungere” <sup>(457)</sup>.

Possiamo quindi sorvolare sugli ulteriori dati normativi e sistematici che, ad avviso dei più, depongono a favore della teoria oggettiva <sup>(458)</sup>, per fissare due punti emergenti dalla nostra breve indagine su di essa:

- i) con l’affermazione della concezione oggettiva del servizio pubblico “non importa chi gestisce ma perché e come gestisce”, riconoscendosi la “sostanziale parificazione tra soggetto pubblico e soggetto privato ai fini dell’inserimento di una data attività nell’area di realizzazione di un interesse pubblico” <sup>(459)</sup>; in ciò si può scorgere una particolare declinazione del più generale fenomeno di frattura tra struttura e funzione <sup>(460)</sup> che a più riprese abbiamo cercato di mettere in luce; la “breccia” all’interno del sistema, come bene ci ha spiegato Berti, si è avuta con la

---

<sup>(457)</sup> M.A. CABIDDU, *I servizi pubblici organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, cit., rispettivamente 8 e 13. Chiaro è l’ascendente, su questo ordine di idee, di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 155, secondo il quale le attività economiche, sia private che pubbliche, possono “venire convogliate dalla legge al conseguimento di fini sociali”, con la conseguenza che “a caratterizzare il regime dell’attività economica che realizza un servizio pubblico interviene un *corpus* di disciplina comune, quelle di cui all’art. 41, co. 3, qualunque sia il soggetto (privato o pubblico) che la esercita”.

<sup>(458)</sup> Venuti alla luce, peraltro, in epoca successiva all’opera di Pototschnig. Diffusa è l’opinione secondo cui “a favore della teoria oggettiva depono anche il diritto comunitario”, dal momento che tale ordinamento “contiene una nozione di servizio pubblico che, sebbene non precisata nei suoi esatti confini da una chiara enunciazione normativa a carattere generale, prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto gestore e si caratterizza per la sottoposizione della relativa attività ad un regime derogatorio rispetto a quello comune”, volto alla tutela dell’interesse pubblico attraverso di essa perseguito: in questi termini R. CHIEPPA e R. GIOVAGNOLI, *Manuale*, cit., 1006. Ma il punto non è pacifico. Di contrario avviso sono, ad es., L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1797 e ss. Sempre in un’ottica di sostegno della concezione oggettiva di servizio pubblico, viene altresì valorizzato il disposto di una recente disposizione costituzionale, l’art. 118, co. 4, Cost. (come modificato dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), a mente del quale “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”. Ebbene, si ritiene che “la concezione oggettiva è più in linea con il [...] principio di sussidiarietà orizzontale volto a favorire il coinvolgimento dei privati nello svolgimento di attività di interesse generale” (M. CLARICH, *Manuale*, cit., 367).

<sup>(459)</sup> Così di nuovo M.A. CABIDDU, *I servizi pubblici organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, cit., rispettivamente 9 e 15.

<sup>(460)</sup> Cfr. P. CHIRULLI, *Autonomia privata e diritto privato nell’amministrazione*, cit., 62 e ss.

“discesa in campo” dei pubblici poteri nelle attività economiche, per arrivare poi ai grandi stravolgimenti degli anni Novanta del secolo scorso, dove privatizzazioni ed esternalizzazioni hanno portato a concludere che “*non c’è alcuna necessaria coincidenza tra interesse pubblico e diritto pubblico*” e che “l’interesse pubblico può essere perseguito *anche* a mezzo del diritto privato”<sup>(461)</sup>;

- ii) sempre con l’affermazione della concezione oggettiva del servizio pubblico, a caratterizzare il regime dell’attività economica che concreta un servizio pubblico è (deve essere) una disciplina comune, non risultando appagante, in questa materia, “né un generico rimando ai principi del diritto amministrativo, per lo più costituiti presupponendo il primato dell’autorità e quindi una speciale capacità del soggetto pubblico, né un generico rimando al diritto privato, che, in linea di massima, presuppone l’autonomia degli scopi secondo un criterio di liceità”<sup>(462)</sup>.

Massima attenzione alla attività espletata e alle finalità perseguite, nonché contestuale relegazione in secondo piano del soggetto, la cui connotazione in senso pubblicistico o privatistico risulta indifferente ai fini della prestazione del servizio. Avendo chiare queste fondamentali coordinate ermeneutiche, risulta più agevole comprendere il senso profondo di una importante legge nella quale già ci siamo imbattuti, la n. 142/1990, rispetto alla quale “il vero elemento di novità ... non è tanto

---

<sup>(461)</sup> S. GIACCHETTI, *Privatizzazioni: la nuova frontiera dell’interesse pubblico*, cit., 217 (corsivo dell’A.). In senso analogo A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 476-477, ad avviso del quale deve ritenersi “definitivamente tramontata [...] [l’]idea di una qualsivoglia relazione biunivoca tra *interesse pubblico e regime di diritto pubblico*” (anche qui, corsivi dell’A.).

<sup>(462)</sup> In questi termini V. ANGIOLINI, *Organizzazione locale per «servizi»*, in G. BERTI (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, cit., 54 e ss. Nella ricerca della giusta alchimia su cui fondare tale disciplina comune, il peso del diritto privato non può essere trascurato. Di ciò era ben consapevole, già a metà degli anni Cinquanta dello scorso secolo, M. NIGRO, *L’edilizia popolare come servizio pubblico (considerazioni generali)*, cit., 176-177, ove la chiara affermazione che la pubblica amministrazione “può raggiungere i suoi fini anche mediante attività amministrativa di diritto privato, vale a dire mediante attività svolta nelle forme di diritto privato” e che anzi, proprio nell’ambito dei servizi pubblici, la natura stessa di tali servizi, “che in molti casi richiede una snellezza maggiore che non le altre attività pubbliche, induce spesso ad una preferenza [...] per le forme più rapide e sbrigative di contrattazione” quali sono, appunto, quelle del diritto privato (sul concetto, richiamato da Nigro, di “attività amministrativa di diritto privato” – la possibilità, cioè, di svolgere attività amministrativa in senso proprio, intesa come cura concreta di interessi pubblici, attraverso le norme di diritto privato – è d’obbligo il richiamo ad A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 e ss.).

*l'ammissibilità* dell'utilizzo dello strumento societario, riconosciuta ampiamente dalla dottrina ma anche, dopo un breve ritardo, dalla giurisprudenza, quanto *l'equiparazione* della formula «società per azioni» agli altri strumenti gestione dei servizi pubblici locali di stampo pubblicistico” (463). Sempre più netta appare, quindi, la “consapevolezza dell'esigenza di un di un rinnovamento del sistema nel senso che l'attenzione si è spostata verso la qualità di erogazione dei servizi: non rileva più, solo e tanto, che l'erogatore sia un soggetto privato, pubblico o misto. L'essenziale è che il servizio funzioni bene” (464).

Cominciano qui ad emergere, con il riferimento alla riforma dei servizi pubblici locali del '90, i primi punti di contatto con il mondo delle società pubbliche nel quale, come detto, intendiamo approdare. Prima di farlo, però, occorre compiere qualche ulteriore affondo su tematiche collaterali ma non per questo meno importanti. Invero, un discorso che voglia delineare i tratti essenziali del sistema dei servizi pubblici vigente nell'ordinamento italiano (in particolare, dei servizi pubblici locali), non può non fare i conti *l'imprinting* euro-unitario che caratterizza in maniera rilevante la materia (465). Di questo, dunque, ci accingiamo a parlare.

La costruzione, a livello europeo, di un mercato interno (466) retto dal principio di concorrenza ha determinato il progressivo superamento delle barriere e dei limiti che circondavano i servizi pubblici, discendenti dal meccanismo di riserva sopra

---

(463) L. AMMANNATI, *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, cit., 59 e ss., qui 69 (corsi nostri).

(464) P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, cit., 47. Solo attraverso un servizio che funzioni bene, infatti, è possibile superare l'idea, assai diffusa, secondo la quale “la nozione di servizio pubblico e le sue particolari forme di gestione siano state per lungo tempo utilizzate come schermo giuridico per consentire la sopravvivenza di privilegi e di mercati protetti” (nei termini che precedono G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, 2, 201).

(465) Per quanto riguarda invece il tema, dai più ampi confini, dei rapporti tra costituzione economica italiana e costituzione economica europea (e della compatibilità della prima con la seconda), rinviamo, *ex multis*, a S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, cit., 21 e ss., e a E. PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 2, 239 e ss.

(466) I termini “mercato comune”, “mercato unico” e “mercato interno”, come ricorda S. MORETTINI, *La disciplina europea sulla discrezionalità amministrativa nel settore dei servizi*, in S. BATTINI e G. VESPERINI (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2008, 233 e ss., 234, nt. 3, “si sono succeduti senza nel tempo, senza che sia però possibile individuare differenze rilevanti sul piano giuridico”.

descritto <sup>(467)</sup>, e che di fatto ostacolavano la realizzazione degli obiettivi perseguiti dall'allora Comunità europea, oggi Unione europea <sup>(468)</sup>. Così, per ciascun servizio rilevante sono state adottate direttive che hanno imposto l'apertura dei mercati nazionali e l'applicazione di misure finalizzate a promuovere e garantire la concorrenza fra i diversi operatori economici <sup>(469)</sup>.

In termini più generali, giova ricordare che l'indirizzo verso l'economia di mercato in libera concorrenza, espresso dall'art. 119 TFUE, "va inteso come impegno ad adottare misure che rendano possibile la competizione tra le imprese e ad astenersi

---

<sup>(467)</sup> Cfr. G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., XI: "Il regime tradizionale del servizio pubblico, come noto, è stato fondato, sotto un profilo organizzativo e gestionale, sul modello della riserva della gestione pubblica. Quando accadeva, infatti che una determinata attività di produzione e di erogazione di beni o servizi fosse ritenuta di interesse pubblico per la collettività la risposta dell'ordinamento giuridico è consistita, per lunga parte del secolo scorso, nella assunzione pubblica diretta o indiretta, mediante il ricorso a provvedimento di concessione. Quel regime giuridico, frutto al contempo di correnti culturali e contingenze storiche, negli ultimi anni ha subito profonde trasformazioni ad opera dell'influenza dell'ordinamento comunitario. I principi contenuti nel Trattato istitutivo in vero non disconoscono l'azione dei pubblici poteri. Senonché ne modificano l'ambito e le finalità. Le attività proprie dei servizi pubblici sono comunemente considerate, infatti, attività economiche, come tali soggette alla disciplina del diritto comune ed affidate ai meccanismi del mercato. [...] L'ordinamento comunitario di conseguenza riconosce solo parzialmente l'esperienza continentale del servizio pubblico".

<sup>(468)</sup> Il richiamo, oggi, è all'art. 3 TUE, che così dispone: "L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico [...]". Nonché all'art. 119 TFUE, a mente del quale "Ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza". Come noto, l'Unione europea sostituisce e succede alla Comunità europea in base all'art. 1 del Trattato di Lisbona, in vigore dal 1° dicembre 2009, il quale ha modificato sia il Trattato sull'Unione europea del 1992 (TUE), sia il Trattato del 1957 istitutivo della Comunità europea, la cui denominazione è stata cambiata in Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Del pari, l'aggettivo "comunitario" è formalmente sostituito con l'espressione "dell'Unione" in base all'art. 2 del Trattato di Lisbona (cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2011, 1).

<sup>(469)</sup> Cfr. F. ALBISINNI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici*, cit., 99; nonché P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, cit., 50. "In altre parole, i Trattati comunitari esigono in principio la "liberalizzazione" anche dei servizi pubblici, cioè richiedono che si eliminino le limitazioni alle attività economiche dei privati aventi per oggetto servizi prestati al pubblico": in questi termini D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 174. In generale, sulle politiche comunitarie di destrutturazione dei monopoli pubblici nazionali si vedano B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*, e più recentemente P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, cit., 10 e ss.

da misure che ostacolano la competizione ad armi pari tra le imprese”; in sintesi, la disposizione del Trattato testé citata “impegna gli Stati a creare un ambiente giuridico nel qual sia possibile la concorrenza tra le imprese” <sup>(470)</sup>. Duplice, pertanto, è la rilevanza del mercato interno: per un verso, esso rappresenta un obiettivo politico che le istituzioni europee e gli Stati membri hanno il compito di perseguire e realizzare; per un altro, esso costituisce un limite all’agire di quelle e di questi, nel senso che alle istituzioni europee e agli Stati membri è fatto divieto, nel dare concreto sviluppo alle proprie politiche, di limitare la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, se non nel rispetto dei limiti previsti dai trattati, dalle direttive e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea <sup>(471)</sup>.

In quest’ottica, si profila del tutto irrilevante la circostanza che gli operatori economici siano imprese private o imprese pubbliche, dal momento che – per quel che attiene allo svolgimento dell’attività economica – si trovano tutte sottoposte allo stesso regime. Recita infatti l’art. 345 TFUE che “I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”. La proprietà dell’impresa è, insomma, questione dichiaratamente indifferente agli occhi del diritto dell’Unione europea, la cui preoccupazione, invece, “è che l’attività economica si svolga in condizioni di concorrenza almeno potenziali” <sup>(472)</sup>. Al raggiungimento di tale scopo sono indirizzate le c.d. regole di concorrenza, dette anche “regole del mercato” <sup>(473)</sup>, racchiuse nel Titolo VII del TFUE <sup>(474)</sup>.

---

<sup>(470)</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, cit., 26.

<sup>(471)</sup> S. MORETTINI, *La disciplina europea sulla discrezionalità amministrativa nel settore dei servizi*, cit., 234. A tal proposito, si veda anche F. CINTIOLI, *L’art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. e soc.*, 2009, 3-4, 373 e ss., 379: “L’ordinamento comunitario nutre il mercato interno europeo del principio della libera circolazione dei beni e servizi, di libertà di stabilimento e di libertà di concorrenza. Il mercato unico [...] diviene la matrice e l’architrave del progetto di unione dei paesi europei. Anzi, potremmo riassumere quel che è accaduto [...] dicendo che il progetto di integrazione ha avuto un forte sviluppo e consolidamento istituzionale sul terreno della garanzia del mercato unico, mentre ha mostrato le ben note sofferenze quando ha passato il varco verso l’orizzonte dell’unificazione politica e costituzionale”.

<sup>(472)</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, cit., 27.

<sup>(473)</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Nuovi assetti per l’impresa pubblica*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, cit., 73 e ss., 81: “Il principio del libero mercato espresso con la nota formula “una economia di mercato aperta ed in libera concorrenza” [...], investe tutto il sistema della costituzione economica europea e comporta l’applicazione, in via di principio e salve deroghe consentite dallo stesso diritto europeo, a tutte le imprese, a prescindere dal settore e dal tipo di attività espletata, nonché dalla loro appartenenza, di una serie di regole: c.d. regole del mercato”.

<sup>(474)</sup> E che concernono: la condotta delle imprese (regole antitrust, artt. 101-102); la condotta degli Stati (divieto di aiuti distorsivi della concorrenza tra imprese, art. 107).

Sotto l'influsso dell'ordinamento dell'Unione europea, quindi, anche il nostro Paese ha intrapreso la via della liberalizzazione<sup>(475)</sup>, cioè dell'apertura dei mercati alla concorrenza<sup>(476)</sup> che da un punto di vista operativo "si realizza quando vengono eliminate barriere legali che limitano l'accesso ai mercati stessi, riservando l'attività economica ad un numero limitato di imprese o anche ad una impresa soltanto"<sup>(477)</sup>. I

---

<sup>(475)</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, cit., *passim*; A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, in *Dir. e soc.*, 1997, 2, 235 e ss. spec. 245 e ss. In Italia, come altrove, "la spinta alle liberalizzazioni viene soprattutto dall'Europa": così G. CORSO, *Liberalizzazioni: le premesse di diritto europeo*, in *Ist. fed.*, 2007, 2, 279 e ss.; il quale, peraltro, non manca di ricordare che "nel Trattato di Roma ci sono due gruppi di norme che operano in questa direzione". Si tratta, innanzitutto, delle norme "che garantiscono la libertà di circolazione, fra gli Stati membri della Comunità europea, delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali" (280); un potente stimolo alla liberalizzazione viene, poi, dalle norme "con le quali il trattato tutela e promuove la concorrenza" (284) (cfr. la nota appena precedente). Il tema è costantemente all'attenzione della dottrina. Senza alcuna pretesa di esaustività, fra le più recenti riflessioni in argomento possono qui richiamarsi quelle di N. LONGOBARDI, *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del primato tradizionale del potere amministrativo*, in Id. (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, cit., 133 e ss., spec. 138 e ss.; e di G. DURANO, *Poteri autoritativi tra interessi pubblici e regole del mercato. Alla continua ricerca degli equilibri comunitari*, cit., spec. 9 e ss. e 77 e ss. Si veda, altresì, G. COCCO, *Liberalizzazioni*, in M. CAFAGNO e F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., 263 e ss., 282, per il quale "nel nostro Paese il dibattito sulle liberalizzazioni, negli ultimi anni, è aumentato di interesse, ma rischia di restare confinato in una narrazione interessante, ma, per buona parte, astratta e senza ricadute tangibili. Ciò vuoi per le difficoltà incontrate dai governi nel rendere effettive e concrete le tante dichiarazioni di principio sparse a piene mani, vuoi per le collegate e forti resistenze del capitalismo di relazione (a livello statale quanto a livello municipale) a spogliarsi dai privilegi che situazioni di monopolio o semimonopolio in pregiudizio della concorrenza ad esso garantivano".

<sup>(476)</sup> Difatti, "qualunque sia la sua portata e la sua estensione, la liberalizzazione tende comunque a incrementare la concorrenza: sul presupposto che ciò accresca il benessere del consumatore, ampliando la sua possibilità di scelta, e tenda a ridurre i prezzi del prodotto o del servizio offerto". Nei termini che precedono, nuovamente, G. CORSO, *Liberalizzazioni: le premesse di diritto europeo*, cit., 279.

<sup>(477)</sup> Così F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 23. Cfr., altresì, F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 1-2, 177 e ss., il quale osserva che "il verbo "liberalizzare" esprime dunque un'idea non complessa, non difficile. Se ci sono situazioni le quali impediscono a qualcuno di fare qualche cosa, tali situazioni devono essere rimosse. [...] In termini più generali, liberalizzare significa far cadere tutti i limiti, quantitativi, territoriali, merceologici che impediscono ad un qualsiasi imprenditore di investire ed operare nel settore". Ricorrente in letteratura, poi, è la distinzione tra liberalizzazione economica e liberalizzazione amministrativa, sulla quale si rinvia a G. CORSO, voce *Liberalizzazione economica e amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, cit., IV, 2006, 3492 e ss., che discorre di "liberalizzazione economica" dei mercati, intesa come "possibilità di svolgere attività economiche prima inammissibili a causa dell'esistenza di monopoli legali o di accedere a mercati caratterizzati in precedenza da robuste barriere all'ingresso", da un parte; e di "liberalizzazione amministrativa" delle attività economiche private, quale "eliminazione o riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo o normativo che si frappongono allo svolgimento di attività private", dall'altra. La distinzione è alla base del recente e approfondito studio di A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Giuffrè, Milano, 2016, *passim*, che concentra la propria attenzione sul concetto di liberalizzazione amministrativa (tentando anche di fornirne una nozione dai contorni precisi: cfr. XIII e ss.). Anche F.G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Atti del convegno, Lecce, 30-31 marzo 2007, Giappichelli, Torino, 2008, 1 e ss., riprende la

trattati europei – è stato fatto notare –, ponendo al centro della costituzione economica il metodo della concorrenza, consentono di “definire l’interesse pubblico come interesse all’introduzione e alla garanzia del libero competere delle imprese” (478).

Un fenomeno, quello della liberalizzazione, ulteriore e diverso rispetto a quello della privatizzazione, di cui tante volte abbiamo parlato nel corso del presente lavoro. Con la prima, infatti, si realizza l’“assoggettamento delle imprese ad un regime di libera concorrenza”; mentre attraverso la seconda, allorché si tratti di privatizzazione c.d. calda o sostanziale, ciò che si verifica è il “trasferimento al settore privato dell’impresa pubblica” (479). E l’interesse dell’Unione europea è, come detto, alla liberalizzazione, non alla privatizzazione (480). Il mero passaggio dalla proprietà pubblica alla proprietà privata dell’impresa, in effetti, non è di per sé in grado di assicurare l’obiettivo di un mercato concorrenziale, ben potendo accadere che al vecchio monopolista pubblico si sostituisca il nuovo monopolista privato (481). Nonostante qualche autorevole voce si sia spinta a ipotizzare una diversa chiave di lettura della privatizzazione, definendola quale fenomeno capace di “demonopolizzare e liberalizzare, eliminando ogni aspetto di riserva e di privilegio nel settore che comprenda l’attività di prestazione oggetto della privatizzazione” (482), l’opinione largamente dominante pare essere quella che vede nella privatizzazione un processo “neutro” (483) nei confronti della concorrenza. La dottrina maggioritaria, in sostanza,

---

suddetta distinzione, circoscrivendone tuttavia la portata: tra “liberalizzazione giuridica” (i.e. amministrativa) e “liberalizzazione economica”, ad avviso dell’illustre Autore, “la differenza è solo quantitativa, di misura, ma il concetto è lo stesso; per di più la liberalizzazione (anche quella economica) si attua sempre attraverso vicende di modificazione di discipline giuridiche” (3).

(478) N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., 441.

(479) G(uido). ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., 388.

(480) Cfr. A. CATRICALÀ, *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, in *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, cit., 287 e ss. Similmente, N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., 441 e ss.

(481) Cfr. N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., 442. E come osserva C. DE VINCENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in *ASTRID, I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, cit., 21 e ss., “è chiaro che passare da monopoli pubblici a monopoli privati non risolverebbe i problemi, semmai li aggraverebbe cambiando semplicemente i soggetti che godrebbero della rendita di monopolio e riducendo le possibilità di governo pubblico dei mercati” (31).

(482) S. FOIS, *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 2000, 1, 13 e ss., qui 27. Quella che all’A. citato piace definire come privatizzazione “reale” (26).

(483) P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all’efficienza e costi sociali*, cit., 81. Il motivo è legato a quanto abbiamo detto poco sopra nel testo, aspetto che anche l’Autrice qui menzionata sottolinea: “È vero, infatti, che pur determinando la privatizzazione sostanziale un trasferimento della proprietà dal settore pubblico a quello privato, ciò non comporta di per sé alcuna ripercussione nei confronti della concorrenza. Il mercato monopolistico, infatti, benché privatizzato, conserva tale sua

ritiene che “il trasferimento della proprietà di per sé non produce effetti quanto al regime al quale l’attività è sottoposta. Che si tratti di attività svolta in regime di mercato aperto o, invece, di attività riservata alla mano pubblica, il cambiamento del proprietario lascia le cose come stanno” <sup>(484)</sup>. Conseguentemente, sarebbe errato configurare la privatizzazione quale tappa obbligata del processo di apertura dei mercati alla concorrenza <sup>(485)</sup>.

In definitiva, su un piano per così dire *teorico*, l’unico vero interesse irrinunciabile è quello alla libera competizione delle imprese. Per il tramite dei trattati europei esso viene ad assumere “una funzione costitutiva del nostro regime economico” e, come tale, si pone ad un livello “diverso e superiore” rispetto all’interesse alla privatizzazione <sup>(486)</sup>. A conferma della diversità che intercorre tra l’uno e l’altro interesse, il fatto che sia possibile “privatizzare senza liberalizzare (ad esempio, trasferendo ai privati il controllo d’un’impresa monopolistica), e liberalizzare senza privatizzare (ad esempio, garantendo che, in un dato settore e in piena parità, competano imprese pubbliche e private)” <sup>(487)</sup>. I due fenomeni, insomma, non sembrano affatto implicarsi l’un l’altro.

Eppure, la circostanza è ben nota, nel nostro Paese privatizzazione e liberalizzazione sono andate pressoché di pari passo in tutti i settori economico-

---

connotazione a meno che non si intervenga contestualmente al fine di inserire misure correttive ad essa funzionali. Di qui l’esigenza di affiancare alla privatizzazione la liberalizzazione delle attività, affinché alla nuova composizione del capitale si affianchi l’offerta sul mercato da parte di una pluralità di imprese”. In mancanza di ciò, osserva con sagacia G(uido). Rossi, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., 389, “Le privatizzazioni possono [...] essere anticompetitive e quindi antiliberiste”, e dunque in contrasto con gli obiettivi fissati dai trattati europei.

<sup>(484)</sup> TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità del gestore dei pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni. Considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, 143 e ss., che aggiunge: “Non vi è quindi corrispondenza necessaria tra proprietà privata dell’impresa e regime di mercato dell’attività. [...] Privatizzazione non significa quindi passaggio dallo Stato al mercato”.

<sup>(485)</sup> Cfr. N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., 442: “L’interesse alla privatizzazione non può definirsi interesse pubblico, interesse protetto dalla costituzione economica del paese. Si tratta di un interesse contingente, perseguito dal potere politico (e perseguito in piena e sicura legittimità), ma non di un interesse costitutivo e permanente della nostra economia”. Anche P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all’efficienza e costi sociali*, cit., 86-87, riconosce che, effettivamente, “le scelte operate a livello comunitario sembrano [...] legittimare l’assunto che, quantomeno da un punto di vista formale, non esistano riferimenti espliciti che inducano o, addirittura, erodendo il principio di neutralità, impongano agli Stati membri di realizzare politiche di privatizzazione e che qualunque decisione in merito agli assetti proprietari delle imprese sia lasciata a questi ultimi. Sia, cioè, frutto della sola volontà politica”.

<sup>(486)</sup> Per tale ordine di considerazioni cfr., di nuovo, N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., 442.

<sup>(487)</sup> N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., 442.

produttivi di maggior rilievo, ponendo in luce l'esistenza – sul piano *pratico* – di un rapporto di intima connessione fra le due <sup>(488)</sup>.

Resta certamente valido l'insegnamento secondo cui la privatizzazione, per non risultare anticompetitiva, va accompagnata – se non proprio preceduta – dalla liberalizzazione <sup>(489)</sup>. Al tempo stesso, però, non può immaginarsi una liberalizzazione effettiva in presenza di uno Stato dirigista, che opera in ogni singolo segmento dell'economia e che assomma in sé e nelle proprie imprese prerogative di cui gli altri operatori non godono; è facile intuire, insomma, che non può esservi un reale confronto se, nel nuovo spazio concorrenziale apertosi per effetto del processo di liberalizzazione, “lo stesso proprietario detta le regole e le applica, incentiva e riceve benefici, chiede aiuti e li dispensa” <sup>(490)</sup>. Detto altrimenti, a fronte di una massiccia presenza della mano pubblica in campo economico, l'eliminazione di barriere legali che limitano l'accesso ai mercati può servire a poco: chi si affaccia su quei mercati rischia, presto o tardi, di rimanere schiacciato dal Grande Leviatano che già vi opera <sup>(491)</sup>. Chiara fin da subito, dunque, è stata la percezione che “con il mantenimento di

---

<sup>(488)</sup> Per questo rilievo, *ex multis*, A. CATRICALÀ, *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, cit., 287; P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, cit., 36; S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici*, cit., 304; F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, cit., spec. 380 e ss.; ID., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 186; P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, cit., 74 e ss., e poi ancora 134 e ss.

<sup>(489)</sup> Questa la conclusione di Guido Rossi, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., 389: “in un ordinamento economico democratico europeo l'istituto delle privatizzazioni non deve e non può essere disgiunto da quello della liberalizzazione. Se questa è l'unica cornice che deve essere rispettata dai legislatori degli Stati membri europei che procedono alle privatizzazioni è per me fin troppo evidente concludere che tutti gli scopi [...] a questo principio della liberalizzazione debbono essere postergati. La conseguenza è che attraverso le dismissioni lo Stato deve garantire sia la libera concorrenza sui mercati, sia il rispetto dei principi fondamentali del diritto societario che della libertà di concorrenza costituiscono uno dei pilastri normativi portanti”. Su quest'ultimo specifico punto, peraltro, insiste anche N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., 444, ad avviso del quale “proprio il principio costitutivo della concorrenza vuole che la società per azioni sia rispettata, per così dire, nella sua identità storica. [...] Istituto per eccellenza dello sviluppo del capitalismo, garanzia di eguaglianza dei soggetti economici, essa va lasciata al diritto comune, ponendola al riparo da degenerazioni e sviamenti”. Quanto invece alla scansione temporale dei processi di cui stiamo trattando, al pari di Guido Rossi anche P. RANCI, *Note su privatizzazione e liberalizzazione delle public utilities*, in *Econ. pubbl.*, 2003, 2, 177 e ss., ritiene che “La privatizzazione può essere organizzata meglio con riferimento a un ambiente liberalizzato, e quindi dopo che tale ambiente è stato definito” (178-179).

<sup>(490)</sup> A. CATRICALÀ, *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, cit., 289.

<sup>(491)</sup> Non va infatti dimenticato che “l'apertura «formale» del mercato non si traduce anche in una apertura «reale», in quanto gli operatori economici possono – come, pure, è accaduto – valutare troppo rischioso il confronto con l'*ex monopolista pubblico*”: così, lucidamente, A. ROMEO, *Liberalizzazione e concorrenza: per una (ulteriore) riforma dei servizi pubblici*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, II, 1503 e ss., 1520.

posizioni di *status* talmente distinte tra le imprese in competizione”, il disegno europeo “non avrebbe potuto realizzarsi nel nostro Paese” (492).

Di qui, allora, la necessità di procedere *anche* alla privatizzazione: la necessità, cioè, che lo Stato dismetta la propria ingombrante veste di imprenditore, sì da rendere maggiormente omogeneo lo spazio entro cui le imprese sono chiamate a competere tra loro (493).

In conclusione, per una concomitanza di fattori (494), nel sistema italiano e nella storia del pensiero economico in Italia l'appartenenza dell'impresa al privato è stata vista quale “condizione indispensabile” per il pieno sviluppo della concorrenza e i due fenomeni – privatizzazione e liberalizzazione – sono sempre risultati “inseparabilmente connessi” (495), accomunati dall’“obiettivo di ridimensionare l'intervento dello Stato nell'economia” (496).

A ogni buon conto, è qui importante puntualizzare che quando si discorre di privatizzazione – in senso sostanziale – di un pubblico servizio, evidentemente non si sta facendo riferimento alla remissione del carattere *pubblico* del servizio, che così “refluirebbe nell'alveo delle normali attività economiche”, bensì “all'alienazione delle imprese pubbliche erogatrici”. Invero, “il cambio di veste giuridica, e soprattutto la

---

(492) A. CATRICALÀ, *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, cit., 289.

(493) Privatizzazione che, come ben sottolinea A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, cit., 245, in un simile contesto non può essere letta come “un semplice cambiamento di proprietà”, ma che costituisce a tutti gli effetti una nuova “filosofia di governo”: “in tal senso la privatizzazione non è indice della volontà dello Stato di cessare il proprio comportamento interventista nel campo dell'economia, bensì della necessaria razionalizzazione del proprio intervento, separando il profilo operativo affidato ai privati da quello regolativo di competenza pubblica”. Riecheggiano, in queste parole, alcuni temi dai noi in parte lambiti: cfr. *supra*, Cap. I, nt. 46.

(494) In parte esterni (ad es. il modo in cui è stato strutturato il mercato unico) e in parte interni al Paese, per un'analisi dei quali rinviamo il lettore a P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, cit., 87 e ss.

(495) Questa la conclusione di A. CATRICALÀ, *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, cit., 288. Cfr. P. RANCI, *Note su privatizzazione e liberalizzazione delle public utilities*, cit., 179, secondo cui i due processi, nella loro diversità, si “rinforzano mutuamente”. Sulla complementarità tra liberalizzazione e privatizzazione nel nostro Paese si veda, altresì, A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, cit., *passim*.

(496) Così P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, cit., 134.

perdita del controllo pubblico dell'impresa di servizio pubblico non inficia la natura oggettivamente pubblica del servizio stesso" (497).

Possiamo riprendere, a questo punto, il nostro discorso sui servizi pubblici. E lo facciamo segnalando l'esistenza, in tale settore, di un processo di liberalizzazione a due velocità (498). Essa, infatti, ha in breve tempo raggiunto un'ampia estensione a livello nazionale, segnatamente per quel che riguarda il sistema dei servizi a rete. Allo stato attuale, in tale ambito non si fatica a riconoscere che, "pur con limiti e qualche ambiguità, le misure comunitarie di liberalizzazione hanno inciso in modo ormai pressoché irreversibile" (499).

Viceversa, il processo di liberalizzazione ha stentato ad imporsi in ambito locale (500), dove "molto spesso ha trovato ... interpreti timidi ed incerti" (501): da qui lo sviluppo – come è stato efficacemente notato – di un apparato pubblico "leggero al centro, pesante alla periferia" (502). Una periferia nella quale, salvo rare eccezioni, il

---

(497) Per questa importante precisazione si veda, ancora una volta, A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, cit., 248. Torna alla mente il problema della definizione di servizio pubblico, da noi affrontato all'inizio del presente paragrafo. Ebbene, in quella sede è emerso un aspetto in particolare – già in atto negli anni Sessanta del secolo scorso, quando la fondamentale opera di Pototschnig vide la luce – ossia un sempre più crescente passaggio di alcuni servizi pubblici da soggetti pubblici a soggetti privati. Questa circostanza, come si è avuto modo di vedere, ha contribuito in modo decisivo all'affermazione della ben nota teoria oggettiva della nozione di servizio pubblico. Teoria che l'imponente processo di privatizzazione degli anni Novanta, con tutta evidenza, non ha fatto che rafforzare. E oggi, infatti, non è per nulla infrequente imbattersi in affermazioni come quella di M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, cit., 264, per il quale "Con le privatizzazioni e la conseguente recessione delle strutture organizzative pubblicistiche, l'apprezzamento delle caratteristiche oggettive dei servizi [...] ha in sostanza prevalso".

(498) Cfr. M. PACIFICO, *Le "public utilities" italiane: liberalizzazioni incomplete*, in *Amministrare*, 2007, 1-2, 295 e ss., in part. 299.

(499) P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, cit., 39.

(500) "La liberalizzazione, del resto attuata gradualmente [...], non ha ancora riguardato tutti i servizi pubblici ed in particolare i servizi pubblici locali di rilevanza economica": così D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 174-175. Il punto è segnalato in modo costante dalla dottrina come elemento di forte differenziazione tra il regime giuridico dei servizi pubblici nazionali e quello dei servizi pubblici locali. Si vedano, *ex multis*, C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, II. Attività, organizzazione, servizi*, cit., 367 e ss., in part. 369 e ss.; S. AMOROSINO, *I servizi pubblici: telenovela legislativa e sciarada per i giuristi*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, cit., 389 e ss.; S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici*, cit., spec. 308 e ss.

(501) G. GAVANA, F. OSCULATI, A. ZATTI, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007, 1-2, 7 e ss., qui 11.

(502) In questi termini S. CASSESE, *Il neosocialismo municipale*, in *Il Corriere della sera*, 29 ottobre 2003. Tale constatazione – osserva A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, cit., 60 – "descrive icasticamente il punto di arrivo, certo provvisorio, della complessa opera di arretramento del potere pubblico dal settore delle attività economiche. È indubbio infatti [che] i processi di trasformazione

mercato dei servizi pubblici è rimasto ai blocchi di partenza, cioè ancora strutturato per “orti monopolistici”<sup>(503)</sup>, immuni da qualsiasi forma di concorrenza: sia da quella *nel* mercato; sia da quella *per* il mercato, attuata tramite il meccanismo delle gare pubbliche, dove “le imprese ... competono per aggiudicarsi la posizione di mercato definita dall’amministrazione che ha assunto il servizio”<sup>(504)</sup>. E se per la prima il risultato era per certi aspetti facilmente immaginabile, risultando quasi impossibile identificare un mercato rilevante, in cui dare corso a una reale competizione tra una pluralità di imprese, allorquando l’area operativa del servizio è invero assai limitata (come nel caso del territorio di un Comune)<sup>(505)</sup>; altrettanto non è a dirsi per la

---

dell’intervento pubblico statale nell’economia siano stati nella sostanza contrassegnati da una linearità di fondo che al contrario è mancata a livello locale”.

<sup>(503)</sup> Cfr. C. DE VINCENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, cit., 29.

<sup>(504)</sup> F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 13. Come noto, “il modello della concorrenza per il mercato (contendibilità del mercato) subordina l’individuazione dei servizi pubblici locali da affidare in gestione da parte degli Enti locali, alla previa verifica che le relative attività *non possano* essere svolte in regime di concorrenza e dunque si applica a quei servizi la cui erogazione deve essere affidata ad un solo gestore”: così G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., 52. Un meccanismo, quello dell’evidenza pubblica, peraltro già conosciuto dal nostro ordinamento a partire dalla normativa contabile nazionale degli anni Venti, le cui regole, tuttavia, per effetto delle norme comunitarie racchiuse nelle direttive sono state “(ri)orientate diversamente e rese funzionali in primo luogo alla concorrenza e solo secondariamente all’equilibrio contabile dell’amministrazione”: nei termini che precedono, S. FANTINI e H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2017, 20. La convivenza tra le “due anime” racchiuse nella disciplina delle gare, però, non sempre è pacifica: cfr. M. CAFAGNO e F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell’economia*, cit., 77 e ss., nonché, più diffusamente, M. CAFAGNO, *Lo stato banditore. Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*.

<sup>(505)</sup> Si veda, in proposito, la lucida analisi di F. MERUSI, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 2, 413 e ss., il quale, dopo aver ribadito che “Il modello della concorrenzialità nei servizi pubblici consiste, com’è noto, nell’individuare nel servizio pubblico un mercato rilevante; nella dissociazione fra proprietà demaniale pubblica e gestione del servizio; nell’invenzione di una concorrenza artificiale, attuata con provvedimenti amministrativi, nell’ambito della gestione, favorendo progressivamente la comparsa di più imprese in concorrenza fino a quando la concorrenza fra i gestori non divenga naturale; nell’affidare ad un soggetto neutrale, un’autorità indipendente, la regolazione con atti amministrativi (la c.d. concorrenza “artificiale”)”, osserva: “L’applicazione di queste regole ai grandi servizi pubblici nazionali ha incontrato successi ed insuccessi e ha dato finora i più disparati risultati, ma è stata comunque applicata, o è in corso di applicazione, ai servizi con riferimento ai quali era possibile identificare, prima in sede nazionale, poi in sede transnazionale comunitaria, un mercato rilevante. Il modello si è infranto nei confronti dei servizi pubblici locali per i quali risultava impossibile, o possibile soltanto in casi eccezionali, identificare un mercato rilevante nel quale introdurre una simulazione di concorrenza e, alla fine, una concorrenza *tout court*. I motivi di questo insuccesso sono vari, ma, in essenza, sono riconducibili alla frammentazione degli enti locali e alla conseguente impossibilità di identificare un mercato nell’area operativa di un servizio se questo è locale”. Pertanto, “di fronte a questo stato di cose la Comunità Europea ha rinunciato ad introdurre una simulazione di concorrenza in mercati che non risultavano rilevanti e ha ripiegato su una formula inferiore di concorrenza: *la concorrenza per il mercato*. Cioè la sottoposizione periodica a gare per la gestione dei servizi locali sul presupposto che la periodica gara per il mercato determini una efficienza nell’erogazione dei servizi”. Le difficoltà riscontrate in ambito locale sono quindi dovute, in estrema sintesi, sia alla limitatezza delle aree geografiche interessate, sia alla esiguità del valore

seconda, ideata come correttivo capace di neutralizzare e correggere proprio “gli inconvenienti che si accompagnano all’esercizio di attività economiche al riparo dalla concorrenza” <sup>(506)</sup>, ma nei fatti relegata ai margini del sistema. Perché di marginalizzazione è corretto parlare, se è vero – come è vero – che la fotografia della realtà attuale dei servizi pubblici locali restituisce un quadro dell’Italia in cui i territori comunali risultano “protetti da affidamenti e concessioni assegnati in gran parte senza gara e di durata pressoché illimitata” <sup>(507)</sup>.

Eppure la societizzazione delle gestioni dei servizi pubblici locali di inizio anni Novanta – cioè la “la tendenza a delegare a società proprie la produzione di servizi pubblici” <sup>(508)</sup> – sembrava preludere ad un radicale cambiamento di paradigma rispetto al sistema ereditato dall’esperienza precedente <sup>(509)</sup>. Con il passaggio allo strumento

---

economico dei servizi pubblici che le riguardano, come bene ci ricorda A. BARDUSCO, *Servizi locali e libertà di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 1, 27 e ss., 39, affermando che “l’assunzione di un servizio pubblico da parte di un Comune o di una Provincia corrisponde molto spesso all’esigenza di coprire un’area tecnico-economica poco remunerativa, dove non ci si può aspettare l’iniziativa degli imprenditori privati”.

<sup>(506)</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, cit., 13. Che prosegue: “Il correttivo che, oggi, viene considerato efficace per ridurre gli inconvenienti dell’assenza di concorrenza nel mercato è quello della concorrenza per il mercato. Si parla di concorrenza per il mercato quando l’ente che ha la responsabilità del servizio ne affida la gestione ad un’impresa che viene scelta mettendo in gara coloro che aspirano a gestirlo. I partecipanti alla gara “competono” per conquistare un mercato nel quale il vincitore opererà, poi, in regime di esclusiva. La concorrenza per il mercato sposta la competizione tra gli attori economici dalla sua sede normale (il mercato sul quale è offerto il servizio) alla sede nella quale si compie la scelta dell’impresa che gestirà il servizio in condizioni di monopolio. L’idea cui si ispira la concorrenza per il mercato è che questa possa essere un adeguato succedaneo della concorrenza che si svolge nel mercato, dato che l’impresa che fornirà il servizio opererà bensì in condizioni di monopolio, ma sarà priva del potere di mercato che si associa alla situazione di monopolista, giacché essa sarà vincolata a prestare servizio alle condizioni risultanti dal confronto competitivo che si è svolto tra gli aspiranti all’incarico”. In via di estrema sintesi, quindi, la concorrenza per il mercato “è concorrenza per il monopolio, è una concorrenza temporizzata che si consuma con la celebrazione della gara”: così G. COCCO, *Liberalizzazioni*, cit., 291.

<sup>(507)</sup> C. DE VINCENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, cit., 29.

<sup>(508)</sup> Così G. GAVANA, F. OSCULATI, A. ZATTI, *Il capitalismo municipale*, cit., 26. In questo senso, la societizzazione può essere vista come una esternalizzazione mediante figure soggettive di privato, dunque come una privatizzazione. Quando infatti l’attività da esternalizzare rientra tra quelle “già di per sé configurabili, all’interno dell’ente locale, come “rami d’azienda” [...] lo strumento privilegiato di esternalizzazione appare [proprio] la trasformazione in società di capitali del ramo d’azienda”. Nei termini che precedono, G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., 84, il quale poco oltre ricorda che, comunque, “neppure l’esternalizzazione tramite figure di diritto privato” è sufficiente “affinché si abbia, ipso iure, un’effettiva espulsione dell’attività dall’ambito proprio della pubblica amministrazione. In questo ordine di idee, per quanto riguarda l’esternalizzazione tramite figure soggettive si può ritenere che si abbia esternalizzazione in senso proprio solo nei casi di privatizzazione sostanziale. Solo queste ultime – a differenza delle privatizzazioni formali – in effetti comportano un’effettiva fuoriuscita delle attività dalla sfera pubblica con relativa perdita di controllo, nella specie, da parte dell’Ente locale”.

<sup>(509)</sup> Come testimoniato, ad es., da A. BARDUSCO, *Servizi locali e libertà di mercato*, cit., 32-33, all’indomani dell’entrata in vigore della l. n. 142/90, si faceva un gran discutere sul tema della “formula

della società di capitali, infatti, non si faceva soltanto un deciso passo avanti verso l'aziendalizzazione dei servizi pubblici locali, a sua volta veicolo importante di managerialità e imprenditorialità <sup>(510)</sup>. Seguendo l'onda privatizzatrice caratteristica del periodo si immaginava, altresì, di poter prima o poi realizzare la “riduzione dell'ambito delle attività economiche sottoposte al regime di riserva dei pubblici poteri e [il] relativo ampliamento dell'area del mercato e della concorrenza” <sup>(511)</sup>, sulla scorta di quanto accaduto per i servizi pubblici di rilievo nazionale. Il processo così tratteggiato si è tuttavia arrestato a metà del guado tra il “miraggio del mercato”, da una parte, e la “forza di inerzia del monopolio legale”, dall'altra <sup>(512)</sup>.

“Ampio apprezzamento della forma societaria, timida condivisione delle finalità della liberalizzazione e scarsa propensione a privatizzare ... tutto questo prevale nell'atteggiamento delle autorità locali relativamente ai servizi a rilevanza economica” <sup>(513)</sup>. Ci si è arrestati, insomma, allo stadio della privatizzazione formale.

In questo processo di privatizzazione realizzato per metà, qualcuno ha scorto il “tentativo della politica di giocare a due mani, cumulando i vantaggi della struttura

---

organizzativa” dei servizi pubblici locali. Più in dettaglio, “si discute quale sia la formula organizzativa (e solo in subordine giuridica) più idonea ad assicurare alcuni risultati di prioritario interesse. In primo luogo ci si chiede quale strutturazione organizzativa del servizio locale garantisca più delle altre l'efficienza del servizio. Efficienza significa impiego ottimale delle risorse investite nel servizio, ed in definitiva maggiore soddisfacimento delle esigenze della collettività. Secondo una visione non nuova la riduzione dell'apparato dei controlli amministrativi – anzi la loro eliminazione – sarebbe condizione prima dell'efficienza tecnica e gestionale. In secondo luogo il dibattito investe il tema della trasparenza. Ci si chiede se esista un modello organizzativo ideale nel quale la gestione si svolga in modo onesto e trasparente. Soprattutto in modo da consentire il controllo democratico e popolare delle scelte fatte dagli amministratori. Si identifica la garanzia di legalità della conduzione aziendale con la conoscibilità degli atti di gestione. In terzo luogo si è alla ricerca del modello organizzativo e giuridico che agevoli ed incentivi il reperimento dei capitali necessari a formare il patrimonio (fondo di dotazione) del servizio pubblico. Si pensa che possa esistere un servizio pubblico finanziato con capitali di rischio, anziché con mutui e d obbligazioni” *(ivi)*. Quanto al sistema ereditato dall'esperienza precedente, sopra richiamato nel testo, bastino le parole di P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, cit., 45 e ss., che ricorda come “l'esistenza di imprese, sottratte al regime della concorrenza, che operavano in regime di monopolio naturale, sia stata un elemento negativo ai fini dell'efficienza e della produttività di mercato, fortemente incrinata e dall'assunzione di forza-lavoro in quantità superiore rispetto alle reali esigenze, con conseguente sproporzione tra costi di produzione e produttività economica, e dalla negativa influenza del potere politico, incisivo nei condizionamenti, ma ininfluente nei controlli sulla rispondenza dell'attività alle dinamiche di mercato”.

<sup>(510)</sup> Cfr. di nuovo G. GAVANA, F. OSCULATI, A. ZATTI, *Il capitalismo municipale*, cit., 26.

<sup>(511)</sup> R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, cit., 259. Sugli “indici sintomatici” della sussistenza di una volontà di apertura al mercato ricavabili dalla l. n. 142/90, cfr. P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, cit., 47 e ss.

<sup>(512)</sup> Per riprendere le parole di P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, cit., 47.

<sup>(513)</sup> Perspicace osservazione che si deve, ancora una volta, a G. GAVANA, F. OSCULATI, A. ZATTI, *Il capitalismo municipale*, cit., 12.

privata e del radicamento pubblicistico”<sup>(514)</sup>. Va detto, però, che la responsabilità di quanto sin qui descritto non è tutta da addossare agli amministratori locali. Chi si domanda perché la liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici locali abbia raggiunto livelli così poco soddisfacenti, non fatica a rendersi conto del peso che hanno avuto alcune scelte del legislatore nazionale nel determinare tale insuccesso<sup>(515)</sup>. Una su tutte, quella operata con la riforma del 2003 (art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326), che, nel riproporre un sistema plurimo di forme di gestione dei servizi locali, ha “non solo rivitalizzato l’originario schema dell’affidamento diretto a società mista, ma anche introdotto *ex novo* l’affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico”<sup>(516)</sup>, stabilendo una “inopinata equiparazione” tra queste forme di gestione e il modello della concorrenza *per* il mercato; equiparazione che, “insieme ad una disciplina transitoria che ha favorito fenomeni di cristallizzazione delle situazione preesistenti, ha sostanzialmente reso possibile l’azzeramento di ogni prospettiva di liberalizzazione del settore”<sup>(517)</sup>. Il tutto

---

<sup>(514)</sup> G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, cit., 148, che aggiunge: “In tal senso il modello ideale (per massimizzare la libertà d’azione della politica) è quello che consente: 1) l’affidamento diretto del servizio da parte dell’ente pubblico; 2) l’esclusività nella gestione di determinare attività; 3) esoneri fiscali o destinazioni speciali di entrate parafiscali in funzione degli scopi pubblicistici perseguiti; 4) ampia immunità dal diritto comunitario che impone regole di gara; 5) immunità da controlli di tipo pubblicistico e da responsabilità contabile; 6) immunità al regime della responsabilità penale degli amministratori pubblici”.

<sup>(515)</sup> Le cui scelte peraltro, è il caso di ricordarlo, sono anche andate incontro a censure di illegittimità costituzionale. Cfr. *supra*, nt. 187, ove il riferimento al noto caso deciso dalla Consulta con la sentenza n. 199/2012, a seguito del c.d. referendum sull’acqua. Non meno importanti per la materia, tuttavia, sono le pronunce della Corte costituzionale degli anni precedenti, in particolare quelli risalenti al periodo 2008-2011, per una disamina delle quali rinviemo il lettore ad A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell’economia*, nonché Id., *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell’economia*, ora entrambi in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell’economia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, rispettivamente 153 e ss. e 171 e ss.

<sup>(516)</sup> P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, cit., 95.

<sup>(517)</sup> F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 231. Il quale fa una importante “puntualizzazione al riguardo”, che perciò riportiamo di seguito. “Non è che fosse impedito dal diritto comunitario al Comune di provvedere direttamente e con i propri mezzi alla gestione di un servizio di contenuto economico. L’ordinamento comunitario [...] prende in dovuta considerazione gli interessi pubblici che connotano questi segmenti di mercato e lascia agli enti locali ed al diritto nazionale di scegliere tra forme di gestione pubblica diretta e forme imperniate su processi di privatizzazione e liberalizzazione. Anche [...] la Corte di giustizia ha ribadito che gli enti locali hanno una potestà di autorganizzazione contrattuale per la gestione in proprio di servizi pubblici, dal momento che il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico”. Rimane comunque il fatto, conclude l’A., che “in contingenze economiche come quelle che contraddistinguevano il nostro Paese, era probabilmente opportuno [...] aprire spazi effettivi alla liberalizzazione di questo settore. Pertanto, è comprensibile la critica verso il legislatore, che, proponendo la predetta equiparazione, ha reso possibile una vera e propria “fuga dalla concorrenza”” (232).

in frontale contraddizione con quanto stabilito, appena due anni prima, dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, che già aveva ridisegnato l'assetto delle *utilities* locali, allora nel senso di una decisa apertura alla concorrenza <sup>(518)</sup>. Ciò è valso all'intervento legislativo datato 2003 il titolo di vera e propria "controriforma" <sup>(519)</sup>.

Ad avviso di una parte autorevole della dottrina, poi, il punto in assoluto più censurabile riguarderebbe proprio la vicenda del summenzionato *in house providing*, vale a dire il ben noto istituto di diritto pretorio – plasmato a livello europeo sulla scorta del caso *Teckal* <sup>(520)</sup> – in base al quale, "allorquando manchi una sostanziale terzietà tra persona giuridica societaria dominata da un ente pubblico, ed ente stesso (ovvero pluralità di enti, esercitanti una dominanza congiunta), non può imporsi la messa in gara del servizio o dell'appalto, in quanto la gara presuppone un mercato, ossia l'obiettivo di raggiungere un accordo economico tra soggetti distinti" <sup>(521)</sup>.

---

<sup>(518)</sup> Cfr. P. ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, cit., 69: "La *ratio* ispiratrice della riforma del 2001 era costituita dall'auspicato superamento del sistema monopolistico degli affidamenti diretti alle società miste nell'ottica di un'apertura dei servizi locali quantomeno alla concorrenza "per il mercato", il cui asse portante era rappresentato dall'obbligatoria selezione dei gestori – nell'unica forma prevista della società di capitali – mediante procedure ad evidenza pubblica, cui si affiancava la previsione di una serie di misure asimmetriche di riequilibrio del mercato, volte, almeno negli intenti dichiarati, ad una effettiva spinta verso la liberalizzazione, unitamente alla privatizzazione del settore. Siffatta esigenza muoveva da due differenti esigenze: da un lato, favorire una più proficua allocazione delle risorse, e dall'altro lato consentire un riequilibrio nelle relazioni tra amministrazioni e imprese pubbliche e consumatori-utenti". In definitiva, la riforma del 2001 aveva, quindi, "l'indubbio merito di fondare la disciplina dei servizi pubblici locali sul principio della tutela della concorrenza, imponendo, al contempo, un riposizionamento ai poteri locali, chiamati ad assolvere non più al ruolo di gestore del servizio, bensì di autorità di regolazione, indirizzo e vigilanza".

<sup>(519)</sup> Cfr. A. BOITANI, *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese. Politiche, opere, servizi pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2005, 197 e ss.

<sup>(520)</sup> Corte Giust. CE, Sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1, 77.

<sup>(521)</sup> F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, 245 e ss., qui 247-248. Va detto, a onor del vero, che la l'istituto in parola ha trovato menzione per la prima volta nel Libro bianco sugli appalti datato 11 marzo 1998, in cui la Commissione europea ha utilizzato la locuzione "appalto *in house*" per riferirsi quegli appalti "aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata" (cfr. *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, Comunicazione della Commissione COM/1998/143, in *osservatorioappalti.unim.it*). A partire da tale generico riferimento, la Corte di Giustizia, in occasione della citata sentenza *Teckal*, ha operato un più puntuale riconoscimento dell'istituto richiedendo, per la sua operatività, la necessaria compresenza di due requisiti. I giudici comunitari, difatti, hanno affermato che, nel caso in cui il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, non vi è obbligo di gara "nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano". L'*in house providing*, dunque, "tende a considerare unitariamente soggetto controllante e soggetto controllato, superando il

Volendo sintetizzare, come purtroppo il nostro discorso ci impone di fare, l'*in house* può perciò essere descritto come un "istituto collocato al di là del confine che segna il territorio della concorrenza, in quanto modello che giustifica affidamenti diretti di compiti disattivando la logica della competizione e del mercato" <sup>(522)</sup>.

A tale riguardo, con vena fortemente critica, è stato fatto notare che, "recependo in norma di legge una decisione della Corte di giustizia riferibile ad una fattispecie peculiare e perciò non assumibile a paradigma [...], si è visibilmente compromesso il giusto equilibrio degli interessi in gioco. Con questo atipico affidamento diretto (ad una società di veste privata, ma costituente articolazione dell'ente pubblico), l'ente locale mantiene sì il potere di gestione, ma lo esercita in forme tali da non assumere la responsabilità politica che dovrebbe conseguirne e da eludere troppo spesso quei vincoli di attuazione dell'imparzialità e del buon andamento che presidiano l'azione

---

velo della personalità giuridica di quest'ultimo e pervenendo alla conclusione che in taluni casi di stretta correlazione tra i due soggetti non si può parlare di contratto vero e proprio, che viceversa presuppone l'autonomia – non solo formale, ma anche decisionale – dei contraenti": così G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1, 61 e ss., 68.

<sup>(522)</sup> F. FRACCHIA, "In house providing", *codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2012, 2, 243 e ss., qui 244. In epoca successiva alla sentenza *Teckal*, la Corte di Giustizia è a più riprese tornata ad occuparsi dell'*in house*, sia specificando ulteriormente il contorno dei requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente; sia, ad un certo punto, aggiungendone un terzo, identificato nella natura esclusivamente pubblica dei soggetti che possiedono il capitale della persona giuridica controllata, beneficiaria dell'affidamento diretto. Dal canto suo, la giurisprudenza nostrana non è certo rimasta a guardare, cercando anzi di stare al passo con gli orientamenti (a tratti per vero oscillanti) del giudice europeo. Il rilievo pratico e teorico del tema è così cresciuto in modo esponenziale, tanto che i contributi dottrinali sui rapporti *in house*, divenuti col passare del tempo sempre più numerosi e costanti, ormai non si contano più. Ci limitiamo a segnalare, pertanto, le principali opere monografiche, alle quali rinviamo il lettore per tutti i necessari approfondimenti sull'argomento. Così, in ordine dal meno recente al più recente, abbiamo (oltre ai già menzionati C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, cit., *passim*; S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, cit., *passim*; R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, cit., *passim*; E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, cit., *passim*): D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli, 2003, *passim*; S. FERRANDO, *L'in house providing nel diritto comunitario degli appalti e delle concessioni*, Forum, Udine, 2007, *passim*; G. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, *passim*; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim*; S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2009, *passim*; I. RIZZO, *L'affidamento in house. Un istituto a cavallo tra il pubblico e il privato*, Dike, Roma, 2009, *passim*; P. PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, Giuffrè, 2016, *passim*; E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, *passim*.

amministrativa”<sup>(523)</sup>, tra cui anche i c.d. patti di stabilità e le regole della contabilità pubblica<sup>(524)</sup>. Così, nel nostro Paese, “le pubbliche amministrazioni, incentivate dallo stesso legislatore, hanno cercato a tutti i costi, negli ultimi venti anni, di creare e poi mantenere la «sacca» del privilegio derivante dall’affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza”<sup>(525)</sup>.

La liberalizzazione, in definitiva, non è riuscita a permeare il settore dei servizi pubblici locali, che invece è rimasto saldamente nelle mani degli enti territoriali di riferimento e delle loro società. Negli anni successivi al 2003 non sono mancati nuovi interventi del nostro (altalenante) legislatore, finalizzati ad impedire che potesse perpetuarsi una condizione di inadeguata apertura al mercato di questo settore<sup>(526)</sup>.

---

<sup>(523)</sup> F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 232. Ma il giudizio negativo è condiviso da larga parte della letteratura. Secondo G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, cit., 1011, la scelta di evocare “la società organo «alla comunitaria»” (così l’A. chiama la società *in house*) nella legislazione nazionale dei servizi pubblici locali rappresenta “un’ingegnosa soluzione diretta ad eludere i vincoli di gara nella scelta del soggetto incaricato non di fornire servizi all’amministrazione, come previsto dalle norme e dalla sentenze europee [...] ma di gestire il servizio pubblico locale: si consente la continuazione degli affidamenti diretti in favore delle aziende ex municipalizzate, sebbene trasformate in società per azioni”. Anche E.M. MARENGHI, *Affidamento di servizi pubblici senza gara tra interesse comune e cooperazione*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, cit., II, 1297 e ss., 1299, rimarca il fatto che “l’utilizzazione del sistema di affidamento diretto è, spesso, visto in una logica strumentale, collegato più dall’elusione del rigore delle regole che ad esigenze obiettive”.

<sup>(524)</sup> “Questo processo ha avuto l’effetto di trasformare un modello di gestione, quello societario, da strumento di *aziendalizzazione* in strumento di *protezione* e nei casi peggiori di *escamotage* per eludere i c.d. patti di stabilità e le regole di contabilità pubblica”: così F. FIMMANÒ, *L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività*, in Id. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 13 e ss., qui 31. Ancora più diretto, nel formulare le proprie critiche, E. MICETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Giuffrè, Milano, 2011, 130 e ss.: “l’idea molto spesso [...] è che attraverso una gestione diretta si possano indirizzare le assunzioni, non solo del personale dipendenti, ma soprattutto si possano affidare incarichi nei vari consigli di amministrazione o consulenze a professionisti appartenenti direttamente o indirettamente ad una determinata classe dirigente politico-economico-sociale”.

<sup>(525)</sup> F. FIMMANÒ, *L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività*, cit., 31.

<sup>(526)</sup> “Dirompente” è stato definito l’intervento messo in atto dal legislatore con l’art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. con l. 6 agosto 2008, n. 133), recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, attraverso il quale è stata compiuta “la scelta univoca, che era mancata, a favore della concorrenza per il mercato quale forma ordinaria (e principale) di affidamento dei servizi pubblici” e, allo stesso tempo, si è appalesata in modo nitido “la volontà legislativa di fortemente limitare gli affidamenti diretti *in house*”: così F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 240 e ss., il quale evidenzia, altresì, la presenza di “una *ratio legis* che, andando persino oltre l’ordinamento comunitario, intende chiudere l’esperienza degli affidamenti diretti alle società pubbliche ed aprire alla privatizzazione del gestore dei servizi locali” (245). Il nuovo sistema delineato dal legislatore, in cui la gestione *in house* si configurava “quale ipotesi tassativa e, dunque, eccezionale che circoscrive[va] l’autonomia degli enti in ordine alla scelta tra mercato e autoproduzione” – cfr. A. ROMEO,

Per ragioni di tempo e di spazio, tuttavia, non è possibile in questa sede darne compiuta documentazione. Ci limitiamo a segnalare che “la rapida sequenza delle modifiche legislative ha impedito di fatto che alcuna potesse effettivamente attecchire”, e che, pertanto, “nel continuo posticipo si allontana il miraggio della liberalizzazione sempre traguadata dalla disciplina positiva e mai raggiunta nella sua applicazione”<sup>(527)</sup>. Ci limitiamo a tali fugaci notazioni per potere invece dedicare la nostra attenzione – avviandoci con ciò alla conclusione del presente paragrafo – alle più volte richiamate società pubbliche deputate alla gestione dei servizi pubblici locali (miste o *in house* che siano, o anche di altro genere).

Come emerso in modo piuttosto chiaro, “anziché privatizzare sul piano sostanziale il soggetto erogatore del servizio, si è seguita la strada di una curiosa privatizzazione solo formale, nella quale il Comune ha giustificato l’affidamento diretto perché era egli stesso che dominava la società affidataria, con buona pace della concorrenza”<sup>(528)</sup>.

A fronte di un quadro simile, pur essendo incontestabile che nella maggior parte dei casi una apertura alla concorrenza e al mercato concretamente non vi è stata, ci si

---

*Liberalizzazione e concorrenza: per una (ulteriore) riforma dei servizi pubblici*, cit., 1514 –, si è poi sgretolato in seguito alla consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011. Egli non si è però arreso, ed anzi è subito corso ai ripari operando, con l’art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. con l. 14 settembre 2011, n. 148), un sostanziale ripristino della disciplina venuta meno per effetto dell’espressione della volontà popolare. Disciplina sulla quale si è abbattuta la più volte richiamata sentenza Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199. Osserva T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall’“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*, in *Munus*, 2012, 2, 417 e ss., 433: “*Rebus sic stantibus*, [...] all’abrogazione della disciplina dettata dall’art. 4 fa da *pendant* una sorta di riespansione dei margini di autonomia degli enti locali nel governo dei servizi [...]. Il quadro che emerge sembra così caratterizzarsi, a tutt’oggi, per la coesistenza di due “spinte” confliggenti che amplificano l’instabilità del sistema: una diretta a riallocare verso altre sedi e livelli decisionali una serie di compiti relativi all’organizzazione dei servizi, un’altra che – per effetto degli esiti referendari e, ora, del giudicato costituzionale – si traduce, se non in un implicito rafforzamento, quanto meno in una rinnovata dilatazione degli spazi tradizionalmente riconosciuti all’autonomia locale”. Insomma, il panorama normativo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 190/2012 vede la riaffermazione delle “regole concorrenziali minime comunitarie” in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, i quali “possono essere gestiti indifferentemente mediante il mercato [...], ovvero optando per l’affidamento diretto (senza previa gara) a uno strumento operativo dell’Ente”: così Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 7 aprile 2015, n. 490, in *Foro amm.*, 2015, 4, 1179 e ss.

<sup>(527)</sup> Così, lucidamente, G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., 89.

<sup>(528)</sup> F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 236. Come s’intuisce, il giudizio dell’A. sull’opzione in discorso non è affatto tenero: “Da qui, si è verificato l’esatto opposto della privatizzazione. Vale a dire che, anziché ridursi la sfera dell’intervento pubblico nell’economia, lo spazio d’azione di queste società è cresciuto e si è via via esteso ad altri settori economici. Ecco allora il fenomeno, tanto criticato, del socialismo municipale, del Comune imprenditore, dello statalismo che si manifesta in forme imprevedibili ma non per questo meno perniciose”. Analogamente, severo è il tono degli interventi raccolti nel volume di C. MALINCONICO (a cura di), *Come superare il socialismo municipale. Dalle municipalizzate al libero mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016, *passim*.

potrebbe consolare credendo al fatto che, attraverso l'adozione dello strumento societario da parte delle amministrazioni locali, siano perlomeno aumentate l'efficienza, l'efficacia e l'economicità rispetto alle precedenti forme di gestione dei servizi. Questo, infatti, è – o almeno dovrebbe essere – il senso della *curiosa privatizzazione solo formale*: non una anticamera della privatizzazione sostanziale, ma un modello retto da una propria logica e pensato per consolidarsi nel tempo <sup>(529)</sup>. In questo caso, quindi, “il passaggio evocato dalla privatizzazione si realizza ... tutto all'interno alla sfera dell'amministrazione ed è legato a proprie esigenze di buon andamento” <sup>(530)</sup>, ovvero, quando si tratta di servizi pubblici, di “ridefinizione dell'organizzazione in funzione del conseguimento dell'efficienza nell'erogazione” <sup>(531)</sup>.

Più in dettaglio, la privatizzazione formale risponde all'esigenza, costantemente avvertita, di assicurare una adeguata “distanza” tra l'amministrazione locale e le strutture di gestione dei servizi pubblici. E come è stato acutamente osservato, “con il ricorso allo strumento della società commerciale, pur in mano pubblica, questo bisogno di distanza trova la sua massima espressione, almeno in termini di modello astratto e di logica della scelta. La novità, anche rispetto ad altre forme di differenziazione soggettiva del gestore dall'amministrazione (e, segnatamente, del modello dell'ente pubblico), si rinviene in una più chiara canalizzazione dei rapporti

---

<sup>(529)</sup> Osserva in proposito S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici*, cit., 302: “In alcuni casi [...] la trasformazione di enti pubblici in società per azioni è stata congegnata nel quadro di un progetto di dismissione della partecipazione pubblica, come è avvenuto per molte società di gestione di servizi pubblici nazionali. In altri casi invece essa ha corrisposto a un modello organizzativo pensato per stabilizzarsi: nel contesto di una generale disciplina che ha imposto di ridefinire certi modelli di proprietà o gestione pubblica delle imprese, il tentativo di potenziare l'efficienza ha portato a optare per un'organizzazione dell'attività economica pubblica in forma societaria. Ne è una conclamata manifestazione l'approdo della interminabile parabola di trasformazione dell'art. 113 TUEL, prima della sua parziale abrogazione, che prima ha consentito, poi riservato la gestione di servizi pubblici locali di natura economica a società di capitali”. Da qui, tra l'altro, la conclusione: “Evidentemente, le logiche che guidano i processi di privatizzazione, formale e sostanziale, divergono” (303).

<sup>(530)</sup> S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici*, cit., 302.

<sup>(531)</sup> P. PIRAS, *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, cit., 150. Poco oltre, tirando le fila della propria indagine, l'A. aggiunge: “la trasformazione della forma risponde all'esigenza dell'adozione di un nuovo modello organizzativo, mutuato dal privato, che sia teso non solo alle attività di prestazione ed erogazione, ma anche all'efficienza, all'efficacia e all'economicità: ossia al risultato”.

entro regole che limitano e tipizzano lo spazio di ingerenza dell'amministrazione"<sup>(532)</sup>.

Se tali sono – o dovrebbero essere – le potenzialità insite nel processo di privatizzazione formale, occorre domandarsi se le stesse siano state sfruttate appieno dalle amministrazioni locali che hanno deciso di procedere alla societizzazione dei servizi pubblici di propria competenza. Purtroppo, però, per la maggior parte di casi la risposta da dare è negativa.

In disparte quel che già abbiamo detto con riguardo all'operato del legislatore nazionale – che si è “distinto” non solo per aver varato provvedimenti ispirati da principi vettoriali contrastanti a breve distanza di tempo gli uni dagli altri, come avvenuto nel caso dei servizi pubblici locali, ma anche per essere intervenuto pesantemente sulla configurazione del modello societario, dallo stesso “progressivamente modificato con l'inserimento di elementi squisitamente pubblicistici”<sup>(533)</sup> –, per quanto riguarda la pubblica amministrazione ad avere peso decisivo è stato soprattutto un problema “culturale”, rappresentato da “una enorme difficoltà ad accettare la mancanza, in capo all'ente pubblico socio, di poteri di stampo pubblicistico (o comunque “gerarchico”) che gli consentano di condizionare pesantemente la gestione della società (invece di limitarsi a scegliere e controllare i gestori)”<sup>(534)</sup>. Non ce ne voglia il lettore, ma proseguiamo nella citazione: “La sensazione, insomma, è che talvolta lo strumento societario venga scelto per la gestione di servizi pubblici, o per l'esercizio di altre attività di interesse pubblico, senza la consapevolezza dei presupposti e delle implicazioni di tale scelta, solo perché è *di moda* o perché consente di ... moltiplicare le poltrone”<sup>(535)</sup>.

---

<sup>(532)</sup> Così, ancora, S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici*, cit., 303. Proseguendo lungo la linea del confronto con l'ente pubblico economico, l'A. sottolinea che “La strumentalità che connota il rapporto con l'ente pubblico economico si traduce nella confusione tra gli interessi propri dell'amministrazione e quelli proprie dell'ente, con il rischio di generare anche una confusione tra le rispettive responsabilità”. Viceversa, alla confusione “si sostituisce, nelle società in mano pubblica, la compresenza di più centri di interessi contigui ma non coincidenti. L'interesse pubblico coesiste con l'interesse al profitto, da intendersi in un senso specifico: come interesse alla massima efficienza, nel compimento delle attività necessarie per soddisfare fini ultimi eterodeterminati che non sono nella sua disponibilità e che rappresentano il parametro di misurazione della bontà della gestione, in una dimensione imprenditoriale difesa dall'applicazione delle regole societari”.

<sup>(533)</sup> M. CAMMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 57.

<sup>(534)</sup> Si tratta delle parole di C. IBBA, *Servizi pubblici e diritto societario*, cit., 181.

<sup>(535)</sup> C. IBBA, *Servizi pubblici e diritto societario*, cit., 181. Rammenta L. BARRA CARACCILO, *Società a partecipazione pubblica e correlazioni con le dinamiche del bilancio pubblico*, in *giustamm.it*,

Ciò che di frequente ne deriva è una accentuata “confusione di ruoli e una conduzione tutt’altro che in linea con le regole del diritto societario e con in i principi di una corretta gestione imprenditoriale” <sup>(536)</sup>, le quali, poi, hanno l’ulteriore e disastroso effetto di dare vita ad “un’area incontrollata di spesa pubblica” <sup>(537)</sup>.

Decisamente calzante risulta essere, allora, la metafora coniata da chi ha parlato, a proposito di tali vicende, di una “onda privatizzatrice” che “è montata sino al culmine per poi essere assorbita dalla risacca pubblicistica”, risacca pubblicistica “che ha fatto delle società le nuove aziende municipalizzate” <sup>(538)</sup>.

Invero, “a fronte delle finalità conclamate, il terreno realmente battuto” è stato, nei fatti, “quello volutamente ambiguo di una (neppur troppo) velata alterazione in senso pubblicistico del modulo societario doppiata dalla ferma volontà di evitare *a priori*, non solo il confronto concorrenziale ... ma anche l’avvio di una effettiva autonomia e responsabilità delle gestione” <sup>(539)</sup>.

---

n. 11/2011, 5-6, che “su tutto il fronte del fenomeno, le *nomine* sono una delle più immediate occasioni di accordi illeciti e di distorsione gestionale, nonché, di per sé, dell’attribuzione, comunque, di compensi ingiustificabili che contribuiscono (sia pure indirettamente) ad appesantire la spesa pubblica. Conquistare la posizione di amministratore è, a seconda della situazione, ambito da politici non collocati in posizioni di titolarità elettiva o non soddisfatti della posizione ottenuta, ovvero da “esponenti” delle imprese cui è rivolta la spesa pubblica gestita da tali società, e ciò per l’inconfessata finalità di acquisire la concreta possibilità di condizionare l’esito di appalti, in un gigantesco “risiko”, in cui il pubblico “decidente”, dal livello statale a quello locale, gestisce un potere sottratto a controlli, sui propri atti”. Parimenti negativo è il giudizio di M. CAFAGNO e F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell’economia*, cit., 73-74, i quali, con specifico riferimento all’inserimento della società mista nel novero delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, prevista dalla l. n. 142/90, osservano che “tale felice intuizione” ha però incontrato “diversi ostacoli”, tra cui “l’impreparazione degli enti territoriali a gestire una società commerciale” e “la volontà di utilizzare le società a fini clientelari per la maggiore facilità di assunzioni”.

<sup>(536)</sup> A parlare è ancora C. IBBA, *Servizi pubblici e diritto societario*, cit., 181.

<sup>(537)</sup> L. BARRA CARACCILO, *Società a partecipazione pubblica e correlazioni con le dinamiche del bilancio pubblico*, cit., 5. Il tutto puntualmente certificato dalle relazioni sugli organismi partecipati dagli enti territoriali pubblicate con cadenza annuale dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, consultabili in *corteconti.it*.

<sup>(538)</sup> Facciamo riferimento, ovviamente, a M. DUGATO, *Introduzione. La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, cit., *passim*, e ID., *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l’irresistibile forza dell’ente pubblico*, cit., *passim*.

<sup>(539)</sup> Così, di nuovo, M. CAMMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 58-59.

## 5. Brevi considerazioni di sintesi. Le società pubbliche e la persistente attualità della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato

All'esito di questo nostro lungo *excursus*, possiamo dire di avere effettivamente riscontrato la presenza di nuove "polarità" che si aggiungono al quadro delle società pubbliche, complicandolo ulteriormente. Alla prima e più "tradizionale" polarità (nota fin dai tempi del dibattito sull'"anonima di Stato") tra pubblico e privato, si aggiunge quella (più recente) tra favore e disfavore, legata essenzialmente ad una vicenda la cui traiettoria va dall'*uso* all'*abuso* del modello organizzativo societario <sup>(540)</sup>.

Questa seconda polarità – estrinsecatasi in una disciplina "segnata, almeno negli ultimi anni, da un crescente disvalore circa la possibilità per gli enti di gemmare società pubbliche o, per le società costituite, di agire liberamente sul mercato" <sup>(541)</sup> – è ormai molto in voga e rischia di offuscare gli occhi dell'interprete che voglia concentrarsi sulla prima, la quale ci sembra, ancora oggi, la più gravida di conseguenze giuridiche, tanto per il presente quanto per il futuro.

Allora, concludiamo riportando il seguente passo di un autorevole "operatore" <sup>(542)</sup> – nel senso più alto e nobile del termine – risalente al 2005, quando i tratti della dicotomia favore/disfavore non si erano ancora stagliati sulla linea dell'orizzonte delle società pubbliche.

"Le società pubbliche ... costituiscono un vero territorio di confine: una sorta di *no man's land*, in cui si avventurano con una certa cautela e con qualche preoccupazione quegli operatori del diritto (tra i quali io stesso) che talvolta amano definirsi un po' pomposamente giuristi. Territorio dai contorni incerti e male illuminati, a cavallo tra diritto privato (commerciale) e diritto pubblico (amministrativo), nel quale nessuno si sente mai del tutto a casa propria e nel quale rischia di rimanere frustrata la naturale aspirazione del giurista a muoversi in un mondo di concetti ben delineati, cui corrispondano definizioni verbali il più possibile nette ed inequivoche e che si prestino a classificazioni ben ordinate".

---

<sup>(540)</sup> Sulla quale si veda, da ultimo e per tutti, A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, cit., 252 e ss.

<sup>(541)</sup> Così, con efficace sintesi, F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, cit., 375.

<sup>(542)</sup> R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Soc.*, 2005, 4, 423. Passo che, non ce ne voglia il lettore, riportiamo (quasi) per intero.

“Ma – bisogna ben dirlo – questo mondo ideale, che talvolta il giurista nostalgicamente sogna nel suo studio tappezzato di pandette, si va facendo sempre più lontano dalla realtà. Vi si contrappone l’opposta tendenza del legislatore, persino frenetica in certi momenti ed in determinati settori, ad allentare o talvolta semplicemente ad ignorare la rigidità dei concetti e la sistematicità delle tradizionali costruzioni giuridiche in favore di modelli normativi tutti improntati a duttilità e pragmatismo. Una realtà nella quale – per adoperare una metafora divenuta ricorrente in occasione della recente riforma del diritto societario – le abituali tipologie giuridiche vengono adoperate non più come se fossero abiti di taglia predeterminata, in cui cercare di far stare a forza la mutevole realtà degli interessi sottostanti, bensì come abiti su misura, che ciascuno possa adattare di volta in volta alle proprie esigenze, in una logica ispirata a favorire il dinamismo imprenditoriale e a ridurre il più possibile ogni forma d’impaccio formale che rischi di contenerne la spinta propulsiva”.

“Occorre, dunque, che il povero giurista si acconci a questo mutato clima e che, fattosi coraggio, si decida ad avventurarsi più spesso in terre ancora un po’ misteriose, quale è appunto quella delle società pubbliche”.

Ebbene, se è vero che in riferimento alle società pubbliche si è parlato di un “vero e proprio arcipelago senza criteri unificanti”<sup>(543)</sup>, entro cui l’interprete si trova fatalmente disorientato<sup>(544)</sup>, è giunto il momento di porre mente al *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, sì da verificare cosa quest’ultimo abbia da dire sulla dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, declinata in questo particolare settore<sup>(545)</sup>.

---

<sup>(543)</sup> G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, cit., 243.

<sup>(544)</sup> Come rimarcato da C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, cit.

<sup>(545)</sup> Questione, lo ribadiamo, di particolare (e persistente) attualità, non solo secondo noi. Emblematiche, a tal proposito, le parole di F. CINTIOLI e F. MASSA FELSANI, *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione. Una riflessione di apertura*, in F. CINTIOLI e F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell’Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, 1: “A chi avesse chiesto, sino agli anni ’90, delucidazioni sulle differenze tra ciò che fosse una società di capitali e un ente pubblico, il giurista avrebbe risposto con sicurezza, spiegando che la prima è persona giuridica privata, attratta nel fenomeno dell’impresa e assorbita in una disciplina *ad hoc* apprestata dal codice civile, mentre la seconda è amministrazione pubblica, sottoposta al regime pubblicistico «speciale» che il diritto amministrativo appresta, appunto, alle persone giuridiche pubbliche. Persino i fenomeni di confine, come l’impresa pubblica e, segnatamente, l’impresa pubblica gestita in forma societaria, non destavano grandi preoccupazioni di classificazione: [...] quando avessimo avuto davanti una società, nessuno avrebbe dubitato che quelle spartiacque tra diritto privato e pubblico avrebbe mantenuto la sua solidità. Alla società il diritto privato; all’ente pubblico il diritto

## Capitolo Terzo

### Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Brevi cenni alle vicende che hanno interessato il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica dopo la sua entrata in vigore. Dalla sentenza Corte Costituzionale, 25 novembre 2016, n. 251 al decreto “correttivo”, d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 – 3. I criteri di delega fissati dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, c.d. legge Madia – 4. Uno sguardo d’insieme sul Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – 5. Le norme di sistema contenute nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – 5.1 [segue] I tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3, co. 1, TUSPP) e l’applicazione alle società a partecipazione pubblica delle norme di diritto societario contenute nel codice civile e delle norme generali del diritto privato (art. 1, co. 3, TUSPP) – 6. La riconduzione delle società a partecipazione allo schema societario privatistico tipizzato dal Codice civile. La clausola ermeneutica generale che chiude il cerchio e traccia la rotta da seguire da qui in avanti

#### 1. Premessa

Prima di procedere con l’inquadramento e, in seconda battuta, con l’esame analitico del fondamentale atto normativo cui è dedicato il presente capitolo, vorremmo sintetizzare il percorso sin qui effettuato.

Nel primo capitolo abbiamo avuto modo di constatare, in termini generali, come fra i tratti salienti dell’enigmatico quadro del presente vi siano il “continuo riposizionarsi del confine tra ciò che è pubblico e ciò che non lo è”; nonché una “serie sempre più ampia di intrecci tra istituti comuni e discipline speciali, con valenze che ora possono assumere carattere privatistico ora pubblicistico” <sup>(546)</sup>.

---

amministrativo. Che oggi non sia più così, e ormai da più di un paio di decenni, è un fatto acquisito. Interi segmenti del regime di diritto amministrativo si estendono alle società a partecipazione pubblica. E persino si inizia a dubitare che alcuni cruciali frammenti del regime privatistico dell’impresa societaria [...] possano applicarsi alle società pubbliche, o almeno ad alcune tra esse”.

<sup>(546)</sup> In questi termini B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini* XXV, 1996, 683 ss., in part. 707 ss., che aggiunge: “Il confine fra Stato e società appare quanto mai

Nel secondo capitolo abbiamo poi osservato la declinazione di questi tratti con specifico riguardo alle società a partecipazione pubblica, evidenziando come nel nostro ordinamento la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato costituisca una costante nella tensione evolutiva del fenomeno. La cosa non deve stupire. Ancora oggi, infatti, per la cultura giuridica continentale quella dicotomia rappresenta una imprescindibile chiave di lettura della realtà <sup>(547)</sup>. Una “grande bussola” della quale non si può fare a meno, tanto che, “appena le lancette iniziano a muoversi, subito il giurista si allarma; ipotizza cataclismi o, in ogni caso, tempeste magnetiche che rischiano di sovvertire la sua *forma mentis*” <sup>(548)</sup>.

Calando la felice immagine della bussola nel caotico mondo delle nostre società, nel presente capitolo ci proponiamo di verificare quale sia la direzione in cui è orientata la disciplina, di recentissimo conio, dettata dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* <sup>(549)</sup>.

---

mobile ed incerto, alternando dissoluzioni ampie e devastanti ad improvvisi rigurgiti statualistici. Se tutto questo non ha restituito l’indistinzione tra pubblico e privato dell’antico regime [...] ha tuttavia reso notevolmente contraddittoria ed ondivaga la declinazione del pubblico”.

<sup>(547)</sup> Cfr., da ultimo, l’interessante lavoro monografico di I. PUPOLIZIO, *Pubblico e privato. Teoria e storia di una grande dicotomia*, cit., *passim*, nelle cui battute introduttive si legge: “Nella storia del pensiero giuridico, alla distinzione tra pubblico e privato è toccato in sorte un singolare destino: quello di essere una delle classificazioni più note e universalmente diffuse intorno al fenomeno giuridico, e allo stesso tempo una delle più criticate. Sin da quando è assurta al ruolo di «grande dicotomia» del pensiero giuridico, da Marx a Kelsen, dal realismo giuridico statunitense fino ai più recenti studi sul diritto globale, questa distinzione ha ricevuto accuse severe, taglienti e argomentate: di volta in volta è stata definita falsa, ideologica, semplicistica, banale, imprecisa, contraddittoria, ovvero tutte queste cose insieme. La distinzione continua tuttavia a essere utilizzata dai legislatori, dai giudici, dalla dottrina, e ogni volta come l’araba fenice risorge dalle proprie ceneri, per riproporsi all’attenzione di giuristi, filosofi, storici e sociologi del diritto” (IX), i quali tornano ciclicamente a interrogarsi su di essa. Rendendo così giustizia a chi, come F. GALASSO, *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, Milano, Giuffrè, 1943, I, 53 e ss., a metà del secolo scorso richiamava l’attenzione sul “problema scientifico della più importante partizione del diritto”.

<sup>(548)</sup> Così B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, cit., 194.

<sup>(549)</sup> D’ora in poi anche solo “TUSPP”.

**2. Brevi cenni alle vicende che hanno interessato il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica dopo la sua entrata in vigore. Dalla sentenza Corte Costituzionale, 25 novembre 2016, n. 251 al decreto “correttivo”, d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100**

Il T.U. in tema di società a partecipazione pubblica si inserisce nel solco di un ampio progetto di riforma della pubblica amministrazione, avviato con la l. 7 agosto 2015, n. 124, recante *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione della amministrazioni pubbliche*, nota anche come “Legge Madia” (dal nome dell’allora ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione). Tale legge demanda al Governo il compito di adottare decreti legislativi di semplificazione e di riordino di importanti settori di disciplina, dall’amministrazione digitale al procedimento amministrativo, dall’organizzazione dell’amministrazione dello Stato alla dirigenza pubblica, dal lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione ai servizi pubblici locali di interesse economico generale, oltre appunto alle partecipazione societarie delle amministrazioni pubbliche <sup>(550)</sup>.

---

<sup>(550)</sup> La legge n. 124/2015 “si pone degli obiettivi molto ambiziosi: completando e correggendo il disegno avviato nel 1990, la nuova legge intende riorganizzare in profondità le strutture e le funzioni della pubblica amministrazione, toccandone ogni articolazione. Per capire dove si vorrebbe approdare segnalo che nella legge si ritrovano tre verbi declinati più degli altri: razionalizzare, ridurre, semplificare. L’ambizione e l’enfasi sono forse anche maggiori di quelle che contraddistinsero le riforme dei primi anni ’90 che, come noto, non si esaurirono nella legge 241, ma diedero vita ad un più ampio programma politico e legislativo di revisione organizzativa e funzionale della pubblica amministrazione, con capisaldi quali la distinzione tra politica ed amministrazione, la privatizzazione, lo sviluppo delle autonomie territoriali”: nei termini che precedono F. LIGUORI, *Semplificazioni e liberalizzazioni nelle riforme amministrative*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 12. Volendo qui ricollegarci al discorso da noi condotto nel corso del primo capitolo, segnatamente con riguardo al moto riformatore perpetuo che connota il diritto amministrativo nel nostro Paese, e alle conseguenze dallo stesso generate, si vedano i rilievi critici di S. LICCIARDELLO, *La formazione del sistema di diritto amministrativo*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 27 e ss.: “Negli ultimi 25 anni, le riforme si sono succedute senza tenere conto della capacità dell’amministrazione di adattarsi alle nuove regole e, peggio ancora, senza fare nulla per “aiutare” le amministrazioni nella applicazione delle nuove regole. Dopo le riforme – giornalmisticamente conosciute – “Cassese”, “Bassanini”, “Frattini” e “Brunetta”, arriva la riforma “Madia”, rispetto alla quale “ciò che colpisce è la frammentarietà delle discipline che comunque confluiscono nella parte generale del diritto amministrativo, il dettaglio della regolazione, la tendenza a correggere discipline precedenti. Sembra che l’amministrazione sia sottoposta ad un continuo legiferare e che la legalità sia un continuo correggere ed aggiornare. Verso che cosa? A dire del “riformatore” verso la modernizzazione della amministrazione che si declina anzitutto in trasparenza e semplificazione. Sembrano piuttosto frammenti di una maionese impazzita. Per non dire che la maggior parte delle “innovazioni”, calate dall’alto, su amministrazioni, cittadini e imprese restano sulla carta o perché l’amministrazione non ha

Cionondimeno, nella nostra analisi opteremo per una avvio *in medias res*: eviteremo, cioè, di scandagliare il disegno riformatore in tutta la sua profondità ed estensione e di tracciare bilanci complessivi <sup>(551)</sup>, concentrando da subito la nostra attenzione sul d.lgs. n. 175/2016; facendo salvi, naturalmente, i dovuti riferimenti ai criteri per l'esercizio della delega riguardante le nostre società, fissati nella legge Madia.

Prima di cominciare, però, va ricordato che su quest'ultima si è abbattuta una parziale declaratoria di illegittimità costituzionale. La Corte costituzionale, infatti, con sentenza 25 novembre 2016, n. 251 <sup>(552)</sup>, ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune

---

gli strumenti o le capacità per attuarle o perché nella quotidianità sono inattuabili perché pensate da chi è lontano dalla realtà". Anche M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo*, cit., 15, pone l'accento sul fenomeno "di una amministrazione a cui si chiede sempre di più [...] ma che amministra sempre di meno, se per amministrare si intende la disponibilità del potere decisionale sufficiente per stabilire la misura adatta al caso concreto"; così facendo, conclude l'A., il rischio che corriamo è quello di "mantenere intatto il carico che pesa sul sistema pubblico negandoci nello stesso tempo i mezzi e le condizioni per farvi fronte" (29). Il rischio, insomma, di rimanere bloccati in una "eterna transizione". Sempre in riferimento al tema delle riforme, preoccupazioni di tenore analogo sono espresse da F. FRACCHIA, *La difficoltà di riformare l'amministrazione*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2015, 1, 40 e ss., che mette in guardia dal sovraccarico di incombenze a costo zero e che invita a tenere in debita considerazione l'effettiva capacità di adattamento della pubblica amministrazione di fronte ai fattori di "irritazione esterna" che qualunque intervento riformatore inevitabilmente provoca nella macchina burocratica.

Per un commento della riforma decreto per decreto si veda a S. NERI e A. VENANZONI (a cura di), *La Riforma Madia alla prova dei decreti attuativi. Commentario ai decreti legislativi della legge 124 del 2015*, LUISS University Press, Roma, 2017, *passim*. Non va dimenticato, peraltro, che la legge Madia contiene anche norme di immediata applicazione, cioè immediatamente modificative della legislazione vigente. Per una analisi di queste misure si rimanda a M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, n. 17/2015.

<sup>(551)</sup> In questo senso si vedano, tra i tanti, B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, *passim*; ID., *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2017, 5, 565 e ss.; F. FRACCHIA, *Riforma Madia: una rivoluzione copernicana?*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare*, cit., 17 e ss.; A. TRAVI, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in G. SALA e G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 3 e ss., in part. 9 e ss.

<sup>(552)</sup> In *Giur. cost.*, 2016, 6, 2195 e ss. Con tale sentenza il principio di leale collaborazione, tradizionalmente impiegato in sede amministrativa, è stato applicato dalla Consulta a un provvedimento legislativo, donde l'incidenza della decisione non già su una norma di legge ordinaria, ma addirittura sul procedimento legislativo di cui agli artt. 70 e ss., Cost.: direttamente, cioè, su norme di rango costituzionale. Per tale specifico angolo prospettico, cfr. G. MARCHETTI, *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sent. n. 251 del 2016)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017. Di qui la provocatoria ipotesi di un mutamento, per effetto della sentenza in parola, della nostra forma di Stato (cfr. J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, 705 e ss.). Certo è, in ogni caso, che in ragione del suo carattere fortemente innovativo (cfr. R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2017), la sentenza Corte cost. n. 251/2016 ha suscitato un vivido interesse negli studiosi delle materie

disposizioni contenute nella l. n. 124/2015, tra cui anche l'art. 18, dedicato al riordino della disciplina delle società a partecipazione pubblica, articolo di cui appresso si dirà. I rilievi mossi dalla Consulta si appuntano, in sostanza, sulla lesione delle competenze legislative regionali e del principio di leale collaborazione, determinata dal fatto che la disciplina di materie riconducibili a competenze concorrenti (ai sensi dell'art. 117, co. 3, Cost.) sia stata affidata a decreti legislativi adottati previo *parere* della Conferenza unificata e non previa *intesa* raggiunta nella sede stessa, oppure in sede di Conferenza Stato-Regioni <sup>(553)</sup>.

La Corte stessa, tuttavia, ha chiarito che le pronunce di illegittimità costituzionale contenute nella decisione “sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”. È stato così escluso, in altri termini, “un possibile effetto caducativo a cascata della pronuncia di illegittimità anche sui decreti attuativi”

---

affendenti alla branca del diritto pubblico (ma non solo), da cui è scaturita una nutrita schiera di note e commenti. Senza alcuna pretesa di esaustività, possono qui richiamarsi: G. TERRACCIANO, *Le società a partecipazione pubblica, tra il Testo Unico n. 175 del 2016 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016*, in *amministrativamente.com*, n. 11-12/2016; G. GUZZO, *La portata additiva della sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale sulla disciplina delle società partecipate: riflessioni minime*, in *lexitalia.it*, 6 dicembre 2016; S. POZZOLI, *Le società partecipate alla luce della sentenza n. 251/2016 della corte costituzionale*, in *Azienditalia*, 2017, 1, 10 e ss.; D. MARTIRE, *Brevi note alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 1, 195 e ss.; B.G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 179 e ss.; G. D'AMICO, *Il seguito della sent. n. 251/2016 della corte costituzionale fra “suggerimenti”, “correzioni” e nuove impugnative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 3, 287 e ss.; A. SANTUARI, *Sugli effetti della sentenza della corte cost. n. 251 del 2016 sui decreti legislativi in materia di società in partecipazione pubblica e di servizi pubblici locali*, in *Corr. giur.*, 2017, 12, 1550 e ss.

<sup>(553)</sup> “Nel merito la Corte si è trovata ad affrontare un tema, quello della riorganizzazione della pubblica, in cui, come spesso accade, le competenze statali si intrecciano con quelle regionali. In tali circostanze, uno dei criteri cui la Corte ha sovente fatto ricorso è quello della “prevalenza” e cioè la valutazione se una materia possa ritenersi prevalente al fine di individuare la titolarità della competenza. Nel caso di specie la Corte ha escluso che la riforma nel suo complesso possa essere ricondotta ad una materia di competenza statale prevalente. Da ciò la necessità di impiegare un criterio differente e quindi di valorizzare il principio di leale collaborazione, proprio al fine di realizzare un maggiore coinvolgimento delle Regioni in presenza di una concorrenza di competenze”: così C.A. GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica. Profili civilistici e di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2017, 16.

(<sup>554</sup>), che sono dunque rimasti in vigore, compreso quello in materia di società a partecipazione pubblica (<sup>555</sup>).

L'invito ad utilizzare lo strumento del decreto correttivo è stato poi valorizzato dal Consiglio di Stato, interpellato dall'esecutivo sugli adempimenti da compiere per adeguarsi al *dictum* della Consulta. Con parere della Commissione speciale 17 gennaio 2017, n. 83 (<sup>556</sup>), i giudici di Palazzo Spada, nel sottolineare l'importanza del disegno riformatore, hanno suggerito un percorso volto sì ad attuare la sentenza della Corte costituzionale, ma senza porre nel nulla il lavoro nel frattempo svolto da Parlamento e Governo. Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha suggerito di procedere senza apportare modifiche alla legge Madia, salvaguardando i decreti legislativi già adottati – i quali “restano validi ed efficaci fino a una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente, e salvi i possibili interventi correttivi che nelle more dovessero essere effettuati” (<sup>557</sup>) – e invitando l'esecutivo a raggiungere l'intesa con le Regioni in sede di Conferenza Stato-Regioni, o in Conferenza unificata a seconda dei casi, nel rispetto della normativa vigente.

---

(<sup>554</sup>) F. CERIONI e G. PIPERATA, *La disciplina delle società a partecipazione pubblica dopo il correttivo del 2017: le principali novità*, addenda di aggiornamento a F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, cit., 3

(<sup>555</sup>) Non ha invece visto la luce, purtroppo, il Testo unico (“gemello”, per così dire, di quello in tema di società partecipate) sui servizi pubblici locali di interesse economico generale. Lo schema di decreto di quest'ultimo, da quanto filtrato, era già stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri (cfr. G. AMOROSO, *La riforma Madia: rapporto tra legge delega e decreti attuativi*, in *treccani.it*, 2018) ed era praticamente pronto per la firma del Presidente della Repubblica, quando il Governo, all'indomani della pronuncia della Consulta, ha ritenuto opportuno ritirarlo, senza tuttavia dare corso ad ulteriori iniziative nella restante parte della XVII Legislatura. E ciò l'esecutivo ha fatto nonostante il Consiglio di Stato, con parere n. 83/2017 cit., avesse indicato ben due strade percorribili per salvaguardare le disposizioni contenute nello schema di decreto recante il Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale: o l'adozione di una nuova legge delega conforme ai vincoli procedurali sanciti dalla Corte costituzionale; oppure un disegno di legge avente, almeno in parte, il contenuto del decreto delegato che sarebbe andato a sostituire. Nonostante la mancata conclusione dell'*iter* legislativo, le disposizioni dello schema di decreto (quest'ultimo ancora oggi consultabile sul sito *funzionepubblica.gov.it*) sono state comunque oggetto di alcune approfondite ed interessanti analisi, alle quali rinviemo il lettore: si tratta di F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, cit., *passim*; M. CAFAGNO, *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, e L. TARANTINO, *Promozione delle concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, entrambi in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, cit., rispettivamente 279 e ss., e 333 e ss.; A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, 2 novembre 2016; M. RENNA e S. VACCARI, *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in G. SALA e G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 177 e ss.

(<sup>556</sup>) In *giustizia-amministrativa.it*.

(<sup>557</sup>) Cons. Stato, Comm. spec., parere n. 83/2017, cit.

L'intesa è stata raggiunta in Conferenza unificata in data 16 marzo 2017 sulla base di un decreto correttivo del TUSPP, proposto dal Governo e sul quale le Regioni e gli enti locali hanno richiesto diversi interventi di modifica, alcuni riguardanti aspetti tutt'altro che marginali <sup>(558)</sup>. Allora, non è mancato chi – nel commentare un importante segmento di regole contenute nel Testo unico (segnatamente, quelle in tema di organi di amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica) – ha osservato, con tono caustico, che “si prospetta assai arduo il compito degli interpreti nel cercare di attribuire una razionalità a determinate indicazioni legislative se le stesse vengono sovvertite nel giro di qualche mese e ... non certo per il completamento di un disegno del tutto consapevole né, tantomeno, per una doverosa ottemperanza al pronunciamento della ... Corte [costituzionale, *n.d.r.*]” <sup>(559)</sup>.

Ad ogni modo i correttivi, comprensivi delle modifiche richieste in sede d'intesa, sono stati approvati in via definitiva con il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, recante appunto *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* <sup>(560)</sup>. Pertanto,

---

<sup>(558)</sup> Tra questi, F. CERIONI e G. PIPERATA, *La disciplina delle società*, cit., 4, segnalano, in particolare, “la richiesta di slittamento dei termini per gli adeguamenti e gli altri adempimenti più importanti; il riconoscimento in capo ai soci della competenza a definire il numero dei membri dell'organo esecutivo della società; la possibilità per le società partecipate dai Comuni che non hanno bilanci in perdita e che producono servizi di interesse economico generale di partecipare alle gare anche fuori dall'ambito territoriale di riferimento; la possibilità di avere una gradualità nell'applicazione di alcuni limiti, come ad esempio, a proposito di interventi sulla razionalizzazione sulle società che non raggiungono il milione di euro di fatturato nell'ultimo triennio”. A tal proposito, si vedano altresì M. PANI e C. SANNA, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica alla luce dell'intesa in Conferenza unificata*, in *lexitalia.it*, 22 aprile 2017, secondo i quali, per effetto delle richieste di modifica formulate da Regioni ed enti locali, sarebbe addirittura riscontrabile “un sostanziale ribaltamento dell'impostazione iniziale funzionale a determinare l'estinzione/cessazione delle numerose società pubbliche. La possibilità di deroga riconosciuta alle Regioni e l'allentamento dei requisiti anche per gli Enti locali determina un impatto di gran lunga meno significativo rispetto a quello prospettato in precedenza. È sicuramente superata l'impostazione di aprioristica diffidenza dello strumento delle società partecipate – che in effetti non è altro che un mezzo differente per raggiungere gli obiettivi pubblici”.

<sup>(559)</sup> M. DI RIENZO, *Gli organi di amministrazione e controllo nel Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in S. FORTUNATO e F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, cit., 139 e ss., qui 167. Secondo S. FORTUNATO e F. VESSIA, *Presentazione*, ivi, X, “il rischio di un ennesimo “tradimento” delle aspettative di razionalizzazione del sistema delle partecipate pubbliche è incumbente”.

<sup>(560)</sup> Per un commento del quale (oltre a quello dei già menzionati F. CERIONI e G. PIPERATA, *La disciplina delle società*, cit., 5 e ss.) si vedano: R. CAMPORESI, *Testo unico società a partecipazione pubblica: le novità del decreto correttivo ed i nuovi adempimenti*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 6 luglio 2017; F. MORETTI, *Il TU partecipate alla luce delle novità recate dal decreto correttivo*, in *Azienditalia*, 2017, 8-9, 723 e ss.; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 601 e ss.; C.A. GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica*, cit., 19 e ss.; nonché, più di recente, R. MICCÙ e G. ROMA, *Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale*, in *federalismi.it*, n. speciale 6/2018 (in part. il § 6).

oggetto della nostra attenzione diviene il complesso normativo risultante dai due citati decreti legislativi.

### **3. I criteri di delega fissati dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, c.d. legge Madia**

Ci soffermiamo per qualche istante sui criteri stabiliti dalla legge Madia per l'esercizio, da parte del Governo, della delega in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche.

A mente dell'art. 18, co. 1, l. n. 124/2015, rubricato *Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*, "Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori", nel rispetto dei principi e criteri direttivi individuati alle successive lettere dalla *a*) alla *m*): dieci di carattere generale, a cui se ne aggiungono altri sette specifici per le società partecipate dagli enti locali.

L'art. 18 della legge Madia, come detto, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo "nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata" <sup>(561)</sup>.

Prima di spendere qualche parola sull'art. 18, però, mette conto segnalare fin da ora che ai principi e ai criteri direttivi da tale articolo individuati si affiancano i criteri comuni a tutte le deleghe legislative di semplificazione contenute nella legge Madia, fissati dall'art. 16. Così abbiamo: l'elaborazione di un testo unico, recante le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse; il coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti,

---

<sup>(561)</sup> Corte Cost., sent. n. 251/2016, cit. Nel dettaglio, ad essere censurate sono state le lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7).

apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; la risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia; l'indicazione esplicita delle norme abrogate (fatta comunque salva l'applicazione dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice civile); l'estesa e ottimale utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, anche nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa.

Veniamo ora al contenuto dell'art. 18.

Al fine di salvaguardare l'assetto concorrenziale dei mercati e al contempo garantire maggiori livelli di efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa, con tale disposizione il legislatore delegante indica, quale via da percorrere, quella di una rigorosa fissazione delle condizioni e dei limiti entro cui è consentito alle pubbliche amministrazioni costituire società o assumere e mantenere partecipazioni societarie, sia in via diretta che in via indiretta, chiedendo altresì al legislatore delegato di prefissare i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica e di eliminare le sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo. "Scopo dell'intervento è ... quello di semplificare e razionalizzare le regole vigenti materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica, tenuto conto del persistente disordine normativo che caratterizzava negativamente la materia delle società a partecipazione pubblica ... ma allo stesso tempo ridurre il più possibile le aree di intervento delle società pubbliche ed eliminare o limitare il pericolo che le società pubbliche possano [risultare] fonte di inefficienze o occasione di spreco di risorse pubbliche" <sup>(562)</sup>.

Tanti, dunque, i tasselli che l'art. 18 della l. n. 124/2015 cerca di tenere insieme. Non per niente, qualcuno ha parlato di "una delega oltremodo vasta, non priva di criteri generici e di disomogeneità, infarcita di concetti indeterminati o comunque suscettibili di variegata interpretazioni, quali efficienza, efficacia, economicità, corretta gestione delle risorse, razionalizzazione, misura e qualità della partecipazione,

---

<sup>(562)</sup> In questi termini M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio delle pubbliche amministrazioni nell'ambito dell'azionariato pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4, 1919 e ss., qui 1950-1951.

qualità del servizio, ottimale impiego delle risorse pubbliche, obiettivi di qualità, perseguimento dell'interesse pubblico, interessi strumentali" <sup>(563)</sup>, e via discorrendo.

Cionondimeno, alcuni principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge Madia presentano un nucleo di significato sufficientemente definito e, ciò che ancor più conta, possono rivelarsi utili nell'oggi – a delega ormai esercitata – in veste di canoni ermeneutici da impiegare nella lettura del TUSPP, come si avrà modo sottolineare in prosieguo.

Per il momento, e venendo con ciò a concludere, è sufficiente rilevare la presenza di una concatenazione di obiettivi. Dalla lettura della legge delega, difatti, emerge in modo abbastanza nitido che, “nelle intenzioni del legislatore delegante, il riordino delle partecipazioni pubbliche dovrebbe essere funzionale principalmente, anche se non esclusivamente, alla loro riduzione, sulla scia dei precedenti tentativi legislativi ... che non avevano, però, conseguito il successo auspicato. La razionalizzazione e la riduzione delle partecipazioni pubbliche è, a sua volta, obiettivo strumentale alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica” <sup>(564)</sup>. Obiettivi, questi, che trovano puntuale riscontro nel decreto delegato.

---

<sup>(563)</sup> Così G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 15 e ss.

<sup>(564)</sup> G. MARASÀ, *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali. Profili generali*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. Ibba e I. Demuro, Zanichelli, Bologna, 2018, 17 e ss., qui 18. La presenza, all'interno del disegno riformatore, di una pluralità di obiettivi (sia di breve sia di medio/lungo termine) reciprocamente interconnessi è posta in luce, con la dovuta enfasi, anche da A. MAURO e G. ANTONICELLI, *La disciplina delle società partecipate: dalla legge delega n. 124/2015 al Testo Unico n. 175/2016*, in M. LACCHINI e A. MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo unico. Verso un nuovo paradigma pubblico privato*, Giappichelli, Torino, 2017, 49 e ss.

#### **4. Uno sguardo d'insieme sul Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica**

Fatte queste dovute premesse, pare opportuno, prima di addentrarci nelle pieghe del dettato normativo, cercare di delineare un quadro d'insieme del TUSPP, del suo contenuto e della sua struttura.

Pertanto, cominciamo col dire che lo stesso risulta composto da disposizioni introduttive recanti indicazione del proprio oggetto e del proprio ambito di applicazione (art. 1), formulazione delle definizioni (art. 2), individuazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3); l'individuazione delle tipologie di società è completata dagli artt. 16, 17 e 18, dedicati, rispettivamente, alle società *in house*, alle società miste pubblico-private, al procedimento di quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati. Vi sono poi disposizioni volte a definire condizioni e limiti delle partecipazioni pubbliche, nonché a ridefinire le regole per la costituzione di società o per l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche, e di alienazione di partecipazioni pubbliche (artt. da 4 a 10). Seguono disposizioni in materia di organi di amministrazione e di controllo delle società a controllo pubblico, con riferimento ai seguenti profili: governance societaria, requisiti dei componenti degli organi di amministrazione e compensi dei membri degli organi sociali (art. 11); regime di responsabilità dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti e membri degli organi sociali (art. 12); regime di controllo, con riguardo all'attivazione del controllo giudiziario (art. 13), alla prevenzione della crisi di impresa (art. 14) e al controllo e monitoraggio da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 15). Ancora, vi sono disposizioni volte a incentivare l'economicità e l'efficienza mediante l'introduzione di procedure di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria (artt. 20 e 25), di gestione del personale (art. 19), di specifiche norme finanziarie per le società partecipate dagli enti locali (art. 21), di promozione della trasparenza (art. 22). Il Testo unico si chiude poi con alcune disposizioni transitorie e finali (artt. da 23 a 29).

Quanto all'ampiezza dell'ambito soggettivo di applicazione di tali disposizioni, come precisato nella Relazione tecnica di accompagnamento allo Schema di decreto

approvato in sede di secondo esame preliminare <sup>(565)</sup>, nel Testo unico “la distinzione di base è quella tra società controllate, a cui si applicano la maggior parte delle norme, e società meramente partecipate, a cui se ne applicano soltanto alcune, relative all’azionista pubblico più che alla società”. Sul punto avremo modo di tornare. Per il momento, basti la constatazione di quella che, a ragione, può essere definita la “scelta sistematica di fondo” del d.lgs. n. 175/2016, ossia “quella di dettare, per le società a controllo pubblico, una disciplina speciale della stessa società, limitando il regime speciale delle società a partecipazione pubblica a regole di condotta cui deve attenersi il socio pubblico” <sup>(566)</sup>.

Proseguendo oltre, è stato notato che il Testo unico in materia di società pubbliche non è una semplice legge, ma un Testo *unico*, cioè “un testo *unitario* che raccoglie in modo organico le disposizioni relative a questa materia”. Ed è stato altresì notato – cosa ben più importante – che quello di cui ci stiamo occupando “non è un testo meramente compilativo di disposizioni precedenti, ma è un Testo unico *innovativo*, con obiettivi di ampio respiro, e con disposizioni particolarmente penetranti” <sup>(567)</sup>.

In altri termini, il d.lgs. n. 175/2016 “non solo raccoglie e coordina la precedente frastagliata disciplina legislativa relativa alle società a partecipazione pubblica, ma

---

<sup>(565)</sup> *Atto del Governo n. 297-bis*, trasmesso alle Presidenze di Camera e Senato per il parere parlamentare definitivo in data 19 luglio 2016 e consultabile nei rispettivi siti istituzionali: *documenti.camera.it* e *senato.it*. La parte tra virgolette che segue si trova a pagina 4 del documento, a commento dell’art. 3 dello Schema di decreto.

<sup>(566)</sup> In questi termini V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer, Assago, 2016, 1139.

<sup>(567)</sup> Così V. ITALIA, *Introduzione. Inquadramento sul Testo unico sulle società a partecipazione pubblica e commento all’articolo 1*, in V. ITALIA, M. BASSANI, G. BOTTINO, G. RUGGERI, *Le società partecipate dopo la “riforma Madia”*. D.lgs. n. 175/2016 in vigore dal 23 settembre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 5. Nello stesso senso A.T. DE GIROLAMO, *Premessa la decreto legislativo n. 175/2016*, in M. LACCHINI e A. MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo unico*, cit., 13, che rinviene nel d.lgs. n. 175/2016 “indubbi profili innovativi” nonché “uno sforzo notevole nel processo di riorganizzazione e riordino del sistema delle società”. Ma il punto di vista non è unanimemente condiviso. Secondo G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in S. FORTUNATO e F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, cit., 31 e ss., 34-35, ad es., l’uso del termine “testo unico” è in questo caso “improprio”, atteso che la normativa in parola “comprende solo una parte della disciplina di queste fattispecie e, per la parte che vi è compresa, non contiene una disciplina generale ma una raccolta di discipline diverse”. Né potrebbe essere altrimenti, ad avviso dell’A., in quanto “quello delle società partecipate non è [...] un insieme omogeneo, tale che se ne possa dare una spiegazione unitaria e da giustificare l’esistenza di un testo unico”. Ad ogni buon conto, lo stesso A. qualche merito al d.lgs. n. 175/2015 lo attribuisce, riconoscendo, in particolare, “l’utilità di raggruppare un buon numero di norme prima sparpagliate e di apportare alcune innovazioni soprattutto nel sistema di governo politico e amministrativo e nel controllo”.

altresì aspira a riformare in modo incisivo la possibilità per le amministrazioni pubbliche di essere e di divenire azioniste di società di capitali”<sup>(568)</sup>.

Riformare in modo incisivo, dunque. In quale direzione però?

Tra i primi commentatori del TUSPP, vi è chi ha letto nell'intervento del legislatore un deciso cambio di rotta rispetto alle scelte compiute nei lustri precedenti alla riforma, delle quali abbiamo dato conto nel corso del secondo capitolo<sup>(569)</sup>. Se è vero che l'opera di razionalizzazione del fenomeno delle società pubbliche è stata connotata – per usare le espressioni di questa stessa dottrina – dalla “folle pretesa di azzerare in un sol colpo l'esistente per costruire un virtuoso futuro”, dalla “efficienza proclamata senza aver chiarito quale sia l'efficienza perseguita (delle società esistenti, degli enti soci, del sistema)”, nonché dal “diritto ibrido caratterizzato da continue frizioni tra le norme ed i principi del diritto societario e quelli del diritto amministrativo”, ora il Testo unico sembra deciso a porre rimedio a tali criticità, agendo lungo tre direttrici ben precise. In primo luogo, diluendo l'opera di razionalizzazione lungo “un arco temporale ragionevole”; in secondo luogo, individuando “come obiettivo primario quello dell'efficienza delle società, ritenendolo

---

<sup>(568)</sup> J. BERCELLI, *Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico*, in G. SALA e G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 213-214.

<sup>(569)</sup> A commentare nel senso indicato è M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, cit., spec. 260 e ss., da cui provengono le citazioni che seguono nel testo. Analogamente, parla di idoneità del TUSPP ad “invertire la tendenza” rispetto al contesto antecedente la sua emanazione, che “si è sempre mostrato assai complesso e si è caratterizzato per una generale disapplicazione delle norme”, G. FARNETI, *Presentazione*, in *Azienditalia*, 2016, 10, 829 e ss. A onor del vero, va riconosciuto che già in precedenza, negli anni appena antecedenti la riforma, il legislatore aveva cominciato a cambiare la propria “tecnica”. Invero, fermo restando il generale giudizio di disvalore espresso sul fenomeno delle partecipate, e dunque rimanendo invariato l'obiettivo della razionalizzazione (e della riduzione di numero) delle stesse, dapprima con la Legge di Stabilità per il 2014 (n. 147 del 27 dicembre 2013, art. 1, commi da 550 a 569) e successivamente con la Legge di Stabilità per il 2015 (n. 190 del 23 dicembre 2014, art. 1, commi da 609 a 614), si è deciso di abbandonare le drastiche misure vincolistiche e di divieto sperimentate da interventi legislativi precedenti (come, ad es., il più volte menzionato decreto *spending review*, d.l. n. 95 del 6 luglio 2012), per abbracciare invece misure di incentivazione e di responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni socie (leggasi enti locali) rispetto al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica. Si tratta di un aspetto al quale è stato dato ampio risalto in dottrina. Si vedano, *ex multis*, M. NICO, *L'esternalizzazione dei servizi pubblici e il ruolo dell'ente locale in qualità di socio pubblico: criticità, opportunità e prospettive*, cit.; C. TESSAROLO, *La riduzione delle società partecipate da enti locali*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 24 marzo 2015; A. PERICU, *Le imprese esercitate dagli enti pubblici locali tra concorrenza e spending review (profili giuridici)*, cit., 356; E. TRENTI, *La disciplina delle società regionali fra “statuto speciale” ed esigenze di contenimento della spesa*, cit., 222; G. BRUZZONE, *La disciplina delle società a partecipazione pubblica: verso un riassetto*, cit., 10, ai quali si fa rinvio per una più approfondita disamina delle novità introdotte con le summenzionate leggi.

il presupposto da cui naturalmente scaturisce l'efficienza del sistema pubblico"; in terzo ed ultimo luogo, "stabilendo alcune deroghe espresse al codice civile e di fatto imponendo il diritto privato, al di fuori di dette deroghe, come sistema regolatore delle società pubbliche" (570).

Lungo questa stessa linea di pensiero si colloca chi sottolinea che "il principale merito del TU è quello di aver affermato con chiarezza la natura privatistica delle società, che non è modificata dalla partecipazione pubblica ancorché totalitaria o di controllo" (571).

Scorrendo i commenti al TUSPP, tuttavia, ci si imbatte anche in affermazioni di tenore ben diverso. Così, restando sempre all'interno della cerchia di coloro che hanno espresso un giudizio nel complesso positivo sulla riforma (572), sono stati messi in risalto i seguenti aspetti: l'emersione nel TUSPP di "una scelta netta sulla collocazione delle società pubbliche nel sistema dei pubblici poteri" (573); la conferma, da parte dello stesso Testo unico, della "ambigua natura delle società pubbliche, collocate a metà strada tra il diritto pubblico e il diritto privato" (574); il chiaro "sfavore per l'impresa pubblica comunitaria" del legislatore e, conseguentemente, la "connotazione

---

(570) Aggiunge M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, cit., 261, che, "del resto, tutto è espressamente dichiarato nei commi 2 e 3 dell'art. 1". Sul punto si avrà modo di tornare più avanti.

(571) Così G. CAIA, *Le società partecipate dopo il correttivo al testo unico*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2018*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2018, 192 e ss., qui 193-194.

(572) Che, va detto, sembrano essere la maggioranza. Di recente, una valutazione negativa si deve a F. PINTO, *Tutela dell'affidamento e scelte strategiche nella dismissione delle partecipazioni nelle società pubbliche*, in *amministrativamente.com*, n. 5-6/2018, il quale descrive il Testo unico come connotato da una "ispirazione, per un verso, ambigua, per un altro, di mera facciata". In precedenza, ci sembra di poter definire negativo il giudizio espresso sulle disposizioni del Testo unico da A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, cit., *passim*.

(573) H. BONURA e G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, 722 e ss., qui 732. Il significato della locuzione riportata nel testo ("collocazione ... nel sistema dei pubblici poteri"), peraltro, non è di facile comprensione. Nemmeno alla luce delle (immediatamente successive) spiegazioni fornite dagli Autori che, anzi, sembrano quasi orientare il lettore in un senso diametralmente opposto: "Da un lato, le pubbliche amministrazioni sono fortemente responsabilizzate allorché decidono di ricorrere allo strumento societario (con un aggravio sul piano procedimentale e, su quello sostanziale, con una decisa limitazione della relativa capacità giuridica). Dall'altro, le società pubbliche vedono la loro operatività ristretta alle sole attività serventi le finalità istituzionali delle amministrazioni socie, *ma con un regime che è il più possibile rimesso alle regole comuni*. Le poche deroghe, che riguardano le sole società a controllo pubblico appaiono obiettivamente ragionevoli in considerazione dei particolari interessi pubblici tutelati e dello specifico assetto di relazioni con l'ente o con gli enti soci configurato dal T.U." (corsivo nostro).

(574) B.G. MATTARELLA, *La specialità delle società pubbliche*, in F. CINTIOLI e F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, cit., 21 e ss., qui 25.

alquanto pubblicistica delle società partecipate, che giustifica un regime di regole e vincoli che obiettivamente allontanano le società pubbliche da quelle private”<sup>(575)</sup>.

In stretta connessione con tali tematiche, merita poi di essere ricordata l’opinione – stavolta di segno marcatamente negativo però – di chi ha ritenuto addirittura insufficienti i tratti pubblicistici delineati con riguardo alle società partecipate. Nel TUSPP, secondo tale dottrina, la coloritura in senso pubblicistico (e più in generale il regime vincolistico) delle predette società sarebbe troppo tenue; e ciò a causa di un inaccettabile atteggiamento di “filoprivatismo” tenuto dal riformatore il quale, in modo del tutto “sleale”, non avrebbe rispettato gli indirizzi in tema di società pubbliche emersi negli ultimi decenni<sup>(576)</sup>.

Il problema dell’inquadramento – pubblicistico o privatistico – delle nostre società, come ben si può vedere, è costantemente alla ribalta.

Proseguendo in questa nostra rassegna di opinioni sul recente intervento riformatore, un giudizio lusinghiero sul TUSPP è stato espresso da chi ha riconosciuto

---

<sup>(575)</sup> M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Prefazione*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, Cacucci, Bari, 2016, 9 e ss., qui 10.

<sup>(576)</sup> Si tratta del pensiero di P.L. PORTALURI, *Società partecipate e riforma Madia: nuove immagini del Diritto amministrativo*, in S. LUCHENA e M. ZUPPETTA (a cura di), *Il riordino delle società partecipate nella riforma Madia. Profili giuridici ed economici*, Aracne, Ariccia, 2016, 31 e ss., ove così si legge: “Per quanto concerne [...] la legge c.d. Madia, essa appare ispirata a logiche di pensiero non organiche. Oltre lo schermo dell’unitarietà normativa e dunque formale, dal punto di vista sostanziale si possono distinguere alcuni profili poco condivisibili. Uno spirito davvero inautentico – *unfair* – di riforma aleggia, per esempio, nell’art. 18 della legge Madia, che contiene il riordino della disciplina in tema di società partecipate. Quella norma non si muove in un ambiente positivo in precedenza deserto, non è affatto l’esito d’uno slancio regolativo subitaneo. Ha invece alle spalle almeno quarant’anni di pensiero e così una immagine che si doveva considerare oramai ferma e fissa: il regime del diritto amministrativo è e rimane applicabile quale che sia la figura soggettiva che di volta in volta sia chiamata dal sistema ordinamentale a gestire interessi pubblici. In termini più diretti, le ipotesi truffaldine delle etichette false non hanno – da tempo – cittadinanza alcuna nel nostro modello: società solo formalmente privatistiche non sfuggono dunque al principio di funzionalizzazione che governa il diritto amministrativo. L’art. 18 della legge c.d. Madia, invece, sembra ignorare tutto questo”. Nel complesso, l’A. sembra nutrire una grande sfiducia nei confronti della pubblica amministrazione e della discrezionalità ad esso riconosciuta: “la fuga nel diritto privato costituisce un orizzonte irrealistico per un Paese come l’Italia, mai affrancato da corpulente spinte corruttive: bisognoso pertanto di sartie ben solide che ne scongiurino il disalberamento e naufragio definitivo”. Sul “filoprivatismo” evocato (e stigmatizzato) da Portaluri, il riferimento è a M. MAZZAMUTO, *La matrice dottrina del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 23 e ss. (altrettanto critico nei confronti del “ricorso all’amministrazione pubblica in forma privatistica”).

a quest'ultimo il merito di aver “risolto molti dei problemi che animavano la materia delle società a partecipazione pubblica”<sup>(577)</sup>.

Al contempo, però, buona parte della dottrina ha guardato al bicchiere mezzo vuoto. Invero, pur riconoscendosi al TUSPP il merito “di riunire e fare ordine in una pluralità di disposizioni normative sparse che si erano accumulate nell’ordinamento, al punto da risultare difficilmente reperibili e comprensibili per gli stessi operatori”, è stato osservato che l’operazione messa in campo dal legislatore “non è risolutiva”, dal momento che il Testo unico “salvaguarda disposizioni singolari, contiene rinvii ad altre norme (non solo quelle del codice civile), prevede deroghe, autorizza regimi differenziati”<sup>(578)</sup>.

---

<sup>(577)</sup> “[Segue] Infatti, ha disciplinato la responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, sottoponendoli alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, senza escludere il danno erariale; ha contemplato la fallibilità delle società pubbliche e la loro sottoposizione al concordato preventivo, prevedendo piani di risanamento nonché la progressiva dismissione, fusione e soppressione delle società in perdita; ha dato una disciplina organica alle società *in house* ed a quelle a partecipazione mista pubblico-privata, stabilendo, in particolare, la necessità per queste ultime della gara a doppio oggetto; ha riportato nell’alveo della disciplina codicistica la gestione del personale, sancendo la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative alle procedure di reclutamento”: così G.P. CIRILLO, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *L’Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, cit., 223 e ss., qui 227-228. Ma *contra* si veda G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 15 e ss., per il quale “il risultato è una normativa che [...] non fa venire meno i dubbi e le incertezze interpretative e dunque operative”.

<sup>(578)</sup> I rilievi sono di G. NAPOLITANO, *Il ‘governo’ delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in R. GAROFOLI e A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Nel Diritto, Roma, 2018, 15 e ss., qui 24. Nello stesso senso già G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 34 e ss., nonché G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, cit., 10 e ss., secondo cui “la nuova disciplina delle società pubbliche introdotta con il d.lgs. n. 175/2016 presenta un carattere, a volte, parziale, derogatorio e cedevole”. In particolare, ad avviso di quest’ultimo A., “la parzialità dell’impianto regolativo deriva dalla definizione circoscritta e limitata del campo di applicazione della disciplina”, che prevede numerose ipotesi di esclusione, come ad es. per le “società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l’esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse” (art. 1, co. 4, lett. a, TUSPP), piuttosto che per le “società quotate” (art. 1, co. 5, TUSPP) o per le “società a partecipazione pubblica derivanti da una sperimentazione gestionale”, previste e introdotte dall’art. 9-bis, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, c.d. riforma Bindi (art. 26, co. 6, TUSPP). Prosegue Piperata osservando che “il nuovo regime delle società pubbliche ha anche un carattere derogatorio, in particolare rispetto alla disciplina comune in tema di società”, per poi concludere sull’ultimo e “innovativo” carattere del TUSPP, “dovuto ad un profilo di possibile cedevolezza della disciplina introdotta con riferimento a singole società pubbliche, le quali possono essere sottratte all’applicazione di alcune disposizioni contenute nel testo regolativo per volontà governativa”. Si tratta, in particolare, della previsione secondo cui “Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze o dell’organo di vertice dell’amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell’articolo 18, può essere deliberata l’esclusione totale o parziale dell’applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica [...]” (art. 4, co. 9,

La tendenza, insomma, è a evidenziare lo scarto esistente tra il “fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina [e] la semplificazione normativa”, inequivocabilmente stabilito dalla legge Madia (art. 18, co. 1, l. n. 124/2015), e il risultato raggiunto, che è quello di un quadro normativo ancora frammentato. Detto altrimenti, l’intervento di “concentrazione regolativa” attuato con il d.lgs. n. 175/2016 “pare non essere stato realizzato o, quantomeno, non nella sua interezza”: il TUSPP, “infatti, rappresenta la principale fonte regolativa di riferimento del fenomeno della partecipazione degli enti pubblici a società di capitali, ma essa è destinata a non essere l’unica”<sup>(579)</sup>.

Quel che è certo, in ogni caso, è che il TUSPP costituisce il primo tentativo – riuscito o meno, dipende dai punti di vista – di disporre una disciplina organica in materia di società a partecipazione pubblica, ispirata a criteri di efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, di tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica. Per il resto, nel nostro discorso di inquadramento vi è un ultimo punto che merita di essere segnalato, in quanto messo in luce da molti commentatori della normativa oggetto della nostra attenzione. Un punto, peraltro, al quale abbiamo fatto cenno all’inizio del presente paragrafo.

Ebbene, sempre restando ancora sulle linee generali, il TUSPP può essere suddiviso, da un punto di vista sistematico, in una serie di norme dedicate alla disciplina dei comportamenti delle pubbliche amministrazioni che vogliano acquisire o mantenere lo status di soci di società di capitali, da un parte; e in un gruppo di norme

---

TUSPP). Peraltro, a seguito del modifiche apportato dal decreto correttivo n. 100/2017, la facoltà in parola è ora riconosciuta anche ai “Presidenti di Regione e delle province autonome di Trento e Bolzano”, i quali, “con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, possono, nell’ambito delle rispettive competenze, deliberare l’esclusione totale o parziale dell’applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano, motivata con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1 [...]” (sempre art. 4, co. 9, TUSPP).

<sup>(579)</sup> In questi termini, nuovamente, G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, cit., 13 e ss. L’A. sottolinea, su tutti, l’effetto prodotto da “ulteriori provvedimenti legislativi paralleli”, come ad es. il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), *sedes*, tra le altre cose, di alcune importanti disposizioni in tema di società *in house*, per il resto disciplinate dal TUSPP. In ipotesi come questa, il rischio messo in luce da Piperata è quello di sempre più frequenti “cortocircuiti” normativi. Sul mancato raggiungimento del fine prioritario di “assicurare la chiarezza della disciplina [e] la semplificazione normativa” concorda G. MORBIDELLI, *Introduzione*, cit., 15.

contenenti le deroghe al diritto delle società che siano necessarie in ragione della natura pubblica della partecipazione di controllo detenuta nelle stesse, dall'altra parte<sup>(580)</sup>.

In altri termini, l'oggetto del Testo unico è "duplice", nel senso che esso si compone sia di disposizioni volte a regolare le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, i cui precetti si rivolgono perciò agli enti partecipanti e non alle società partecipate; sia di disposizioni volte a regolare direttamente le società a partecipazione pubblica<sup>(581)</sup>. Ed anzi, volendo stabilire un rapporto tra l'una e l'altra categoria di norme, quelle riguardanti il socio pubblico sono di gran lunga superiori in numero rispetto a quelle dedicate alle società partecipate<sup>(582)</sup>.

Quindi, in definitiva, dal TUSPP emerge la centralità del ruolo ricoperto dalle amministrazioni pubbliche e, più nello specifico, dagli atti deliberativi di organizzazione di spettanza delle prime<sup>(583)</sup>; prospettiva, questa, puntualmente colta dalla dottrina<sup>(584)</sup>, dove è diffusa la sensazione che molte delle regole poste dal nuovo

---

<sup>(580)</sup> Si cfr., per tale osservazione, H. BONURA e G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, cit., 722 e ss. Osservazione che pare largamente condivisa. Così, ad es., J. BERCELLI, *Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico*, cit., 220, evidenzia la "presenza nel testo unico di due diverse categorie di norme": "norme volte a disciplinare le società partecipate, dirette a chiarire il loro regime giuridico e di operatività; norme dirette alle amministrazioni pubbliche, per disciplinare e limitare il loro ricorso allo strumento societario".

<sup>(581)</sup> In questo senso C. IBBA, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, cit., 1 e ss., 2-3, che soggiunge: "Sotto il primo profilo oggetto dell'intervento legislativo è da un lato l'atto di investimento in partecipazioni – sia che avvenga mediante costituzione o concorso alla costituzione di una società, sia che avvenga mediante acquisto di partecipazioni in società già costituite –, dall'altro la successiva gestione delle partecipazioni stesse. Sotto il secondo profilo, la disciplina investe invece direttamente le società partecipate, dando così luogo ad un diritto societario speciale che regola in modo più o meno derogatorio rispetto a quello comune alcuni aspetti organizzativi e di gestione o, in senso ampio, di funzionamento. Si tratta di due prospettive regolatorie distinte pur se i due profili talvolta interferiscono, come accade quando la violazione di una norma attinente alla gestione della partecipazione si riflette sulla disciplina della società partecipata". A tale ultimo riguardo, in nota l'A. menziona: l'art. 7, co. 6, TUSPP, "nella parte in cui fa discendere dai vizi inerenti l'assunzione di una partecipazione, ove questa sia essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, l'applicazione dell'art. 2332 c.c."; nonché l'art. 24, co. 5, TUSPP, "che ricollega alla mancata ricognizione o alla mancata alienazione delle partecipazioni «non in regola» nei termini di legge la sospensione dei diritti sociali ad esse inerenti (con esiti evidentemente diversissimi a seconda dell'entità delle partecipazioni stesse)".

<sup>(582)</sup> Lo sottolinea, tra gli altri, C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in S. FORTUNATO e F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, cit., 15 e ss., 19.

<sup>(583)</sup> Cfr. J. BERCELLI, *Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico*, cit., 226.

<sup>(584)</sup> In particolare da G.M. CARUSO, *Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative*, in S. FORTUNATO e F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, cit., 169

testo normativo “valgono a segnalare che non tanto si tratta della società in quanto tale, quanto dell’esigenze di un particolare socio: esigenze che si pongono in certo modo all’esterno della società” (585).

Ebbene, premesso tutto quanto sopra, è giunto il momento di addentrarci nelle pieghe del testo del d.lgs. n. 175/2016, come risultante dalle modifiche apportate con il decreto correttivo n. 100/2017. Con l’avvertenza che il nostro cimento consisterà nell’isolare le norme – per così dire – di sistema ivi contenute.

---

e ss., nonché, *amplius*, nella monografia ID., *Il socio pubblico*, cit., 76 e ss. Questi, tuttavia, pur riconoscendo che il TUSPP “denota una significativa rivalutazione della prospettiva del socio pubblico” e che “la relativa disciplina [...] sembra volersi attestare come la normativa di riferimento, in grado di governare qualsiasi processo che conduca all’assunzione della veste di scio”, osserva che “l’impianto delle singole norme finisce per sconfessare ogni pretesa sistematica dell’intervento, giacché gli approcci di carattere generale sono contraddetti da numerose eccezioni che si fondano su presupposti tutt’altro che coerenti” (ID., *Il socio pubblico*, cit., 78). Anche V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 10, fin dalle battute iniziali del suo colossale volume, sottolinea la centralità della prospettiva del socio pubblico, rammentando che “le diverse norme e i diversi principi che disciplinano e governano l’esercizio dei “diritti” da parte del socio non possono [...] non essere collocati in un contesto in cui il socio è un ente pubblico, il quale, per propria stessa essenza, non agisce secondo regole di “agire libero”, ma secondo regole di “*agire funzionale*”, con tutti gli stringenti obblighi di valutazione e di motivazione a ciò correlati: sicché, in tale “combinata” prospettiva, quelli che nel diritto societario comune sono disciplinati come “diritti” del socio sono qui accompagnati, nella dimensione che precede l’esercizio del diritto, da corrispondenti doveri di azione funzionale, sicché quelli che per un socio privato sono diritti ad esercizio per definizione libero (nell’an e nel contenuto) diventano per il socio pubblico diritti ad esercizio vincolato/discrezionale (nell’an e/o nel contenuto). Il che comporta che la medesima situazione giuridica soggettiva si articola e si scompone in due piani: quello, unico rilevante nella prospettiva societaria pura, del diritto soggettivo; e quello, destinato ad emergere nella prospettiva che precede e che accompagna l’esercizio del diritto, ma la cui rilevanza si pone su un piano differente da quello strettamente societario e può manifestarsi su diversi fronti (primo fra tutti quello della valutazione del comportamento nell’ambito di possibili giudizi di responsabilità erariale), più correttamente qualificabile in termini di potere/dovere”. In quest’ottica, l’A. richiama “quelle norme che, pur relative a situazioni giuridiche soggettive generali del socio di società di capitali, meriterebbero particolare attenzione nella prospettiva della loro possibile incidenza, in punto di concreta applicazione, sul comportamento per così dire “virtuoso” del socio in quanto socio “pubblico” (dandosi quindi luogo a una sorta di *statuto comportamentale del “socio pubblico virtuoso”*)”. A questo punto Donativi cita, senza pretesa di esaustività, “le norme in materia di operazioni sul capitale, di acquisto o trasferimento delle partecipazioni, di nomina o revoca degli organi sociali, di contemperamento tra diritto di informazione del socio e dovere di riservatezza degli organi sociali, di azioni di responsabilità, di patti parasociali, di categorie speciali di azioni o, rispettivamente, di “diritti particolari” dei soci di s.r.l., di strumenti finanziari partecipativi”; norme che vengono poi dallo stesso analizzate nei capitoli che compongono il volume, nel dichiarato redigere, appunto, una sorta di *statuto comportamentale del “socio pubblico virtuoso”*.”

(585) Così C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, cit., 20.

## **5. Le norme di sistema contenute nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica**

Le prime norme a venire in rilievo sono contenute nell'art. 1, co. 1, laddove si afferma che “Le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l’acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta”.

La formulazione della disposizione non è delle più felici poiché coglie in modo parziale l’oggetto del TUSPP, che abbiamo visto essere duplice <sup>(586)</sup>. Senza voler incorrere in inutili ripetizioni, sul punto rinviamo il lettore alle considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

Segue il secondo comma dell’art. 1, ove si afferma che “le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica”. Come è evidente, sono qui confluite le plurime “anime” della legge delega.

Con riguardo alla principale concatenazione di obiettivi stabilita dalla medesima – ossia: razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche come via alla razionalizzazione e alla riduzione della spesa pubblica –, il legislatore del Testo unico si è mosso “seguendo essenzialmente due percorsi, cioè, da un lato, stabilendo con regole di carattere imperativo ... le condizioni, per così dire sostanziali, che legittimano l’acquisizione e il mantenimento di partecipazioni pubbliche, dall’altro, disciplinando procedure miranti alla razionalizzazione e alla riduzione delle partecipazioni stesse” <sup>(587)</sup>.

Tra le disposizioni che delineano le condizioni sostanziali per l’acquisto e il mantenimento di partecipazioni vi sono l’art. 3 e l’art. 4, co. 1 e 2, TUSPP, dai quali si evince che le partecipazioni sono ammesse solo al ricorrere di un triplice

---

<sup>(586)</sup> A ben vedere, la ragione per cui la formulazione è da considerarsi poco felice è anche un’altra. Invero, come osservato da C. IBBA, *Introduzione*, cit., 2, “evidentemente, anche l’acquisto di partecipazioni in società (fino a quel momento) interamente private, se compiuto da una pubblica amministrazione, ricade nel campo di applicazione della disciplina in esame”.

<sup>(587)</sup> G. MARASÀ, *I limiti all’assunzione*, cit., 18-19.

presupposto: che siano assunte in certi tipi di società (art. 3); che siano necessarie (art. 4, co. 1); che riguardino società che svolgano determinate attività (art. 4, co. 2).

Tra le disposizioni che disciplinano le procedure miranti alla razionalizzazione e alla riduzione delle partecipazioni, invece, vi sono gli art. 24 e 20 TUSPP, che prevedono, rispettivamente, una revisione straordinaria delle partecipazioni detenute al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, e una successiva razionalizzazione periodica delle medesime, da compiersi annualmente.

L'una e l'altra categoria di disposizioni sono destinate ad intersecarsi, “nel senso che le disposizioni del secondo gruppo, cioè quelle che delineano il procedimento di revisione straordinaria e di razionalizzazione periodica, sono finalizzate all'alienazione anche, ma non solo, delle partecipazioni che non rientrano nel perimetro di quelle consentite, tracciato con il primo gruppo di disposizioni, in quanto sono prive di uno dei presupposti di ammissibilità stabiliti dal T.U.”<sup>(588)</sup>.

Una ulteriore norma di vertice può essere rintracciata nell'art. 5, TUSPP, a mente del quale “l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa” (co. 1); nonché “della compatibilità dell'intervento finanziario

---

<sup>(588)</sup> Così, di nuovo, G. MARASÀ, *I limiti all'assunzione*, cit., 19. “Anche, ma non solo”, perché tra le cause che possono condurre alla dismissione di una partecipazione, fa notare lo stesso A. in nota, non vi sono soltanto quelle di legittimità ex art. 4, TUSPP, ma anche altre, come si evince dall'elencazione contenuta nell'art. 20, co. 2: “[...] b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento; g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.”

previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese” (co. 2) <sup>(589)</sup>.

Trattasi – è stato notato – di aspetti “che non possono essere illustrati in maniera meramente apodittica ma dovranno invece essere suffragati da dati ed elementi oggettivi” <sup>(590)</sup>, suscettibili di riscontro e verifica da parte delle Autorità competenti o dei soggetti interessati. Il Testo unico, invero, per un verso pone in capo all’amministrazione l’obbligo di inviare l’atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, nonché all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all’art. 21-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (art. 5, co. 3, TUSPP);

---

<sup>(589)</sup> L’art. 17 TUSPP, oggetto di inciso nella prima parte del comma 1, disciplina le società miste a partecipazione pubblico-privata. Pertanto, coinvolgendo anche queste società, “l’orizzonte di applicazione [dell’art. 5 TUSPP, *n.d.r.*] è pressoché generale”: così C. D’ARIES, sub *Art. 5*, in C. D’ARIES, S. GLINIANSKI, T. TESSARO, *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 45. Sulla declinazione degli oneri di motivazione rafforzata *ex art. 5 TUSPP* con riferimento alle società miste, si può segnalare la recente sentenza Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2018, n. 655, in *giustizia-amministrativa.it*, la quale ha statuito che l’art. 5 TUSPP “impone specifici oneri di motivazione analitica all’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche mista pubblico-privata, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite, ma non disciplina in alcun modo gli atti propedeutici ovvero di indizione di una gara, come nel caso di specie. La volontà deliberativa, che necessita della motivazione analitica imposta dall’art. 5 succitato è, quindi, solo quella con cui la P.A. stabilisca la costituzione di una nuova società pubblica ovvero l’acquisto di partecipazione societaria in una società pubblica già costituita. Nel caso in esame, dunque, gli atti deliberativi comunali che hanno preceduto la gara indetta per selezionare il nuovo socio privato, affinché subentri all’attuale uscente, nonché gli atti “esecutivi”, indittivi della gara, sono, come tali, estranei all’ambito di applicazione dell’art. 5 citato. Il bando e gli atti ad esso allegati, in realtà, devono soddisfare altri oneri motivazionali descritti dall’art. 17, comma 2 d.lgs. n. 175-2016 (l’oggetto dell’affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per la P.A.), ma non quello oggetto di specifica censura da parte dell’appellante”. Risulta così confermata la conclusione raggiunta in primo grado da Tar Abruzzo, Sez. I, 30 marzo 2017, n. 152, in *dirittodeiservizipubblici.it*, secondo cui “L’obbligo di motivazione specifica è quindi previsto non per il bando, indetto per la selezione del socio privato della società mista pubblico-privata, ma per la scelta discrezionale, operata “a monte”, dal Comune, del modello organizzativo della società mista per la gestione di determinati servizi pubblici locali”. Più in generale, sulla complessiva portata dell’obbligo di motivazione analitica di cui all’art. 5 cit., cfr. G.A. PRIMERANO, *Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 771 e ss., e F. CAMPOFILONI, *Oneri di motivazione analitica tra discrezionalità e controlli*, in F. FIMMANÒ e A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Giapeto, Napoli, 2016, II, 881 e ss.

<sup>(590)</sup> M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 4, 441 e ss., qui 445, il quale aggiunge che “la norma [...] recepisce quanto già statuito dalla Corte dei Conti che, in più occasioni, ha sottolineato la necessità che le delibere in questione forniscano una dettagliata ed approfondita motivazione circa la scelta di costituire una società o di acquisire nuove partecipazioni (dirette ed indirette)”, richiamando poi in nota le sentenze Corte conti, Sez. reg. controllo Veneto, 28 maggio 2014, n. 345 e Corte conti, Sez. reg. controllo Campania, 24 aprile 2015, n. 143, entrambe in *corteconti.it*.

per altro verso prevede che gli enti locali sottopongano lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica (art. 5, co. 2, secondo periodo, TUSPP) e che, una volta emanato l'atto deliberativo nella sua versione definitiva, questo sia pubblicato sui siti istituzionali dell'amministrazione pubblica partecipante (art. 7, co. 4, TUSPP) <sup>(591)</sup>.

Va peraltro ricordato, sempre a proposito dell'art. 5, che il decreto correttivo n. 100/2017 ne ha espunto un frammento importante, che prevedeva di motivare la scelta di costituzione di una società o di acquisto di una partecipazione anche “in considerazione della possibilità di destinazione alternativa dell'uso delle risorse pubbliche impegnate” <sup>(592)</sup>. In proposito, con la giusta dose di realismo, è stato fatto

---

<sup>(591)</sup> Rimane poi fermo, come è naturale che sia, l'ambito di operatività della giurisdizione del giudice amministrativo, che nella materia disciplinata dal TUSPP riguarda la fase prodromica alla costituzione della società a partecipazione pubblica o all'acquisizione di una quota di partecipazione, trattandosi di fase di natura indubbiamente pubblicistica. In questo senso la già citata sentenza Cons. Stato, Ad. plen., n. 10/2011, che, tra le altre cose, ha enucleato il principio secondo cui “Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia avente ad oggetto gli atti amministrativi prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società o di parteciparvi o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima, atteso che detti atti vanno tenuti nettamente distinti, sul piano logico, cronologico e giuridico, dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società)” (massima: *Foro amm. – CdS*, 2011, 6, 1842). Anche la dottrina, per parte sua, riconosce in modo unanime “l'autonoma rilevanza e la natura amministrativa della fase prodromica alla vicenda societaria”, nonché “la sua possibile illegittimità ove in contrasto con le norme funzionali” (M.G. DELLA SCALA, *Le società pubbliche*, in *treccani.it*, 2015); e apertamente discorre dell'esistenza di “un insopprimibile momento pubblicistico nell'atto della costituzione della società partecipata” (C. PECORARO, *La costituzione della società*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, cit., 65 e ss., qui 69). Le affermazioni che precedono non fanno altro che confermare, ove ancora ve ne fosse bisogno, la centralità e l'importanza della motivazione degli atti deliberativi in questione. È noto, del resto, che “in sede di controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo risulta determinante la verifica delle motivazioni poste alla base della scelta di costituire una società o di acquisire delle partecipazioni in una già esistente”: così A. DE VITA, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione amministrativa*, in *ilmerito.org*, 2017.

<sup>(592)</sup> L'elisione dell'inciso è stata disposta in accoglimento delle osservazioni espresse dalla Conferenza delle Regioni nel proprio parere sullo schema di decreto correttivo. Le reazioni che ciò ha suscitato sono state differenti. Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, quello in questione avrebbe costituito l'unico “onere motivazionale effettivamente stringente per l'attività di acquisto [...] delle partecipazioni sociali”, ragion per cui gli stessi giudici amministrativi hanno avvertito la soppressione dell'inciso (così il parere sullo schema di decreto correttivo: Cons. Stato, Comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638, in *giustizia-amministrativa.it*). L'assunto è condiviso da U. PATRONI GRIFFI, *Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale*, in S. FORTUNATO e F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, cit., 211. Di diverso avviso, invece, è S. NICODEMO, sub Art. 5, in S. NICODEMO e M.V. SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica. Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2018, 72, secondo la quale il capoverso espunto, “dal punto di vista concreto, si traduceva in una ipotesi teorica, non idonea ad introdurre elementi valutativi ulteriori e rilevanti rispetto a quanto già richiesto dalla norma. D'altra parte, se anche l'inciso fosse stato

notare che “a favore della soppressione di quest’inciso ... sembrano essere andati, oltre alla necessità di soddisfare talune richieste del sistema delle autonomie al fine del raggiungimento dell’intesa, anche la non facile definizione di questo criterio e il rischio di sovrapposizione con altri principi più tradizionali del diritto amministrativo, quali quello dell’efficacia e dell’economicità, che si concretizzano anche nel miglior uso possibile delle risorse a disposizione” <sup>(593)</sup>.

Ad ogni modo, risulta confermata la già segnalata centralità dell’amministrazione pubblica e degli atti deliberativi da questa adottati <sup>(594)</sup>. Se da un punto di vista generale la parte motiva del provvedimento amministrativo costituisce – come recentemente ribadito anche dalla Corte costituzionale – “il presupposto, il fondamento, il baricentro e l’essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo ... e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile” <sup>(595)</sup>, nel particolare caso che qui interessa dalla motivazione dovrà risaltare, con la massima evidenza, il rispetto dei vincoli di scopo e di attività, attualmente fissati dall’art. 4 TUSPP.

---

inteso nel senso di dar contezza di avere valutato soluzioni alternative alla costituzione della società per conseguire il medesimo obiettivo, non avrebbe introdotto alcunché di ulteriore considerato che, proprio alla base della motivazione “analitica”, vi è la necessità di indicare le ragioni della scelta societaria a preferenza di affidamenti in appalti o altre forme di gestione. In ogni caso, già il giudizio di “convenienza” implica comunque una analisi comparativa sia sotto il profilo economico che sotto il profilo della qualità del servizio”.

<sup>(593)</sup> R. MICCÙ e G. ROMA, *Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale*, cit., 25-26.

<sup>(594)</sup> Che, vale la pena ricordarlo, hanno la natura di “un provvedimento di organizzazione [...] avente natura discrezionale da non confondere con l’atto costitutivo della società, che ha il tipico contenuto degli atti negoziali”: cfr., per questa precisazione, G.A. PRIMERANO, sub *Art. 5*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 195.

<sup>(595)</sup> Così Corte cost., ord. 26 maggio 2015, n. 92, in *cortecostituzionale.it*. È noto, infatti, che “la Corte costituzionale ha valorizzato l’obbligo di motivazione e la sua portata garantistica, fino ad escludere che il legislatore possa esimere l’amministrazione dall’esternare le ragioni delle proprie decisioni (sentenza n. 310 del 2010) e lo ha fatto in nome del principio generale di trasparenza (art. 1 l. 241/1990) che, a sua volta, attua il buon andamento e l’imparzialità della p.a. (art. 97 Cost.) ed il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (24 e 113 Cost.), offrendo così all’istituto una copertura costituzionale (sentenza n. 311 del 1996; sentenza n. 556 del 2000)”: così B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 521 e ss., qui 531. Per meditate riflessioni sul punto si rinvia, per tutti, a R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 269 e ss. Di interesse è anche l’analisi di G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, cit., 205 e ss., che, interrogandosi sul ruolo ricoperto dalla motivazione nelle decisioni dei pubblici poteri in campo economico, così conclude: “La tecnicizzazione dell’attività amministrativa e la grande complessità di alcuni settori della vita economica [...] ci inducono [...] ad affermare che un’attività amministrativa senza motivazione [...] sia incapace di reggere la sfida della modernità, che non può che essere basata su un adeguato confronto ed equilibrio fra potere pubblico e poteri privati” (corsivi dell’A.).

Proprio su tale ultima disposizione, più volte citata in queste righe, è bene spendere qualche parola.

Sotto la rubrica *Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche* figura il comma 1 che così recita: “Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”. Tale comma riveste un ruolo centrale nell'impianto complessivo della riforma.

L'art. 4, co.1, TUSPP, infatti, esprime la volontà di “limitare” il ricorso delle amministrazioni pubbliche alla istituzione di società partecipate, che si traduce nell'imposizione di una stretta correlazione tra queste ultime e le finalità istituzionali delle prime <sup>(596)</sup>. È in relazione a tali finalità, dunque, che l'amministrazione è chiamata a scegliere lo strumento di azione più idoneo e ciò vale anche per lo strumento societario <sup>(597)</sup>.

Tra i primi commentatori è opinione condivisa che tale disposizione sia da porre in stretta relazione con quella di cui l'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 <sup>(598)</sup>, sulla quale ci siamo a suo tempo soffermati (e che risulta ora abrogata ad opera dell'art. 28 del Testo unico).

Già con questa legge, come abbiamo avuto modo di constatare, veniva introdotto nell'ordinamento un criterio di legittimazione più stringente rispetto al tradizionale riferimento all'agire funzionale dell'amministrazione pubblica: “la facoltà di acquistare o mantenere partecipazioni sociali veniva parametrata ad una relazione di

---

<sup>(596)</sup> Cfr. S. NICODEMO, sub *Art. 4*, in S. NICODEMO e M.V. SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica. Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, cit., 57, che sottolinea anche la funzione di “deterrenza” della norma, fermo restando che, per altro verso, essa “vuole sottolineare la potenziale utilità dell'istituto [societario, *n.d.r.*], quando correttamente gestito e organizzato”.

<sup>(597)</sup> Cfr. S. NICODEMO, sub *Art. 4*, cit., 59.

<sup>(598)</sup> In questo senso, tra i tanti, S. NICODEMO, sub *Art. 4*, cit., 58; M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio*, cit., 1960; A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, cit., 200; F. MATALUNI, sub *Art. 4*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, cit., 64; C. PECORARO, *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali: vincoli sostanziali e procedurali*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, cit., 43. Successivamente cfr. anche G. ROMA, *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in *federalismi.it*, n. speciale 6/2018, in part. 5 e ss.

stretta necessità tra svolgimento dell'attività sociale e perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico" (599).

Ebbene, nell'attuale contesto normativo la previsione è stata ripresa e confermata (600). Nella cornice del fenomeno di cui ci stiamo occupando, infatti, con l'art. 4, co. 1, TUSPP, "il legislatore ha voluto condizionare la capacità negoziale degli enti pubblici ... all'effettiva sussistenza di un interesse pubblico rientrante tra quelli dalla legge demandati alla loro cura, assegnando rilievo determinante alla necessaria ed imprescindibile sussistenza di un nesso di stretta funzionalità tra scopo perseguito attraverso la costituzione o la partecipazione alla società e la competenza istituzionale dell'ente pubblico" (601).

Conseguentemente, tornano in auge le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in epoca anteriore al TUSPP, in base alle quali è necessario verificare l'esistenza "di un qualificato nesso tra l'attività economica esercitata dalla società e le finalità istituzionali del soggetto pubblico che le costituisce o partecipa", di modo che la prima risulti "assolutamente necessaria" per il perseguimento delle seconde (602); la

---

(599) C. PECORARO, *I limiti all'assunzione*, cit., 43.

(600) Cfr., di nuovo, C. PECORARO, *I limiti all'assunzione*, cit., 43. Nello stesso senso M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio*, cit., 1960: "Viene quindi ribadito il principio generale, volto a contenere l'indiscriminata proliferazione di organismi societari a partecipazione pubblica, secondo cui la costituzione o la partecipazione a società di capitali risulta essere ammessa soltanto laddove l'ente pubblico non possa ragionevolmente farne a meno".

(601) Così M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio*, cit., 1961, che prosegue: "La costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie può dirsi legittima soltanto laddove il fine istituzionale dell'ente non sarebbe in altro modo ragionevolmente perseguibile". Le pagine di questo A. sono ricche di spunti interessanti a proposito del vincolo di scopo posto dall'art. 4, co. 1, TUSPP. Nel rinviarvi il lettore, ci limitiamo qui a richiamare due passaggi nei quali Sciascia tenta di mettere a fuoco, nel modo più preciso possibile, il concetto di "stretta necessità". Il primo è quello in cui egli afferma che quest'ultima deve essere "intesa non del senso di assenza ontologica di soluzioni alternative, ma nel senso economico-aziendalistico, quale soluzione tecnicamente preferibile sul piano dell'efficienza gestionale" (1962). Il secondo, invece, è quello in cui si legge: "Nonostante il legislatore non lo espliciti in maniera espressa, non dovrebbero sussistere dubbi in ordine al fatto che il requisito della stretta necessità debba investire non solo l'an, ma anche il *quantum* della partecipazione pubblica, nel senso cioè che l'entità della partecipazione non deve risultare eccessiva rispetto a quanto (appunto) strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante" (1968). Per un tentativo di definizione si veda anche G. MARASÀ, *I limiti all'assunzione*, cit., 24. Ad avviso di quest'ultimo, il requisito della stretta necessità "a rigore parrebbe richiedere *non un semplice rapporto di coerenza o pertinenza* fra l'attività della partecipata e le funzioni dell'ente, bensì una *intensa compenetrazione* fra l'una e le altre" (corsivi dell'A.).

(602) In questi termini le sentenze Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1572 e n. 1573, entrambe in *iusexplorer.it*.

partecipazione, in altri termini, deve essere impiegata per “reali necessità istituzionali degli enti” (603).

È opinione parimenti condivisa, poi, quella secondo la quale il TUSPP avrebbe ulteriormente ristretto le maglie del sistema, in ragione di quanto disposto dal successivo comma 2 dell’art. 4, dove il legislatore indica – in positivo – le attività che

---

(603) Tar Sardegna, sez. I, 5 aprile 2013, n. 269, in *iusexplorer.it*. Sebbene la *ratio* sottesa all’art. 3, co. 27, l. n. 244/2007, sia stata tradizionalmente rintracciata nella volontà del legislatore di garantire il regime della per il mercato, eliminando i soggetti in grado di pregiudicarne il funzionamento (lo riferisce, tra gli altri, G. MULAZZANI, *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2015, 2, 389), questa sentenza ha viceversa affermato che detta disposizione, “nel prevedere che “al fine di tutelare la concorrenza e il mercato”, le pubbliche amministrazioni “non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”, ha posto un limite all’impiego dello strumento societario non tanto per assicurare, come, invero, dichiarato nella parte iniziale della disposizione stessa, la tutela della concorrenza – che di per sé lo strumento dell’impresa pubblica non potrebbe pregiudicare – quanto per garantire, in coerenza con l’esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell’interesse pubblico; allo stato, pertanto, può ritenersi esistente, nel nostro ordinamento, una norma imperativa che – esprimendo un principio già in precedenza immanente nel sistema – pone un chiaro limite all’esercizio dell’attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell’interesse pubblico” (massima tratta da *Foro amm. – TAR*, 2013, 4, 1403). A tal proposito, M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 857, osserva che tale pronuncia rende giustizia dell’assunto indimostrato secondo cui la sola presenza delle società partecipate possa costituire un ostacolo al corretto svolgersi del mercato e dà invece rilievo al troppo spesso dimenticato (quando non addirittura negato) principio di funzionalizzazione nell’azione societaria degli enti pubblici”. Poco tempo prima, del resto, Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 3, 696, aveva affermato “che, allo stato, esiste una norma imperativa che – esprimendo un principio già in precedenza immanente nel sistema – pone un chiaro limite all’esercizio dell’attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell’interesse pubblico”. Cfr. altresì, in toni ancora più netti, Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2016, n. 4688, in *dirittodeiservizipubblici.it*. Infine, per una recente applicazione della norma in parola, si veda l’interessante sentenza Tar Molise, 3 ottobre 2017, n. 331, in *giustizia-amministrativa.it*, la cui massima così recita: “L’art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244 osta a che un ente pubblico, anche se a finalità generale come è la Regione, possa decidere di aumentare la propria partecipazione ad una società che possiede uno Zuccherificio, non essendo sufficiente a tal fine la finalità di conservare sia il livello occupazionale sia una importante risorsa produttiva”. Nel fattispecie *de qua*, il Tar ha chiarito che riconoscere la coincidenza tra gli obiettivi avuti di mira dall’ente pubblico socio, che aveva stabilito di deliberare un aumento di capitale e di sottoscriverlo, e le finalità istituzionali significherebbe abilitare gli enti territoriali a finalità generali, come le Regioni, a porre in essere tutti i possibili interventi pubblici di salvataggio di realtà produttive locali, determinando nella sostanza, al netto della disciplina sugli aiuti di Stato, un impegno per la finanza pubblica difficilmente sostenibile e certamente contrario alla ratio sottesa all’art. 3, co. 27, l. n. 244/2007. Ha aggiunto il Tar, poi, che obiettivo della disposizione contenuta nella l. finanziaria 2008 sarebbe (anche) quello di eliminare l’esposizione degli enti locali al rischio imprenditoriale, limitandone l’attività all’esercizio delle funzioni di amministrazione attiva. Su tale base, è stato affermato, allora, che l’art. 3, comma 27, cit., consentirebbe la costituzione di nuove società per lo svolgimento di “attività istituzionali” dell’ente medesimo e non per attività semplicemente “collegate” (in qualsiasi modo) ad attività istituzionali. Ne consegue, per i giudici amministrativi, la necessità di apprezzare in concreto il nesso di strumentalità necessaria tra le partecipazioni detenute da ciascun ente e l’esercizio delle funzioni amministrative ad esso normativamente attribuite.

possono essere assunte mediante la partecipazione o la costituzione di società<sup>(604)</sup>. La dottrina suole ormai riferirsi al comma 2 parlando di “vincolo di attività”, sì da distinguerlo dal “vincolo di scopo pubblico” in cui si sostanzia, invece, il comma 1 dell’art. 4 TUSPP.

Così recita la disposizione in esame: “Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate”; segue un elenco composto da cinque lettere, ma riferimenti ad attività ulteriori si rinvengono nei successivi commi di cui si compone l’art. 4.

Innanzitutto, come ben dimostra l’*incipit* del comma 2, la verifica in ordine al requisito della stretta necessità investe ormai indistintamente tutte le partecipazioni societarie<sup>(605)</sup>, non essendo più previste – come invece accadeva nel sistema delineato dall’art. 3, co. 27 cit. – ipotesi nelle quali, a motivo della peculiare attività svolta dalla società, la partecipazione dell’amministrazione alla società medesima “è sempre ammessa” (come, ad es., la produzione di servizi di interesse generale). Di conseguenza, è stato notato che “la maggiore estensione operativa del principio [della stretta necessità rispetto alle finalità istituzionali dell’ente pubblico, *n.d.r.*] è riprovata ... dal superamento dell’originaria predeterminazione di quelle attività sottratte al filtro funzionale, ovvero quelle attività ritenute dalla norma previgente intrinsecamente avvinte da una relazione di stretta necessità al raggiungimento dell’interesse dell’amministrazione pubblica”<sup>(606)</sup>.

In secondo luogo, superando l’*incipit*, nel comma 2 ci si imbatte nella “predeterminazione” delle attività che possono costituire l’oggetto sociale delle società partecipate. Senza indulgere in elencazioni che non farebbero altro che appesantire il

---

<sup>(604)</sup> Afferma F. MATALUNI, sub *Art. 4*, cit., 65: “È evidente, tuttavia, che, alla luce della nuova disciplina in materia di società partecipate, il vincolo di scopo, il cui rispetto, in precedenza, era ritenuto sufficiente per la partecipazione in una società da parte di una pubblica amministrazione, non è più considerato tale. Ciò è dimostrato dal successivo comma 2 dell’art. 4, nel quale è positivizzato il c.d. vincolo di attività”. Nello stesso senso M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio*, cit., 1970.

<sup>(605)</sup> Cfr., per tale rilievo, A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, cit., 202.

<sup>(606)</sup> Così, limpidamente, C. PECORARO, *I limiti all’assunzione*, cit., 44.

lettore <sup>(607)</sup>, ci limitiamo qui segnalare il cuore del problema, riassumibile nella seguente domanda: l'elencazione di attività di cui al presente comma è tassativa o meramente esemplificativa?

La questione vede dividersi gli interpreti tra coloro che nell'elenco delle attività ammissibili riconoscono un *numerus clausus*, a un estremo <sup>(608)</sup>; coloro che invece negano la tassatività dell'elenco medesimo, all'altro estremo <sup>(609)</sup>; infine, nel mezzo, quelli che discorrono di un numero "quasi chiuso" <sup>(610)</sup>.

È evidente che accedendo alla prima soluzione il tasso di "restrittività" del Testo unico nei confronti del fenomeno regolato raggiunge livelli massimi. Le società a cui possono partecipare le pubbliche amministrazioni, infatti, oltre a doversi mantenere

---

<sup>(607)</sup> Fermo restando il duplice avvertimento che "il ventaglio di attività in ordine alle quali è consentita la partecipazione pubblica alla società è integrato da altre norme, talune interne al corpo normativo del Testo unico, altre contenute in leggi speciali cui la normativa generale mantiene fermo il rinvio" (C. PECORARO, *I limiti all'assunzione*, cit., 49-50); e che "dalla lettura dell'art. 4 sembra [...] emergere l'impiego di categorie non del tutto omogenee che, oltre a non andare a beneficio della chiarezza per interpreti e operatori, si ripercuote negativamente anche sulla logicità e giustificabilità delle mancate inclusioni" (C. ACOCELLA, *Il riordino delle partecipate pubbliche nel quadro della riforma Madia: tentativi di semplificazione*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare*, cit., 88), per un'analisi dettagliata delle attività contemplate dal comma 2 si rimanda ai già menzionati S. NICODEMO, sub *Art. 4*, cit., 60 e ss., e M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio*, cit., 1975 e ss.

<sup>(608)</sup> A sostegno del carattere tassativo dell'elencazione si esprimono F. MATALUNI, sub *Art. 4*, cit., 65, e M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio*, cit., 1970-1971. Nonché, se ben si è inteso, C. ACOCELLA, *Il riordino delle partecipate pubbliche*, cit., che ad un certo punto afferma: "Probabilmente anche in risposta all'assenza di univocità semantica della locuzione utilizzata dal legislatore per caratterizzare funzionalmente il modulo societario, si assiste ad una esasperazione del bisogno di ridurre i margini interpretativi (che residuavano in passato al di là dei casi espressamente consentiti), e quindi al passaggio dalla logica della esemplificazione a quella della elencazione tassativa dei tipi ammessi".

<sup>(609)</sup> A sostegno del carattere meramente esemplificativo, o comunque non tassativo dell'elencazione di cui al comma 2, si veda F(ERRUCCIO). CAPALBO, *Società a partecipazione pubblica e servizi pubblici locali. Inquadramento sistematico e disciplina alla luce del D.lgs. 175/2016 e della sentenza della Corte costituzionale 251/2016*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2017, 146, che osserva: "La assenza di ogni precisazione, nell'ambito del testo [...], in merito alla natura di tale elencazione, se, cioè tassativa o meramente esemplificativa, è suscettibile di comportare numerosi problemi di ordine pratico in sede di concreta applicazione. Per la verità, la lettura della relazione di accompagnamento alla proposta di Testo unico licenziata dal governo, sembra confermare la tesi che si tratti di una elencazione esemplificativa e non tassativa, rimanendo, quindi, affidata alla valutazione del caso per caso la effettiva riconducibilità dell'attività svolta dalla società costituita o partecipata alle finalità istituzionali dell'ente costituente o partecipante, nelle ipotesi in cui si tratti di oggetti diversi da quelli di cui all'elenco in parola". Per la non tassatività conclude anche A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, cit., 210 e ss. Su un piano più generale, peraltro, l'A. critica la scelta di cui al comma 1 dell'art. 4, TUSPP. Ad avviso del medesimo, infatti, "L'eliminazione della possibilità per le p.a. [...] di detenere partecipazioni in società di mercato non quotate in mercati regolamentati, a prescindere dal fatto che le stesse risultino strumentali alle finalità istituzionali e consentano ai soci pubblici, ogni anno, di percepire utili, se certamente realizza un obiettivo di riduzione del numero delle partecipazioni societarie detenute da p.a., non sembra però che possa considerarsi conforme a criteri di efficienza, efficacia ed economicità" (198-199).

<sup>(610)</sup> Propendono per tale opzione A. POLICE e S. LUCATTINI, sub *Art. 4*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 177.

entro gli argini tracciati dal comma 1 (stretta necessarietà rispetto alle finalità istituzionali demandate alle cure dell'ente pubblico: vincolo, questo, inequivocabilmente generalizzato, come si è visto), potrebbero svolgere solo una tra le attività tassativamente indicate dal comma 2, non altre. Districare la matassa, e optare per una opzione scartando le altre, non è affatto semplice.

Certo è, in ogni caso, che l'art. 4 TUSPP propone “un assetto di regole che riflette il forte clima di sfiducia per il modo in cui molte amministrazioni, attive soprattutto a livello locale, hanno fatto ricorso al modello societario” <sup>(611)</sup>, di sovente utilizzato – osserva Bernardo Giorgio Mattarella, capo dell'Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione Madia e perciò, in un certo senso, demiurgo della riforma – “per svolgere attività lontane dalle loro finalità istituzionali e con modalità poco trasparenti nell'uso delle risorse pubbliche” <sup>(612)</sup>.

Ed altrettanto certo è che per la sottile crunrarappresentata dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 passa la sfida della concreta attuazione del disegno riformatore, *punctum dolens* dei precedenti tentativi compiuti dal legislatore che, pur avendo astrattamente previsto obblighi e/o divieti molto rigidi al fine di razionalizzare il sistema e ridurre il numero delle società partecipate operanti nel nostro Paese, alla prova dei fatti non hanno trovato applicazione, finendo così per rimanere sulla carta <sup>(613)</sup>.

---

<sup>(611)</sup> Così A. POLICE e S. LUCATTINI, sub Art. 4, cit., 174.

<sup>(612)</sup> B.G. MATTARELLA, *Presentazione*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, cit., XIV.

<sup>(613)</sup> Anche a causa della mancata previsione di adeguate sanzioni da parte del legislatore, come ad es. nel caso del più volte richiamato art. 3 della l. 24 dicembre 2007, n. 244, i cui numerosi divieti (rispetto alla costituzione di società non strettamente necessarie, o rispetto all'assunzione/mantenimento di partecipazioni non autorizzate, o ancora nel caso di mancata cessione delle società e delle partecipazioni vietate oltre il termine previsto per legge) non erano accompagnati da alcun meccanismo sanzionatorio. *Vulnus* a cui il legislatore ha inteso rimediare negli anni successivi con svariati interventi (di recente ben riassunti da G. AMODIO, *Le società pubbliche: genesi di una riforma*, in *federalismi.it*, n. speciale 6/2018, spec. 17 e ss., a cui rinviamo il lettore), fino al Testo unico, in cui si rinviene un regime sanzionatorio articolato e, per taluni aspetti, “innovativo”: così G. ROMA, *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, cit., 16. In particolare, è prevista la comminazione di sanzioni pecuniarie in caso di mancata presentazione dei piani di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche entro i termini stabiliti (art. 20, co. 7, TUSPP). Sui piani di razionalizzazione disciplinati dal TUSPP, tema sul quale non è possibile in questa sede soffermarsi, si rimanda, senza alcuna pretesa di esaustività, alle analisi di C. PETTINARI, *I piani di razionalizzazione*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, cit., 427 e ss., e di S. FORTUNATO, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in S. FORTUNATO e F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, cit., 95 e ss.; G. MARASÀ, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel Testo unico (d.lgs. 175/2016)*

Va ricordato, tuttavia, che si tratta pur sempre di disposizioni che “disciplinano l’azionista pubblico più che la società partecipata in quanto tale” <sup>(614)</sup>. Come è stato notato, infatti, se “è vero che nel disciplinare la legittimazione delle pubbliche amministrazioni a costituire le società o a parteciparvi si definisce anche il perimetro entro il quale queste possono esistere, ... si tratta comunque di un vincolo posto alle pubbliche amministrazioni” <sup>(615)</sup>.

Riemerge dunque quella logica binaria che, come segnalato in precedenza, ispira il Testo unico e che, arrivati a questo punto, ci impone di concentrare la nostra attenzione sulle norme dedicate alle società partecipate. Non su tutte le norme, però: su quelle di sistema, in linea con quanto fatto sinora.

---

*integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Riv. soc.*, 2017, 4, 795 e ss. Per quanto riguarda invece il sistema dei controlli – interni ed esterni – architettato dal Testo unico per le nostre società, possono qui richiamarsi, per tutti, i recentissimi F. FRACCHIA, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 855 e ss., e D. ROSSANO, *I controlli nelle società pubbliche*, in *federalismi.it*, n. 19/2018. Ad avviso di G. FARNETI, *Introduzione alla lettura del TU: siamo alla vigilia di un concreto processo di cambiamento?*, in *Azienditalia*, 2016, 10, 833 e ss., “Il rafforzato sistema dei controlli esterni e le previsioni di nuove sanzioni, in unione con la più chiara individuazione delle responsabilità, saranno in grado [...] di conferire il carattere dell’effettività al nuovo quadro ordinamentale”. Sulle sfide da affrontare dopo l’emanazione del d.lgs. n. 175/2016 si veda, più in generale, G. BRUZZONE, *Riordino della disciplina delle società partecipate: le sfide da affrontare*, in F. CINTIOLI e F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, cit., 27 e ss. Infine, per un riscontro concreto sullo stato di avanzamento della riforma delle società a partecipazione pubblica, si rinvia al rapporto pubblicato da OSSERVATORIO CONTI PUBBLICI ITALIANI, *Come sta procedendo la riforma delle partecipate?*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 5 febbraio 2018; nonché al successivo documento ufficiale diffuso da MEF – DIPARTIMENTO DEL TESORO, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, maggio 2019, in *dt.mef.gov.it*.

<sup>(614)</sup> Così sempre B.G. MATTARELLA, *Presentazione*, cit., XIV.

<sup>(615)</sup> G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 32.

### **5.1 [segue] I tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3, co. 1, TUSPP) e l'applicazione alle società a partecipazione pubblica delle norme di diritto societario contenute nel codice civile e delle norme generali del diritto privato (art. 1, co. 3, TUSPP)**

Nel paragrafo che precede abbiamo impostato l'analisi delle norme di vertice del Testo unico a partire dall'art. 1 TUSPP. In quella sede, tuttavia, ci siamo arrestati (volutamente) al secondo comma della disposizione in parola. Ebbene, è giunta per noi l'ora di occuparci della importantissima norma di cui al comma successivo.

L'art. 1, co. 3. TUSPP dispone che “Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”.

Una autorevole dottrina ha notato che una enunciazione di tal fatta potrebbe a prima vista apparire “superflua” <sup>(616)</sup>.

A ben vedere, dopo l'art. 2 del Testo unico, dedicato alle *Definizioni*, in effetti troviamo scolpita la regola secondo la quale “Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa” (art. 3, co. 1, TUSPP).

Nel consentire solo certe partecipazioni, l'art. 3, co. 1, TUSPP “pone in realtà un divieto con riferimento a quelle negli altri tipi sociali” <sup>(617)</sup>, segnatamente nelle società di persone. Secondo la generalità degli interpreti, la *ratio* della norma testé citata è evidente: non ammettere partecipazioni che comportino assunzione di responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali <sup>(618)</sup>. In caso contrario, difatti, “verrebbe a mancare la preventiva copertura finanziaria dell'impegno di spesa, il cui ammontare non sarebbe a priori quantificabile”; una situazione, questa, in chiaro contrasto “con le

---

<sup>(616)</sup> Si tratta di C. IBBA, *Introduzione*, cit., 4.

<sup>(617)</sup> Così M. STELLA RICHTER *jr*, sub *Art. 3*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 158.

<sup>(618)</sup> Concordi sul punto sono M. STELLA RICHTER *jr*, sub *Art. 3*, cit., 155; C. IBBA, *Introduzione*, cit., 4; C. PECORARO, *La costituzione della società*, cit., 71; M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio*, cit., 1951.

regole e con la funzione autorizzatoria del bilancio di previsione degli enti in regime di contabilità finanziaria”<sup>(619)</sup>.

Il primo comma dell’art. 3 TUSPP, però, ha anche un altro significato. “La norma, limitando l’area dei tipi societari utilizzabili dalle amministrazioni pubbliche, non solo vincola l’autonomia di queste in ordine all’investimento in partecipazioni ma, altresì, individua le discipline che risulteranno applicabili, circoscrivendole a quelle dei tipi consentiti. Ciò in quanto l’adozione della forma societaria determina – e non può che determinare – l’applicazione del diritto societario, per effetto delle norme del codice civile che ricollegano alla costituzione di un determinato tipo sociale, appunto, la soggezione alla relativa disciplina”<sup>(620)</sup>. La norma – detto altrimenti – risulta caricata di una spiccata “connotazione ideologica”, il cui nucleo va ricercato “nella sottoposizione allo statuto normativo previsto per il tipo sociale”, vale a dire nella “necessità di raccordare il tema generale della definizione tipologica del modello organizzativo con quello specifico del carattere privatistico della società costituita dal soggetto pubblico per l’esercizio di una iniziativa economica”<sup>(621)</sup>.

Insomma, l’art. 3, co. 1, TUSPP di per sé comporta che “le società partecipate, anche quando preposte all’esercizio di una funzione di rilevanza pubblica, conservano la natura di persone giuridiche di diritto privato e sono sottoposte alla normativa propria del tipo sociale”<sup>(622)</sup>. Di qui la possibilità di catalogare come superflua la

---

<sup>(619)</sup> In questi termini M. SCIASCIA, *Il potere organizzatorio*, cit., 1951.

<sup>(620)</sup> C. IBBA, *Introduzione*, cit., 4. Punto su cui l’A. si è soffermato più volte: in molti degli scritti da noi citati nel corso del presente lavoro; nonché, da ultimo, alle soglie della codificazione in materia di società a partecipazione pubblica, in ID., *L’impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 2, 409 e ss., spec. 410-411. Più in generale, sull’inferenza fattispecie-disciplina nel diritto delle società, si vedano M. SCIUTO e P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., 2004, 1\*, 8 e ss.

<sup>(621)</sup> C. PECORARO, *La costituzione della società*, cit., 77. Ponendosi lungo questa linea argomentativa, il pensiero risale fino all’illustre insegnamento del già menzionato (*supra* cap. II, § IV) G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., 348, per il quale “la confluenza dell’interesse pubblico nell’interesse sociale qualifica il tipo senza snaturarlo e giustifica le particolarità della disciplina”. In tale prospettiva, pertanto, osserva F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, in R. GAROFOLI e A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 173 e ss., “non c’è bisogno di cambiare la natura tipica dell’ente in quanto la struttura organizzativa societaria è in grado di accogliere e perseguire una funzione di interesse generale, nel rispetto tuttavia delle regole fondamentali dell’organizzazione” (182).

<sup>(622)</sup> Così, di NUOVO, C. PECORARO, *La costituzione della società*, cit., 77. L’affermazione del carattere privatistico del modello organizzativo, peraltro, non è l’unica conseguenza che secondo l’A. deriva dalla predeterminazione dei tipi sociali in cui è ammessa la partecipazione pubblica. Vi è, infatti, un secondo effetto di tale predeterminazione, che attiene alla “previsione dei confini entro i quali può legittimamente spingersi l’autonomia statutaria nel tentativo di *conformare* il modello organizzativo

precitata norma di cui all'art. 1, co. 3, TUSPP. Che, tuttavia, superflua non è, come fra un attimo avremo modo di vedere. Prima, però, è bene condurre a termine l'analisi dell'art. 3, co. 1, del Testo unico.

Prima ancora della questione società di persone/società di capitali, è significativo innanzitutto il fatto che il legislatore delegato abbia deciso “di riferirsi alle società già regolate dal codice, ai tipi previsti e non ... di introdurre nuove società”<sup>(623)</sup>. Pur avendo facoltà – sulla scorta di quanto previsto dalla legge delega: art. 18, co. 1, lett. a), l. n. 124/2015 – di procedere ad una “distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina”, questi ha comunque deciso di attingere a tipi già disciplinati dal Codice civile, quelli della società per azioni e della società a responsabilità limitata, evitando così di avventurarsi in un'opera di “attuazione creativa” del criterio di delega testé menzionato<sup>(624)</sup>.

Ed è appena il caso di aggiungere che si è trattato di una scelta tutt'altro che distratta o inconsapevole. Al contrario, la decisione da parte del legislatore di non individuare nuovi tipi societari – laddove per tipo intendiamo “un modello societario

---

alle concrete esigenze organizzative e funzionali della partecipazione pubblica per dare attuazione, almeno mediamente, all'interesse particolare delle amministrazioni partecipanti. La previsione del tipo sociale può essere invero declinata nella determinazione di enunciati normativi di carattere inderogabile, ai quali l'esercizio dell'autonomia statutaria dovrà pertanto piegarsi” (corsivo dell'A.). Oltretutto, segnala l'A. che “alcune peculiarità della normativa contenuta nel Testo unico” pongono “non secondari problemi sull'inquadramento delle clausole introdotte dall'autonomia statutaria, con riferimento alle quali la verifica sulla conformità ai caratteri tipologici del paradigma societario resta un esercizio inevitabile per scrutinare il limite entro il quale è ammessa una personalizzazione dell'assetto corporativo e l'introduzione di elementi di specialità nel modello organizzativo” (79). Non è tutto. Pecoraro individua anche un terzo effetto collegato all'art. 3, co. 1, TUSPP: “La predeterminazione dei tipi sociali nei quali è ammessa la partecipazione pubblica rappresenta anche un limite alle operazioni straordinarie di ristrutturazione. Le società partecipate possono infatti essere interessate dalla trasformazione, fusione e scissione, la cui concreta operatività potrà talvolta servire allo scopo di dare attuazione all'esigenza di razionalizzare le partecipazioni pubbliche e valorizzare l'efficienza dell'iniziativa del soggetto pubblico” (81). La previsione in esame “funziona però da filtro rispetto al normale svolgimento di queste operazioni, ammesse nei limiti in cui non si travalica dalla predeterminazione dei tipi sociali nei quali è consentita la partecipazione pubblica” (82).

<sup>(623)</sup> P. PETTITI, sub *Art. 3*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, cit., 53.

<sup>(624)</sup> Scelta, quella di non creare nuovi tipi sociali, ritenuta opportuna e condivisa da F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale*, cit., 24.

con proprie caratteristiche distintive, autonomamente disciplinato in via normativa”<sup>(625)</sup> – è il risultato di una riflessione attenta e ponderata.

Nel corso dell’iter legislativo di approvazione di quello che poi sarebbe diventato il d.lgs. n. 175/2016, infatti, il Consiglio di Stato, esaminando lo schema di decreto sottoposto alla sua attenzione dal Governo (sul punto già orientato verso i tipi di società disciplinati dal Codice civile), aveva sottolineato la necessità di delineare un sistema più complesso, da ricostruire tramite la creazione di nuovi tipi societari e l’individuazione dei rispettivi regimi giuridici applicabili<sup>(626)</sup>.

Per tutta risposta, nella *Relazione illustrativa* dello schema di decreto trasmesso alle Presidenze di Camera e Senato in data 19 luglio 2016 per essere sottoposto a parere parlamentare definitivo<sup>(627)</sup>, l’esecutivo ha chiaramente affermato di non volere

---

<sup>(625)</sup> M. CIAN, *I tipi di società*, in ID. (a cura di), *Diritto commerciale. Aggiornato alla legge 11 agosto 2014, n. 116*, Giappichelli, Torino, 2014, II, 51. Ma per il rilievo della “polivalenza” del termine “tipo” si veda P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni trent’anni dopo*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Giuffrè, Milano, 2015, IV, 2831 e ss., spec. 2837.

<sup>(626)</sup> Il riferimento è al parere Cons. Stato, Comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, in *giustizia-amministrativa.it*, ove i giudici di Palazzo Spada, nel dettaglio, osservano che l’art. 3 “individua i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: società per azioni e società a responsabilità limitata. La legge delega, tuttavia, impiega il concetto di “tipo” societario in un’accezione più ampia, volta a identificare le caratteristiche delle società partecipate «in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell’affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all’emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati» (art. 18, comma 1, lettera a). I criteri idonei a differenziare il “tipo” possono, pertanto, essere sia di natura funzionale, legati all’attività e agli scopi perseguiti, sia di natura strutturale, legati alla misura, qualità e natura della partecipazione nonché alle modalità di affidamento, diretta o non, dei contratti pubblici. La stessa legge delega dispone che, alla luce di tale «distinzione tra tipi», occorre individuare la «relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica». La natura ed entità delle deroghe, guidata dai predetti criteri, conduce, pertanto, a delineare un sistema più complesso [...] In particolare, dovrebbe essere definita, nell’ambito di un primo modello generale, una distinzione più netta tra «società a controllo pubblico», «società a partecipazione pubblica», «società quotate», con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta. Nell’ambito di un secondo modello generale dovrebbero confluire le società strumentali e le società in house, con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità maggiore. In particolare, l’autonomia del modello dell’*in house* deriva, oltre che dalla valorizzazione dei suddetti criteri della legge delega, dalla previsione, imposta dal diritto europeo, di un assetto organizzativo che, come si dirà oltre, non risulta compatibile con quello predefinito dal codice civile”. Dello stesso avviso l’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Nel corso dei lavori parlamentari, in audizione davanti alle Commissioni congiunte Affari costituzionali del Senato e Bilancio della Camera, il Capo di gabinetto dell’AGCM ha affermato che quest’ultima “ritiene di dover condividere le osservazioni formulate nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato in ordine all’esigenza [di] valutare, per fini di chiarezza, l’opportunità di inserire una norma che, in linea con quanto previsto dalla legge delega, distingue le società partecipate da pubbliche amministrazioni in società a partecipazione pubblica, società quotate, società a controllo pubblico, società strumentali e società *in house*, indicando per ciascuna tipologia le norme del decreto applicabili”. Il integrale dell’intervento è consultabile in *rivistacorteconti.it*, n. 10/2016.

<sup>(627)</sup> *Atto del Governo n. 297-bis*, consultabile in *documenti.camera.it* e in *senato.it*.

accogliere le osservazioni contenute nel parere formulato dai magistrati amministrativi, dal momento che “il testo [dello schema di decreto, *n.d.r.*] è basato su una classificazione diversa da quella ivi ipotizzata e anche su scelte diverse in ordine alle partecipazioni ammissibili” (628).

In secondo luogo, venendo alla questione società di persone/società di capitali – la cui distinzione viene tradizionalmente incentrata sul diverso regime organizzativo e della responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali (629) –, la norma prevista dall’art. 3, co. 2, TUSPP “può spiegarsi anche alla luce del fatto che le società per azioni e le società a responsabilità limitata sono quelle con il modello di amministrazione e controllo più formalizzato e, già solo per questo, più adatto alla partecipazione di una pubblica amministrazione” (630). La s.p.a. e la s.r.l. sono “tipi sociali che danno evidentemente qualificate garanzie di efficienza, trasparenza e di controllo dei processi decisionali” (631) e che, pertanto, ben si prestano a fungere da modello organizzativo per l’esercizio dell’iniziativa economica pubblica.

Chi propone questa condivisibile chiave di lettura osserva che “il socio pubblico – in quanto amministrazione pubblica o comunque ente pubblico – non potrebbe assumere quel ruolo imprenditoriale con spiccata rilevanza personale che è, invece, presupposto alla partecipazione in società di persone”: ragione per la quale, “ai fini dell’art. 3, co. 1, rileva non solo il regime della responsabilità limitata ... ma anche il carattere schiettamente corporativo, con previsione di articolata organizzazione, rigida suddivisione di competenze e funzioni tra uffici, irrilevanza della persona del socio nella conduzione degli stessi e, in generale, nella organizzazione della società” (632).

---

(628) Prosegue la *Relazione*: “La distinzione di base è quella tra società controllate, a cui si applicano la maggior parte delle norme, e società meramente partecipate, a cui se ne applicano soltanto alcune, relative all’azionista pubblico più che alla società”.

(629) Cfr. G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Seconda ed., Zanichelli, Bologna, 2009, 350. Va ricordato, ad ogni modo, che “la suddivisione in queste due famiglie non rappresenta soltanto una comoda formula classificatoria, ma ha dignità giuridica, essendo accolta nel codice civile”: così M. CIAN, *Autonomia patrimoniale e personalità giuridica*, in Id. (a cura di), *Diritto commerciale. Aggiornato alla legge 11 agosto 2014, n. 116*, cit., 60. Il riferimento è agli artt. 2500-ter e 2500-sexies c.c. in tema di trasformazione di società.

(630) M. STELLA RICHTER *jr*, sub *Art. 3*, cit., 156.

(631) “[*segue*] unitamente al vantaggio d’incentivare l’investimento in conseguenza della limitazione del rischio per il socio la facoltà per la società (per azioni) di emettere titoli di partecipazione a capitale di rischio o di credito”: così C. PECORARO, *La costituzione della società*, cit., 72.

(632) M. STELLA RICHTER *jr*, sub *Art. 3*, cit., 156. A suffragare le conclusioni così raggiunte vi è, secondo l’A., la “circostanza che, per quanto riguarda la società a responsabilità limitata, altra norma del TUSPP (e cioè l’art. 11, co. 5) si incarica di escludere che le stesse società possano essere

In definitiva, con la disposizione in commento il legislatore sembra valorizzare, oltre al profilo della limitazione di responsabilità, il profilo della *organizzazione di tipo corporativo*: locuzione propria del diritto commerciale, impiegata per sottolineare che tratto caratteristico delle società di capitali è l'esistenza di "un'organizzazione ... basata sulla necessaria presenza di una pluralità di organi (assemblea, organo di gestione e organo di controllo), ciascuno investito per legge di proprie specifiche funzioni e competenze" (633). Ciò che si ritrova un po' dappertutto nel Testo unico, che dedica grande attenzione ai temi dell'organizzazione, della gestione e dei controlli nelle società partecipate – *rectius*, controllate – da amministrazioni pubbliche (634).

Senza andare troppo lontano, sconfinando su disposizioni (artt. 6 e 11 TUSPP) che poi non avremmo modo di analizzare, basta porre lo sguardo sul secondo comma dell'art. 3 per intercettare una norma ispirata ad un criterio organizzatorio di carattere corporativo, nel senso sopra indicato.

All'art. 3, co. 2, TUSPP si legge che "Nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore. Nelle società per azioni a controllo pubblico la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale" (635). Notiamo, per prima cosa, che siamo di fronte a una regola valida non per tutte le società a partecipazione pubblica, ma per quelle a controllo pubblico, dove per controllo deve

---

amministrate con il regime disgiuntivo o congiuntivo, e cioè secondo un modello che è proprio e caratteristico delle società di persone". È noto, difatti, che "le riforme normative recenti hanno sensibilmente avvicinato le due famiglie [società di capitali e società di persone, *n.d.r.*], in particolare consentendo di modellare la s.r.l. secondo gli schemi propri delle società di persone: non a caso essa dovrebbe oggi rappresentare il tipo in cui la responsabilità limitata si coniuga con la rilevanza personalistica della partecipazione dei soci: così M. CIAN, *Autonomia patrimoniale e personalità giuridica*, cit., 60; rilievi analoghi anche in C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Seconda ed., Cedam, Padova, 2006, 16. *Contra* G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore, diretto da R. Costi, Giappichelli, Torino, 2015, 202 e ss., che bolla come "ingannevoli" le "metafore" della centralità del socio nella società a responsabilità limitata e della centralità dell'azione nella società per azioni (e la conseguente asserita spersonalizzazione di quest'ultima).

(633) G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, Utet, Torino, 2015, 40.

(634) Rispetto ai quali si rinvia a M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, in *federalismi.it*, n. 24/2016, nonché ai contributi raccolti nel volume di G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel D.lgs. n. 175/2016 (aggiornato al D.lgs. n. 100/2017)*, Giuffrè, Milano, 2017, *passim*, cui *adde* D. ROSSANO, *I controlli nelle società pubbliche*, cit., *passim*.

(635) Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. b), TUSPP per controllo (pubblico) s'intende "la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

intendersi non solo “la situazione descritta dall’art. 2359 del codice civile”, potendo il controllo sussistere “anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo” (art. 2, co. 1, lett. b, TUSPP).

Una regola che, con tutta evidenza, costituisce una “deviazione” rispetto alla disciplina dettata in via generale dal Codice civile, che sul punto lascia invece spazio all’autonomia statutaria <sup>(636)</sup>, giustificata dalla necessità di garantire in modo maggiormente stringente il rispetto del principio di efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, sancito dal già menzionato art. 1, co. 2, d.lgs. n. 175/2016 <sup>(637)</sup>.

Ma la “deviazione” può dirsi – volendo riprendere un importante criterio contenuto nella legge delega – “proporzionata”: al fine prioritario di garantire un corretto uso delle risorse pubbliche investite in società, si è deciso di tramutare in obbligo ciò che per il diritto societario comune è una semplice facoltà <sup>(638)</sup>. Il legislatore delegato, in altri termini, si è mantenuto nel campo di quelle che sono “possibilità già contemplate dal nostro ordinamento”, discostandosi dalle regole

---

<sup>(636)</sup> Cfr., rispettivamente, l’art. 2477 c.c. per la società a responsabilità limitata e l’art. 2409-bis c.c. per la società per azioni.

<sup>(637)</sup> Per questa lettura M.V. SUSANNA, sub *Art. 3*, in S. NICODEMO e M.V. SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica. Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, cit., 47. Nello stesso senso anche S. GLINIANSKI, sub *Art. 3*, in C. D’ARIES, S. GLINIANSKI, T. TESSARO, *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, cit., 25-26, il quale osserva che con la previsione in parola “si supera ... quella facoltà – resa ammissibile dal legislatore quando le risorse finanziarie utilizzate sono esclusivamente private, ma non comprensibile quando i principi di economicità, efficienza ed efficacia, declinazioni del più ampio dovere di buon andamento dell’amministrazione, governano l’agire amministrativo – di operare senza che, in seno alla società pubblica, sia presente un organo di vigilanza e di controllo. La norma, dunque, pur nella specificità della disposizione da essa dettata, consolida il principio per cui, in coerenza con le diverse finalità a cui tendono *naturaliter* l’azione pubblica e l’agire del privato, se al privato è concesso, nell’esercizio della sua autonomia negoziale, di optare per soluzioni organizzative meno rigorose, questa facoltà di agire resta preclusa quando lo strumento negoziale è utilizzato dall’amministrazione pubblica”.

<sup>(638)</sup> A tacer del fatto che, in determinate ipotesi, anche il legislatore del Codice – quando sono in gioco interessi ritenuti meritevoli di una particolare tutela – tramuta la facoltà in obbligo. Per la s.p.a., dalla lettura combinata dei due commi che compongono l’art. 2409-bis c.c. si evince che, quando una società è tenuta alla redazione del bilancio consolidato, essa non può prevedere che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale, ma deve per forza di cose affidare tale compito ad un revisore legale dei conti o ad una società di revisione legale iscritti in apposito registro. Per la s.r.l., invece, il secondo comma dell’art. 2477 c.c. prevede tre casi di nomina obbligatoria dell’organo di controllo o del revisore. La soluzione adottata sul punto dal legislatore del TUSPP, dunque, non ha alcunché di esorbitante, anzi.

generali di matrice codicistica lo stretto necessario ad attuare quel “rafforzamento dei presidi di controllo” a cui si ispirano numerose altre disposizioni del Testo unico <sup>(639)</sup>.

Il legislatore delegato, pertanto, ha operato nel rispetto del “principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica” (art. 18, co. 1, lett. *a*), l. n. 124/2015). È, quello appena richiamato, “un principio che, per un verso, segna l’ammissibilità di deroghe alla disciplina societaria solo se strettamente necessarie al perseguimento delle finalità pubblicistiche perseguite con l’introduzione della norma speciale, e, per un verso concorrente impone, in presenza di diverse soluzioni astrattamente idonee al raggiungimento di questa finalità, l’accoglimento di quella meno dirompente sul normale funzionamento del paradigma societario” <sup>(640)</sup>.

Non solo. Con tutta probabilità, ripensando all’esempio testé menzionato, il legislatore della riforma ha altresì operato secondo canoni di razionalità, evitando di incorrere in “sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo” (sovrapposizioni che, se esistenti, la legge delega gli chiedeva di eliminare: art. 18, co. 1, lett. *h*), l. n. 124/2015).

Venendo a concludere sul punto, va detto che all’interno del Testo unico di “deviazioni” rispetto alla disciplina dettata in via generale dal Codice civile ve n’è un discreto numero. La dottrina giuscommercialistica, alla quale compete il raffronto tra le stesse e le regole di diritto societario “ordinarie”, è giunta – tramite alcuni dei suoi più autorevoli esponenti – alla conclusione che la normativa “speciale” posta per le società a partecipazione pubblica non comporta una alterazione dei modelli tipologici di diritto comune, nemmeno nel caso in cui la pubblica amministrazione viene a

---

<sup>(639)</sup> Cfr., nel senso indicato, F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, cit., 191. Secondo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1136 e ss., pertanto, con riguardo alle s.r.l. a controllo pubblico deve concludersi che “il modo in cui l’organo di controllo o il revisore agiranno e saranno disciplinati è identico a quello applicabile alle società che vi facciano ricorso facoltativamente o per trovarsi in una delle situazioni contemplate dall’art. 2477, comma 3, c.c.” (1137). Quanto alle s.p.a. a controllo pubblico, per queste “la deroga rispetto al diritto comune, del pari, non consiste nella introduzione di un regime diverso da quello applicabile alle società non a controllo pubblico, ma si sostanzia nella introduzione di una condizione ulteriore, rispetto a quella già contemplata dall’art. 2409-bis, comma 2” (1138).

<sup>(640)</sup> C. PECORARO, *La costituzione della società*, cit., 81.

trovarsi in posizione di controllo <sup>(641)</sup> <sup>(642)</sup>. Anche con riguardo alle società a controllo pubblico, infatti, si fa notare che “il legislatore della riforma ha spesso ripreso e riformulato precedenti disposizioni normative, che talvolta pongono soltanto dei limiti all’autonomia statutaria, altra volta comportano deroghe alla disciplina delle s.p.a. e delle s.r.l. contenuta nel codice civile. Tali disposizioni tuttavia non sembrano presentare tratti eterodossi fino al punto da mettere in gioco l’appartenenza alle fattispecie codicistiche” <sup>(643)</sup>.

---

<sup>(641)</sup> Il riferimento è a C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, cit., 18-19 (pur con alcune riserve riguardo alle società *in house providing*: 22 e ss.); a M. STELLA RICHTER jr, sub *Art. 3*, cit., 162; nonché a F. FIMMANÒ e A. CATRICALÀ, *Introduzione. Profili generali della riforma*, in F. FIMMANÒ e A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., I, 15 e ss.. Questi ultimi dapprima osservano che “la riforma introduce sicuramente una serie di *norme speciali ad hoc*, ma comunque queste non fanno emergere un tipo di società a sé stante neppure quando si tratta di società soggette a controllo analogo” (16); poi, in un successivo passaggio, aggiungono: “insomma la società pubblica non era né diventa “un tipo”. Ed anche laddove la differenziazione tra le varie società pubbliche appare più forte, emerge solare la scelta del legislatore” (24). Più sfumata la posizione di S. FORTUNATO, *Le società a partecipazione pubblica tra modelli privatistici ed esercizio di pubbliche funzioni*, in *ibattellidelreno.it*, 18 dicembre 2016, il quale, tirando le fila “sul quadro derogatorio della disciplina di diritto privato delle società a partecipazione pubblica”, afferma che “spesso si tratta di regole che accanto a vere e proprie deroghe al diritto comune talvolta ne confermano la portata”.

<sup>(642)</sup> Ma anche parte della dottrina amministrativistica, attraverso propri esponenti altrettanto autorevoli, condivide la conclusione indicata nel testo. Si veda, ad es., M. CLARICH, *Il rapporto tra Diritto pubblico e Diritto privato*, cit., 58, per il quale “Nel complesso le deroghe al codice civile non sono tali da stravolgere il modello societario di diritto comune. [...] In definitiva, nell’impostazione del Testo unico, allorché una pubblica amministrazione decide, nei limiti ora resi più stringenti, di assumere partecipazioni societarie, si pone sullo stesso piano di un qualsiasi altro socio privato e la società resta disciplinata integralmente dal codice civile, senza elementi di specialità tali da dar origine a una tipologia autonoma”.

<sup>(643)</sup> Così, con nettezza, F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, cit., 191. La quale (al pari di Angelici) sembra però incerta nell’estendere la suesposta conclusione anche alle società *in house* costituite in forma di s.p.a., i cui “forti elementi di specialità insiti nella disciplina inducono a ritenere che le peculiarità organizzative delle società *in house* siano tali da determinare un importante distacco sul piano tipologico dal modello privatistico” (195). Ma è la stessa Autrice, in sede di conclusione del proprio saggio, a ridimensionare il problema, sottolineando che “del resto anche per le società *in house* la disciplina residuale è pur sempre quella del codice civile sicché sembra ancora una volta possibile osservare che una scansione tipologica delle società a partecipazione pubblica non ha utilità in sé e per sé e tanto meno ne ha, ed anzi risulterebbe pericolosa, qualora dovesse essere utilizzata come premessa dell’interpretazione. In una prospettiva di carattere ricognitivo si può dire allora che il legislatore in definitiva ha disegnato la nuova disciplina graduando gli elementi di specialità delle diverse categorie di società a partecipazione pubblica con un’intensità crescente in ragione del significato della partecipazione sociale e dunque delle finalità ad essa sottese fino ad arrivare a configurare un modello, quello della s.p.a. *in house*, nel quale i connotati tipologici della s.p.a. di diritto comune risultano in buona parte smarriti. Si può allora discutere della possibile autonomia tipologica delle società *in house* [...], ma si può discutere anche della possibile oziosità del quesito se svincolato dai problemi di coordinamento con la disciplina di diritto comune, posto che è a questa disciplina che oggi si deve far riferimento, possibilmente al di là dei convincimenti di ordine dogmatico che hanno fino ad oggi dominato la materia” (199-200). Una conclusione che si fonda su una norma che gioca un ruolo di importanza cruciale nel complessivo impianto del Testo unico: quella contenuta all’art. 1, co. 3, TUSPP, che nel testo ci accingiamo a trattare.

È qui che entra in gioco, finalmente, l'art. 1, co. 3, TUSPP, il quale stabilisce che, all'infuori delle deroghe previste dal Testo unico medesimo, per le società a partecipazione pubblica trovano applicazione le norme sulle società contenute nel Codice civile e le norme generali di diritto privato.

Il discorso sin qui condotto, già di per sé espressivo della volontà del legislatore delegato di collocare le nostre società nell'alveo del Codice civile e più in generale del diritto privato, si salda con l'enunciazione di cui al terzo comma dell'art. 1, tutt'altro che superflua. Al contrario, essa è quantomai “opportuna, se è vero che in passato hanno avuto un certo credito orientamenti secondo i quali la disciplina societaria risulterebbe applicabile solo se compatibile con le discipline pubblicistiche di volta in volta richiamate dagli interessi in gioco”, facendo leva su “una supposta prevalenza della sostanza sulla forma o del diritto pubblico sul diritto privato” (644).

L'art. 1, co. 3, TUSPP, quindi, “ribadisce con chiarezza la collocazione privatistica e societaria delle società a partecipazione pubblica e della loro disciplina di riferimento” e si presta a “qualificare ... le disposizioni del Testo unico ... come *diritto speciale che s'innesta nel diritto societario comune*, sicché, in assenza di norme di legge derogatorie, eventuali discipline pubblicistiche o comunque extra-societarie risulteranno applicabili solo se compatibili con quella societaria, ovvero solo se non contrastino con norme societarie imperative” (645).

La norma in commento è stata apprezzata dagli studiosi di diritto commerciale che hanno sottolineato come la stessa, nel ribadire con chiarezza la collocazione privatistica e societaria delle società a partecipazione pubblica nonché della loro disciplina di riferimento, sia in perfetta sintonia con la constatazione che “gli enti in questione sono iscritti nel registro delle imprese come società, ed anzi come società appartenenti ad un determinato tipo. Essi dunque dichiarano ai terzi la loro natura societaria, con ciò suscitando il legittimo affidamento circa l'applicazione di un regime conforme al *nomen iuris* adottato; un affidamento che sarebbe inammissibilmente disatteso ove una determinata norma societaria fosse disapplicata a beneficio di

---

(644) C. IBBA, *Introduzione*, cit., 5.

(645) C. IBBA, *Introduzione*, cit., 5 (corsivo nostro...l'A. utilizza direttamente il grassetto!). Anche P. PETTITI, sub *Art. 3*, cit., 55, rileva che “la scelta del legislatore appare essere stata quella di ricondurre le società pubbliche nel perimetro delle società private e di prevedere qua e là qualche regola speciale”.

un'altra pubblicistica o comunque non societaria o non propria del tipo di società dichiarato o pubblicizzato” (646).

Riposti gli occhiali del giuscommerzialista e indossati quelli dell'amministrativista, la connotazione privatistica delle società partecipate pare inoltre convincere per la sua “coerenza ordinamentale”, in particolare rispetto al principio sancito dall'art. 1, co. 1-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, a mente del quale “La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”. Invero, non vi sarebbe ragione alcuna “per ritenere non valido siffatto principio nei casi in cui una p.a. partecipa ad un contratto associativo, che – sotto il profilo ordinamentale – non può essere distinto dai contratti di scambio e altri negozi civilistici” (647).

Ritornando al piano dei rapporti del Testo unico con il Codice civile, potrebbero qui riprendersi alcuni concetti cari a Natalino Irti (648) per affermare, innanzitutto, che il d.lgs. n. 175/2016 si colloca non già tra le leggi *eccezionali*, che “segnano una rottura di principi consolidati”, bensì tra le leggi *speciali*. Tale ultima categoria – “generica e folta” – si suddivide in due diversi gruppi: quello delle leggi “specificanti” da un parte,

---

(646) Così, ancora, C. IBBA, *Introduzione*, cit., 5. L'osservazione poggia sulla nota funzione di “sbarramento” che la legislazione successiva all'entrata in vigore del Codice civile (trasposizione della prima direttiva comunitaria in materia societaria, dir. 68/151/CEE del 9 marzo 1968, e riforma del 2003) ha assegnato all'iscrizione nel registro delle imprese. “Dopo l'iscrizione di una società di capitali nel Registro, ogni scarto tra contenuto organizzativo dello statuto e nome del tipo risultante dalla formalità non consente una qualificazione difforme dal nome del tipo né funge da causa di scioglimento giudiziale della società, tale scarto essendo rimediato dalla sostituzione della clausola tipologicamente incompatibile con la regola legale. Il modello, dunque, rileva piuttosto come fattore euristico, come criterio di selezione delle clausole da sostituirsi perché con esso incompatibili, che non come protasi di una proposizione ipotetica: *se* questa società è (qualificabile come) una s.p.a., *allora* le si applica la disciplina della s.p.a. La proposizione ipotetica, dunque, allineata al diritto vigente è altra: *se* questa società è iscritta come s.p.a., *allora* le si applica il “codice legale” (necessario e sussidiario) della s.p.a.”. Nei termini appena riportati P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni trent'anni dopo*, cit., 2838-2839 (corsivi tutti dell'A.). In buona sostanza, “dal momento dell'iscrizione, le regole tipiche dei contratti cedono definitivamente il passo alle diverse regole proprie dello statuto organizzativo del tipo” (L. CALVOSA, *Costituzione*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Quinta ed., Giuffrè, Milano, 2012, 386). E la tipicità delle società “ha la sua *ratio* soprattutto [...] nell'esigenza di porre i terzi, che hanno relazioni con l'impresa, in grado di conoscere preventivamente la struttura essenziale dell'organismo cui l'impresa fa capo e di contare su una ineludibile tutela”: così G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, cit., 119.

(647) Per queste considerazioni G. CAIA, *Le società partecipate dopo il correttivo al testo unico*, cit., 194. Tra gli studiosi di diritto amministrativo che, con varietà di argomentazioni, hanno accolto con favore la norma contenuta all'art. 1, co. 3, TUSPP, è possibile annoverare anche A. POLICE e S. LUCATTINI, sub *Art. 4*, cit., 168 e ss.; e F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale*, cit., 12 e ss.

(648) N. IRTI, *Le tre potenze e il codice civile*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, cit., II, 1053 e ss., da cui sono tratte, in parte parafrasate e in parte direttamente citate, le considerazioni che seguono nel testo.

e quello delle leggi “decodificanti” dall’altra. Le prime sono quelle che “applicano principi generali del codice a singoli istituti”; esse “scendono nel dettaglio, regolano aspetti particolari o secondari, integrano o completano una disciplina, la quale rimane nella struttura logica del codice”, di talché “l’istituto generale è fermo e custodito nel codice”. Le seconde, invece, “strappa[no] una materia o un istituto fuori dal codice, o provved[ono] a regolare nuovi istituti e materie fuori dal codice”; esse “obbediscono a propri principi, e si ordinano secondo una propria ed esclusiva logica”.

Ad ogni modo, sottolinea Irti, “la decodificazione non muove in lotta contro il codice, ma invece presuppone il codice; non abbatte l’unità del codice, ma dà luogo a una sorta di policentrismo, a nuclei di norme, reclamati dal progresso sociale e dallo sviluppo tecnico”. Il codice, pertanto, mantiene il proprio ruolo di “grande custode di principi e istituti generali ... schemi tipici ... figure intramontabili”. Dal canto loro, le leggi “decodificanti”, costituendo “assai spesso leggi di avanguardia”, risultano, “in qualche misura, variabili e precarie, esposte all’innovazione e al mutamento” (649).

Dire a quale delle due categorie di leggi speciali – specificanti o decodificanti – appartenga il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica non è cosa semplice. Certamente esso è qualcosa di più che una mera opera puntualizzazione di regole già contenute, *in nuce*, nel Codice civile. Per le caratteristiche che abbiamo sin qui potuto osservare, il TUSPP aspira certo a ricoprire un ruolo “elevato” all’interno dell’ordinamento. Esso sembra infatti gettare le basi di un autentico “sistema” che sia il più completo e razionale possibile, fatto di regole fondate su principi-guida ben definiti, capaci di innovare in modo significativo l’ordinamento medesimo (650).

---

(649) L’A. cit. aggiunge anche “La decodificazione ha anche un sicuro riflesso metodologico. Essa crea una pluralità di micro-sistemi, e restituisce importanza all’esegesi letteraria dei testi [...] Il codice civile è un sistema, o ha la pretesa dell’unità sistematica, cioè di una logica interna che ne congiunge e stringe tutte le norme. Anche la legge decodificante, che non sia la labile ed effimera legge di un’ora, obbedisce a una propria logica, che è poi la logica della materia regolata. Si tratta di un piccolo nucleo, appunto un micro-sistema, il quale si pone accanto al grande sistema del codice, e richiede, in primo luogo e come fase necessaria, l’esegesi letterale dei testi legislativi. La legge decodificante non è sorretta dalla tradizione né da eredità di antichi giuristi, e perciò deve incominciare ‘da capo’, farsi, essa stessa, tradizione di disciplina per una data materia”. Così N. IRTI, *Le tre potenze*, cit., 1056.

(650) Per E. CARDI,  *Mercati e istituzioni in Italia*, cit., 47, ad es., il d.lgs. n. 175/2016 rappresenta una “codificazione di settore” che affianca al principio generale di cui all’art. 1, co. 3, TUSPP (assoggettamento alla disciplina dettata dal codice civile per le società di diritto privato) norme speciali. “Il risultato è quello di una disciplina di settore che assume per la prima volta nella nostra esperienza normativa le caratteristiche di un sistema conchiuso e a sé stante: ne deriva la costruzione di un regime giuridico per le società a partecipazione pubblica (e ancor più per quelle a controllo pubblico) di tipo speciale all’interno della (molto) più ampia disciplina civilistica delle società di capitali”.

Tuttavia, sostenere che esso strappi le società a partecipazione pubblica dal sistema delineato dal Codice, disciplinando il fenomeno secondo una propria ed esclusiva logica, non pare affatto rispondente al vero. Nemmeno nel caso delle società a controllo pubblico, il cui livello di contaminazione disciplinare è pure certamente significativo. Anche tali organismi, infatti, “la specialità di disciplina ... non si traduc[e] in alcun modo in una diversificazione delle fattispecie”, così come delineate nel libro V del codice civile <sup>(651)</sup>.

Al fondo, però, non è questo ciò che mette conto segnalare. La ragione per cui è parso utile riprendere le riflessioni di Irti, infatti, è un'altra, più profonda.

Nel proprio saggio l'Autore, dopo avere sottolineato in apertura che “il tempestoso volgere della storia, è più ricco e denso dei codici civili” e che “la capacità di previsione legislativa non è in grado di raggiungere la vita e di anticipare tutti i casi possibili” <sup>(652)</sup>, ritorna sul punto anche in un secondo momento, lanciando un monito di assoluto rilievo. Egli ricorda che, per quanto possano essere all'avanguardia, “neppure le leggi decodificanti sono in grado di colmare qualsiasi lacuna di disciplina. Il vuoto sempre minaccia e assedia il diritto” <sup>(653)</sup>.

“Il vuoto sempre minaccia e assedia il diritto”: da tale suggestiva constatazione traiamo spunto per il paragrafo successivo, l'ultimo di questo capitolo.

---

<sup>(651)</sup> F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, cit., 192. Sottolinea poco oltre l'A. che la Corte di Cassazione ha recentemente affermato, addirittura, una “prospettiva tipologica unitaria, che coinvolge tutte le società a partecipazione pubblica”, adottando come riferimento diverse norme sparse nel Testo unico: oltre all'art. 1, co. 3, anche gli artt. 12 e 14, rispettivamente in tema di responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, da un parte, e di crisi d'impresa delle medesime, dall'altra. “Disposizioni, queste, che non solo definitivamente esplicitano la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all'ordinario regime civilistico ma, soprattutto, eliminano ogni dubbio circa il fatto che le società *in house* siano regolate dalla medesima disciplina che regola, in generale, le società partecipate, ad eccezione, quanto alle prime, della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti”. Questo è quanto si legge, appunto, nella motivazione dell'ordinanza pronunciata da Cass., Sez. un. civ., 1° dicembre 2016, n. 24591, in *iusexplorer.it*. Insomma, per gli Ermellini è chiaro che “Le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società *in house*; sicché il principio generale dettato dal 3° comma dell'art. 1, t.u., è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano specifiche disposizioni di segno diverso” (questa la massima in *Giur. comm.*, 2017, 5, pt. II, 809).

<sup>(652)</sup> Al punto che, ricorda l'A., “il grande Hegel ha parlato di ‘perennità dell'approssimazione’”: N. IRTI, *Le tre potenze*, cit., 1053.

<sup>(653)</sup> N. IRTI, *Le tre potenze*, cit., 1056.

## **6. La riconduzione delle società a partecipazione allo schema societario privatistico tipizzato dal Codice civile. La clausola ermeneutica generale che chiude il cerchio e traccia la rotta da seguire da qui in avanti**

Come poc'anzi evidenziato, l'art. 1, co. 3, TUSPP getta luce sull'intero Testo unico, chiarendo la collocazione privatistica e societaria delle società a partecipazione pubblica nonché della rispettiva disciplina di riferimento. La norma ivi contenuta, dunque, “realizza l'*actio finium regundorum* tra diritto pubblico e diritto privato, stabilendo la priorità ermeneutica del diritto dei privati e dello schema civilistico-societario”<sup>(654)</sup>.

Abbiamo a che fare, insomma, con una “norma cardine”, una “vera norma di sistema”, un “elemento di significativa importanza, che supera le precedenti incertezze”<sup>(655)</sup>.

Come rilevato da più parti in dottrina<sup>(656)</sup>, c'è un nesso forte fra la norma in parola e un'altra norma, apparsa nella caotica legislazione dell'ultimo scorcio di tempo anteriore all'entrata in vigore del Testo unico. Si tratta del precetto recato dall'art. 4, co. 13, d.l. n. 95/2012, ai sensi del quale “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” (ora abrogato proprio dal TUSPP).

Nel contesto normativo previgente all'approvazione del d.lgs. n. 175/2016, tale norma è stata ampiamente valorizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per

---

<sup>(654)</sup> In questi A. POLICE e S. LUCATTINI, sub *Art. 4*, cit., 169.

<sup>(655)</sup> Riportiamo, nell'ordine, le espressioni di C. ACOCELLA, *Il riordino delle partecipate pubbliche nel quadro della riforma Madia: tentativi di semplificazione*, cit., 82; di G.P. CIRILLO, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, cit., 229; G. ASTEGIANO, *Le linee guida della riforma*, in *Azienditalia*, 2016, 10, 841 e ss.

<sup>(656)</sup> Cfr., tra i tanti, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1143 e ss.; J. BERCELLI, *Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico*, cit., 222; C. IBBA, *Introduzione*, cit., 5; A. POLICE e S. LUCATTINI, sub *Art. 4*, cit., 170.

rispondere all'annoso interrogativo sulla natura, pubblica o privata, delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni <sup>(657)</sup>.

La Corte dei conti della Lombardia, ad es., nell'affrontare una vicenda che vedeva coinvolta una società mista di livello locale, ha statuito che la norma di cui all'art. 4, co. 13, cit. conferma da un lato che il socio pubblico deve rapportarsi con la società di capitali alla stregua di qualsiasi altro socio privato; dall'altro che il rapporto tra ente pubblico e società deve ritenersi "di assoluta autonomia", essendo obiettivo del legislatore "impedire che gli enti pubblici, operanti a mezzo di società di diritto privato, agiscano con una razionalità estranea al mercato" <sup>(658)</sup>.

A breve distanza di tempo, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno osservato che l'art. 4, co. 13 cit. – oltre ad avvalorare il tradizionale insegnamento della stessa Suprema Corte per cui "le disposizioni del codice civile sulle società per azioni a partecipazione pubblica non valgono a configurare uno statuto speciale per dette società e che (alla luce anche di quanto indicato nella relazione al codice) la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta" – costituisce

---

<sup>(657)</sup> Le potenzialità insite nel precetto, a onor del vero, erano già emerse in ambito parlamentare, al momento della conversione in legge il d.l. n. 95/2012. In particolare, nel dossier n. 382 del luglio 2012 redatto dal Servizio studi del Senato e avente ad oggetto il disegno di legge A.S. n. 3396 (consultabile alla pagina [http://leg16.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Dossier/Elenchi/1\\_2.htm](http://leg16.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Dossier/Elenchi/1_2.htm)), si legge: "La previsione pare voler imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva 'entificazione' pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione" (39). Spostandoci nell'altro ramo del parlamento, non meno significativo, dal nostro punto di vista, è il parere reso dal Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati sul disegno di legge n. 5389 (consultabile alla pagina <http://leg16.camera.it/126?tab=2&leg=16&idDocumento=5389&sede=&tipo=>), ove il rilievo che il decreto legge destinato a conversione "contiene numerose disposizioni formulate in termini di interpretazione autentica di previgenti normative", tra le quali è annoverata proprio quella di cui all'art. 4, co. 13 cit.

<sup>(658)</sup> Corte conti, Sez. reg. controllo Lombardia, parere 27 dicembre 2012, n. 535, in *amministrativistaonline.it*. "Detto in altri termini, avendo il Comune scelto di operare alla stregua di un socio di diritto comune, esso deve agire con la stessa razionalità economica, specie in considerazione del fatto che il rischio d'impresa è stato condiviso con dei privati, anche se soci di minoranza. In giurisprudenza, infatti, è stato ritenuto che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne posseda in tutto o in parte, le azioni [...] giacché al Comune non è consentito incidere sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali diversi da quelli riconosciutigli dal codice civile, dal momento che il rapporto tra i due soggetti è di assoluta autonomia. A conferma di ciò, il Legislatore, *ad explicationem*, nell'ambito della recente riforma delle società strumentali delle pubbliche amministrazioni (art. 4 del D.L. n. 95/2012, conv. L. n. 135/2012) ha recentemente ribadito 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 comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»".

una vera e propria “norma di chiusura del sistema”, nel senso del carattere presuntivamente privatistico delle società partecipazione pubblica <sup>(659)</sup>.

Piena, dunque, è stata la consapevolezza del valore sistematico dell'intervento legislativo di cui stiamo discorrendo <sup>(660)</sup> e della conseguente capacità dello stesso di suggerire puntuali risposte ai principali profili di discussione in punto di regime giuridico delle società a partecipazione pubblica <sup>(661)</sup>. Si è perciò parlato, sempre con riguardo sempre all'art. 4, co. 13 cit., di una “clausola ermeneutica generale” <sup>(662)</sup> idonea a determinare “un significativo passo in avanti nella direzione del rafforzamento della appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica” <sup>(663)</sup>. Già si sottolineava, oltretutto, “la significativa consonanza di tale

---

<sup>(659)</sup> Cass. Civ., Sez. un. civ., 13 maggio 2013, n. 11417, in *Giur. it.*, 1243 e ss. La Suprema Corte, al fine di individuare gli obblighi di natura previdenziale gravanti su una società a capitale prevalentemente pubblico, ha attribuito alla norma in commento “un significato interpretativo confermativo”.

<sup>(660)</sup> A dire il vero, della portata sistematica dell'art. 4, co. 13 cit. era ben cosciente lo stesso legislatore, sin da subito. L'importanza della norma, infatti, è stata puntualmente colta a livello parlamentare, in particolare nel *Dossier* del Servizio Studi del Senato n. 382 del luglio 2012, in *senato.it*, ove si osserva che “La previsione pare voler imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva ‘entificazione’ pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione”.

<sup>(661)</sup> Ad es., in tema di riparto di giurisdizione sugli atti di nomina e revoca degli amministratori e sindaci di tali società. Cfr. Cass. Civ., Sez. un. civ., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Foro amm.*, 2015, 5, 1355: “In tema di società per azioni partecipata da ente locale, la revoca dell'amministratore di nomina pubblica, ai sensi dell'art. 2449 cod. civ., può essere da lui impugnata presso il giudice ordinario, non presso il giudice amministrativo, trattandosi di atto “*uti socius*”, non “*jure imperii*”, compiuto dall'ente pubblico “a valle” della scelta di fondo per l'impiego del modello societario, ogni dubbio essendo risolto a favore della giurisdizione ordinaria dalla clausola ermeneutica generale in senso privatistico di cui all'art. 4, comma 13, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 135. L'amministratore revocato dall'ente pubblico, come l'amministratore revocato dall'assemblea dei soci, può chiedere al giudice ordinario solo la tutela risarcitoria per difetto di giusta causa, a norma dell'art. 2383 cod. civ., non anche la tutela “reale” per reintegrazione nella carica, in quanto l'art. 2449 cod. civ. assicura parità di “status” tra amministratori di nomina assembleare e amministratori di nomina pubblica”.

<sup>(662)</sup> Così Cass. Civ., Sez. un. civ., 23 gennaio 2015, n. 1237, cit. Anche per V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1136, “si trattava, dichiaratamente, di norma interpretativa”, la cui portata “era assolutamente generale”.

<sup>(663)</sup> In questi termini F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica*, cit., 75, che prosegue: “se difatti il Codice civile, pur [...] affermando la generale soggezione delle società di capitali a partecipazione pubblica al diritto comune privatistico, poi non stabilisce direttamente alcuna regola interpretativa di prudenza rispetto a possibili scelte del legislatore speciale in senso pubblicizzante, oggi invece il legislatore offre, in via specificamente vincolante, ossia di c.d. interpretazione autentica, una simile regola; e ciò fa in una direzione schiettamente di chiusura rispetto a prospettive pubblicizzanti: le deroghe al diritto comune non possono essere ricostruite in via sistematica o comunque interpretando creativamente previsioni legislative in realtà quantomeno equivoche; occorre invece una volontà chiara ed espressa. Nel dubbio, quindi [...] prevale la indicazione di cui alla Relazione al Codice: nelle partecipazioni pubbliche, è il pubblico che si piega al privato (ossia al diritto societario comune), non viceversa”. Cfr. anche R. IERA e A. VILLARI, *Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2014, 523 e ss., 543:

disposizione con le illustrazioni contenute nella su ricordata Relazione al codice civile del 1942”<sup>(664)</sup> la quale, come abbiamo avuto modo di sottolineare nel corso del secondo capitolo, afferma testualmente che “la disciplina comune delle società per azioni deve ... applicarsi anche alle società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici, senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente”, al fine di garantire alla gestione statale “maggiore snellezza e nuove possibilità realizzatrici”.

Ebbene, tutto ciò si ritrova oggi nel Testo unico, che con l’art. 1, co. 3 viene definitivamente a chiudere il cerchio aperto nel lontano 1942. Invero, se la scelta del codice civile era “nel senso che le società pubbliche, fatte salve eventuali deroghe contenute in leggi speciali, sono sottoposte in tutto e per tutto alla disciplina di diritto comune”, con il Testo unico può dirsi che “la scelta di fondo è stata confermata”<sup>(665)</sup>.

La *ratio* e la funzione del terzo comma dell’art. 1 TUSPP sono quelle già proprie dell’art. 4, co. 13, d.l. n. 95/2012: per un verso, evitare il rischio che la proliferazione di norme speciali, attraverso le quali si è andato delineando un complesso statuto normativo in tema di società pubbliche, possa far sorgere il dubbio che il sistema debba essere ricostruito in modo diverso e che, nello specifico, il rapporto regola/eccezione sia venuto in qualche modo a ribaltarsi; per un altro, arginare il diffondersi di opinioni che, basandosi per l’appunto su di una differente ricostruzione sistematica, spingono verso l’allargamento della estensione o della portata delle deroghe contenute nelle norme speciali, al di là di quanto consentito dal loro ambito applicativo o dalla loro formulazione letterale<sup>(666)</sup>.

---

“Parrebbe di capire, infatti, che, in via generale (salvo deroghe implicite o espresse), la disciplina a tal fine applicabile debba essere ricavata dal diritto comune sulle società, laddove una diversa soluzione che porti all’applicazione di disposizioni di diritto pubblico è ammissibile solo in quanto espressamente prevista dalla legge e non semplicemente desumibile in via interpretativa”.

<sup>(664)</sup> Cass. Civ., Sez. un. civ., 23 gennaio 2015, n. 1237, cit. Ma si veda già G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, cit., che parla di “principio espressione di una consolidata volontà del legislatore riconducibile [...] già alla relazione ministeriale al codice civile”.

<sup>(665)</sup> V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1136.

<sup>(666)</sup> Cfr. di nuovo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1144. Che, sull’art. 1, co. 3, TUSPP, poco oltre aggiunge: “dalla nuova disposizione [...] può comunque ricavarsi un argomento di ordine sistematico suscettibile di fungere da guida nell’interpretazione dei singoli precetti e da criterio di soluzione anche di c.d. “antinomie improprie”, ovvero sia di quei potenziali conflitti tra norme che siano frutto non già di una collisione “esplicita”, ma degli esiti di un’attività di tipo essa stessa interpretativo. Essendo le antinomie improprie normalmente risolte attraverso il ricorso a criteri “sostanziali”, primo tra tutti quello di “specialità”, la norma qui in commento verrebbe quindi a dettare

Se così stanno le cose, “non appaiono dunque più consentite letture che, mettendo in secondo piano la dimensione reale di un contratto associativo a cui prende parte una pubblica amministrazione, guardino alle società come proiezione del soggetto-azionista pubblico e destinazione dei suoi poteri autoritativi, piuttosto che valorizzarle nella loro autonomia, secondo un approccio oggettivo, svincolato dalla specialità della persona-azionista” <sup>(667)</sup>. Il legislatore della riforma, insomma, sembra avere assimilato in via definitiva un prezioso suggerimento di metodo, formulato diversi anni orsono da un’avveduta dottrina: “lasciare fuori dalla s.p.a. e dal suo regime tutto ciò che si colloca prima e al di fuori di quest’ultima. In caso contrario, la risposta ad esigenze anche perfettamente legittime e riconoscibili finisce per determinare un sovraccarico della disciplina societaria che non risolve i problemi che si intendevano affrontare e ne genera, invece, di nuovi ed imprevedibili” <sup>(668)</sup>.

Perfettamente coerente con questa premessa è l’impostazione complessiva seguita nel Testo unico che, come più volte ribadito, “ha il principale scopo di disciplinare le funzioni e le responsabilità del socio pubblico” <sup>(669)</sup>. In tale ottica, alle amministrazioni partecipanti compete la selezione degli interessi pubblici meritevoli di tutela, seguendo procedimenti “a monte” che, “quanto a profili motivazionali e ad aspetti di evidenza e trasparenza, sono per l’appunto squisitamente pubblicistici”; viceversa, “la gestione delle partecipazioni e, quindi, anche l’esercizio dei diritti sociali e ancora la regolazione della violazione di quelle che sono le regole di diritto pubblico, avviene con strumenti privatistici” <sup>(670)</sup>.

Detto altrimenti, “le esigenze più propriamente pubblicistiche ... non entrano quale causa sociale ma vengono concentrate nella fase pubblicistica, che precede la scelta se partecipare alla società”; quest’ultima “risulta così pienamente coinvolta nel

---

un criterio di diritto positivo (di carattere “formale”) di soluzione delle antinomie proprie, che però (inevitabilmente e indirettamente) finisce per fornire un criterio sistematico di lettura ed interpretazione (e dunque un criterio di carattere “sostanziale”) anche delle singole disposizioni che fanno parte dello statuto normativo speciale in tema di società pubbliche e rispetto alle quali possano eventualmente manifestarsi questioni di coordinamento col diritto comune (e, dunque, in tale prospettiva, possibili antinomie improprie)” (1145).

<sup>(667)</sup> A. POLICE e S. LUCATTINI, sub *Art. 4*, cit., 170.

<sup>(668)</sup> M. CAMMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 64.

<sup>(669)</sup> W. GIULIETTI, *Le partecipazioni pubbliche societarie tra razionale e reale alla luce del nuovo Testo unico n. 175 del 2016 e del suo correttivo. Il caso delle partecipazioni universitarie*, in *giustamm.it*, n. 9/2017, 2.

<sup>(670)</sup> Così G. GIANNELLI, *La gestione delle partecipazioni pubbliche*, in S. FORTUNATO e F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, cit., 125 e ss., qui 126.

ben noto schema dualistico della evidenza pubblica”, schema che consente “di meglio preservare la tipicità privatistica del contratto (e, in questo caso, dell’ente che ne deriva), affidandolo unicamente al diritto privato e al suo giudice” (671).

Oltre a fornire tali indicazioni sulla collocazione dell’interesse pubblico (672), il Testo unico ha poi il pregio di “chiari[re] una volta per tutte che una società è una società, non è un tavolo né una sedia” (673).

Certo, come ci ricordava Irti, la legge non può prevedere tutto ma è costretta, in un certo senso, a rincorrere la realtà. D’ora innanzi, però, la rotta da seguire appare chiaramente tracciata.

Per tutto quanto il Testo unico non ha puntualmente disciplinato, per i problemi riguardanti le società a partecipazione pubblica che in futuro si proporranno, “la regola è ormai il diritto privato ed è ai suoi codificati strumenti che bisognerà, dunque, volgersi per rinvenire la disciplina applicabile” (674). Per opzioni interpretative che ripropongano un “imbastardimento” (675) del modulo societario, conosciute anche nel recente passato, la strada è definitivamente sbarrata.

Ci piace concludere, allora, con le parole uscite dalla penna di un attento studioso del nostro tema (676), che si seguito riportiamo.

---

(671) In questi termini F. GOISIS, *L’ente pubblico come investitore privato razionale*, cit., 25, che soggiunge: “E, sia chiaro [...] si tratta qui di un’evidenza pubblica statica (che riguarda la scelta se partecipare alla società, ovvero se dismettere la partecipazione), non di un’evidenza pubblica dinamica (capace, in tesi, di orientare pubblicisticamente ogni specifica scelta della società, attraverso un generale vincolo di scopo pubblicistico)”. Evidente, ancora una volta, la consonanza tra queste osservazioni e l’insegnamento di M. CAMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., *passim*, sostenitori di una prospettiva in cui “il momento della garanzia in forma pubblicistica degli interessi pubblici si concentra nella fase preliminare”, quando occorre scegliere se fare ricorso al modulo della società di capitali, “o successiva”, in sede di verifica dei risultati; “mentre gli interessi pubblici connessi alla corretta gestione sarebbero interamente assicurati dagli strumenti riservati dal regime societario comune all’azionista di maggioranza ed ai relativi diritti”. Ciò perché, “quando si fuoriesce da questa netta separazione, si offre il fianco a sovrapposizioni e ridondanze che rischiano di pregiudicare sia le esigenze di garanzia che quelle di autonomia e di flessibilità imprenditoriale” (67-68).

(672) In omaggio, viene da pensare, alle parole di N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., 444, quando affermava che “l’interesse generale, se abbandona la forma dell’ente pubblico e sceglie la forma della società per azioni, allora deve restarne fuori, esprimersi in controlli e autorità esterni, in modo che l’impresa non ne venga alterata e sconvolta”.

(673) Con questa vena di sarcasmo F. FIMMANÒ e A. CATRICALÀ, *Introduzione. Profili generali della riforma*, cit., 23.

(674) A. POLICE e S. LUCATTINI, sub *Art. 4*, cit., 171. Cfr. anche G. CAIA, *Le società partecipate dopo il correttivo al testo unico*, cit., 194.

(675) Efficace espressione che si deve a F.G. SCOCA, *Considerazioni sull’evoluzione della organizzazione amministrativa*, cit., 654.

(676) M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, cit., 278.

“Al legislatore per molto tempo è stata imputata la colpa di aver maldestramente approcciato il tema delle società a partecipazione pubblica, prima avendone determinato un irrazionale proliferare e poi avendo reso impossibile la loro efficiente conduzione. In tal senso, l’inefficienza delle gestioni è in buona parte dovuta all’inefficienza del quadro giuridico di riferimento. Parimenti alle amministrazioni si è rimproverata l’approssimazione nelle gestioni e persino il callido utilizzo dello strumento per fini meno nobili di quelli dichiarati. Mi pare che il primo abbia mutato approccio, consapevolezza ed obiettivi. Alle seconde spetta ora il compito di gestire nel rispetto delle nuove regole e dei nuovi principi”.

“Giurisprudenza e dottrina sono chiamate a svolgere altre importanti missioni: l’intelligente vigilanza sul rispetto delle norme e la correzione dei difetti che, in sede di attuazione, la riforma avrà originato. Il tutto nel rispetto dei ruoli affinché, anche in questo campo, possano corrispondere funzioni, colpe e meriti”.

## Considerazioni conclusive

Nel corso della ricerca si è indagato il significato giuridico che le società a partecipazione pubblica hanno assunto nel nostro ordinamento. Un fenomeno complesso, come complesso è del resto lo sfondo entro cui il tema prescelto si colloca. Sfondo che abbiamo cercato di tratteggiare nelle battute iniziali del lavoro, occupandoci dell'avvento dello Stato imprenditore e delle forme organizzative da questo prescelte per la propria azione. In particolare, nel ripercorrere la parabola italiana dell'intervento pubblico nell'economia, abbiamo potuto riscontrare l'emersione di una sempre più intensa contaminazione tra diritto pubblico e diritto privato, universi un tempo paralleli e ora, invece, necessariamente chiamati a convivere e a rendersi compatibili l'un con l'altro. Un delicato rapporto di convivenza che ha interessato anche le nostre società, non per niente additate come uno tra i più significativi punti di emersione delle incertezze che da sempre caratterizzano la vicenda dell'impiego da parte dei pubblici poteri del diritto privato. Società che spesso si presentano come soggetti ibridi, connotati da una sostanza pre-giuridica anfibia, per il giurista difficile da afferrare.

Con questa premessa, quasi a mo' di giustificazione, abbiamo anche cercato di dare conto, sempre nel primo capitolo, del metodo in base al quale l'indagine è stata impostata. Un metodo poco ortodosso, se confrontato con quelli di altri e più validi studi in tema di società a partecipazione pubblica; ma, a nostro avviso, adeguato all'oggetto per come esso oggi si presenta. Ci è sembrato, infatti, che la complessità del fenomeno giuridico delle società pubbliche imponga di osservare lo stesso dall'alto, senza optare per uno specifico paradigma, tra i tanti che la dottrina si è sforzata di individuare, lungo il quale incanalare l'indagine. Le chiavi di lettura proposte, infatti, sono spesso oggetto di disaccordi interpretativi profondi; non si vede, allora, come strumenti già di per sé incerti possano, una volta applicati, gettare luce su un fenomeno complesso ed articolato come è quello delle società pubbliche, sulle quali è veramente stato detto tutto e il contrario di tutto. È sufficiente, infatti, discordare su una piuttosto che su un'altra premessa tra quelle collocate a monte del ragionamento,

per alimentare una incomunicabilità tra gli attori in campo che dura ormai da troppo tempo. Meglio, ad avviso di chi scrive, “farsi trasportare” lungo quel tortuoso itinerario che è la storia delle nostre società; rimanere il più possibile aderenti a tale storia come in concreto dipanatasi nel tempo, passo dopo passo, così da poter cogliere i problemi di fondo, i quesiti irrisolti, le linee di tendenza. E al termine provare, questa volta sì, a dare una risposta, a formulare una ipotesi ricostruttiva, a proporre una chiave di lettura. Ma solo alla fine, come esito di un procedimento induttivo.

All’analisi del tortuoso itinerario delle società pubbliche abbiamo dedicato l’intero secondo capitolo, nel cui corso è emerso come per le stesse si sia sempre posto – seppure con intensità variabile a seconda del momento storico preso in considerazione – il problema della esatta individuazione della loro natura: se questa sia, cioè, genuinamente privata o genuinamente pubblica. Passati gli anni in cui la maggior parte di queste società è rimasta avvolta nel cono d’ombra generato dal sistema delle partecipazioni statali, il problema si è imposto con peculiare forza a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo. Periodo in cui alla diffusione a macchia d’olio dello strumento societario ha fatto da contraltare una massiva estensione di discipline pubblicistiche, che ha condotto ad una tendenziale assimilazione delle società pubbliche alle pubbliche amministrazioni. Le ragioni per cui le prime hanno attirato su di sé una sostanziosa fetta del regime tipico degli enti pubblici sono plurime, riconducibili in parte ad uno strano clima di sfiducia nei confronti del diritto privato, dei suoi principi e delle sue regole; in parte ad un uso poco oculato, ed anzi in molti casi distorto, del modello organizzativo della società di capitali da parte dei pubblici poteri. Del pari plurime, poi, sono le finalità perseguite dalla legislazione del settore: alluvionale, tumultuosa, espressiva di un frammentismo e di un occasionalismo dai tratti spesso sconcertanti; ma dalla quale, va pur detto, traspare in modo chiaro un giudizio di disvalore ed una volontà di tipo punitivo nei confronti di un modello che, soprattutto a livello locale, non ha dato buona prova di sé.

A colorare di tinte pubblicistiche il quadro hanno contribuito anche dottrina e giurisprudenza. In particolare, si è visto come alcuni interpreti, nella dialettica tra forma privata dello strumento adottato e sostanza pubblica degli interessi coinvolti nell’operazione societaria, abbiano riconosciuto valore preminente ai secondi,

giungendo così ad enucleare la categoria degli enti pubblici a struttura di società per azioni, i quali altro non sarebbero che, appunto, persone giuridiche pubbliche.

Quel che è accaduto, in estrema sintesi, è che le società pubbliche sono sempre più pubbliche e sempre meno società. Il tutto, però, senza una chiara e definitiva scelta di campo del legislatore, di talché provvisorietà e precarietà, invece di diminuire, sono aumentate, e con esse una profondo senso di incertezza sul destino di queste società.

A questo punto, la nostra attenzione si è concentrata sul recente Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175). Ad esso abbiamo dedicato l'intero terzo capitolo, con l'intento di comprendere se il legislatore, finalmente decisi a porre mano alla materia con approccio ragionato e con visione d'insieme, abbia deciso di "scollinare" definitivamente nel versante del diritto pubblico o se, viceversa, abbia inteso confermare l'inquadramento delle società partecipate in seno al diritto privato.

Ebbene, dal nostro esame è emerso in primo luogo che la chiave di lettura più corretta del Testo unico è quella per cui esso, più che introdurre una disciplina speciale delle società partecipate, pone una disciplina di stampo pubblicistico del socio pubblico che impiega la propria capacità di diritto privato per assumere e gestire partecipazioni in società di diritto comune. I destinatari dei precetti legislativi di nuovo conio, infatti, sono in massima parte le pubbliche amministrazioni e, pertanto, il d.lgs. n. 175/2016 ha una valenza precipuamente organizzativa e di regolazione dei processi decisionali interni alle amministrazioni.

Il Testo unico, quindi, disciplina con regole di tipo *organizzativo pubblicistico* la figura del *socio pubblico* azionista di società di diritto comune. Tali regole si innestano su di un modello privatistico, e si discostano da questo nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario ad adeguarlo alla specialità dei soci. Ciò è senz'altro per la norma di cui all'art. 3, co. 2, TUSPP e, dunque, per la previsione in base alla quale nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico "l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore", mentre nelle società per azioni a controllo pubblico "la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale". Si tratta, infatti, come abbiamo avuto modo di segnalare, di possibilità già contemplate dal nostro ordinamento e ora rese obbligatorie per meglio garantire la gestione efficiente delle partecipazioni pubbliche.

Si dà così evidenza al socio pubblico e alle sue ragioni, senza perciò snaturare la società.

Ed è proprio dall'esame delle norme di vertice del Testo unico riguardanti le società che è emersa, come secondo punto qualificante, la chiara affermazione della natura autenticamente privata e societaria degli organismi partecipati dalle pubbliche amministrazioni. Questo stanno significare gli artt. 3, co. 1, e 1, co. 3, TUSPP.

Quanto al primo, nel limitare il campo dei tipi societari utilizzabili dalle amministrazioni pubbliche alla s.p.a. e alla s.r.l., determina anche la necessaria applicazione delle regole di diritto societario proprie di ciascuno tipo, in ossequio a quello che può essere considerato un principio consolidato del diritto delle società, ossia quello dell'inferenza fattispecie-disciplina. Si tratta di un punto di indiscutibile rilievo, specie se si pone mente al processo di "contaminazione pubblicistica" che ha interessato le nostre società, evocato poche righe più sopra e oggetto di approfondimento nel corso del secondo capitolo. Non ci si riferiva, in quella sede, alle norme speciali dettate per le società pubbliche, bensì a norme che hanno come destinatari, quantomeno sul piano letterale, gli enti pubblici, la cui applicazione alle società è stata spesso giustificata enfatizzando la natura *pubblica* o *generale* delle categorie di interessi che dette norme presidiano <sup>(677)</sup>. Ora, il Testo unico non procede certo a stabilire in quali casi alle società partecipate debbano trovare applicazione le varie discipline di diritto pubblico – accesso, contratti pubblici, procedimento amministrativo, trasparenza, amministrazione digitale, armonizzazione e coordinamento contabile –, dal momento che a ciò provvedono già i singoli testi legislativi. È sulla base delle disposizioni contenute in questi ultimi che si dovrà verificare l'estensione dei regimi pubblicistici.

Non potrà tuttavia obliterarsi, nella conduzione di tale operazione, il rilievo dell'art. 3, co. 1, cit. Al contrario, sarà sempre necessario "ricordare che, così come le norme testé citate mirano a tutelare interessi *pubblici* e perciò *cogenti*, buona parte delle disposizioni che compongono il diritto societario e che riguardano la struttura delle società consistono in altrettante norme di ordine pubblico, rivolte a tutelare interessi assunti come pubblici, generali e parimenti *cogenti*. La società di capitali opera sul mercato e coinvolge le posizioni soggettive di imprenditori, risparmiatori,

---

<sup>(677)</sup> Cfr. Cap. II, § 4.

investitori e consumatori. Questa circostanza fa sì che il modello organizzativo, i tipi sociali e buona parte della disciplina sulle società siano inderogabili per l'esigenza di tutela degli interessi generali dei terzi e del mercato. Il punto naturale di riferimento dell'interprete allora in qualche modo resta la disciplina del codice civile. Ed è bene ricordare che ciò non è certo il frutto di un omaggio all'autonomia privata, bensì una conseguenza di norme imperative" (678). Una prospettiva, quella appena richiamata, che in modo particolare dovrebbe toccare le corde dello studioso del diritto amministrativo: diritto che, secondo un'opinione diffusa, ha nella garanzia dei terzi il suo vero punto di forza (679).

Ma è soprattutto l'art. 1, co. 3, cit. a segnare la "cifra" complessiva del disegno di riforma portato a compimento con il Testo unico: "Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato". Tale disposizione è rilevante, innanzitutto, in quanto in linea con l'impostazione seguita dal codice civile in tema di società pubbliche; nonché, più di recente, con la fondamentale norma di interpretazione autentica di cui all'art. 4, co. 13, d.l. n. 95/2012. Il *file rouge* che unisce queste prese di posizione è evidente e ci dice di un legislatore ormai definitivamente convinto del fatto che una società in mano pubblica resta pur sempre una società. In secondo luogo, la disposizione è rilevante perché, potremmo dire, guarda al futuro: se ne può trarre, infatti, un importante argomento di carattere sistematico idoneo a fungere da guida nell'interpretazione dei singoli precetti e da criterio di risoluzione anche di quei potenziali conflitti tra norme che sono frutto non già di una collisione "esplicita" tra di esse, bensì dell'attività di operatori e interpreti, chiamati a fronteggiare le sfide che il domani riserverà loro.

Le società pubbliche hanno natura privata e privato è il diritto in via prioritaria ad esse applicabile.

Dovranno rassegnarsi, pertanto, non solo coloro che propugnano visioni pan-pubblicistiche delle nostre società, ma anche coloro che *tout court* svalutano il problema della natura, predicando il superamento e dunque l'inutilità della dicotomia

---

(678) Così, testualmente, F. CINTIOLI, *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, cit., 570.

(679) Cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, *passim*.

pubblico-privato. Se è vero che “il giurista non può dare alla legge ciò che la legge non ha dentro di sé”<sup>(680)</sup>, è parimenti vero che “che quando le tinte della tradizione tornano a colorare il calamaio da cui attinge il legislatore l’interprete non può sottrarsi al compito di ricercare il senso di una distinzione che ancora aleggia prepotentemente nell’ordinamento positivo”<sup>(681)</sup>.

Ancora un’ultima considerazione. Abbiamo terminato il terzo capitolo segnalando<sup>(682)</sup> che il legislatore sembra aver finalmente cambiato marcia nell’affrontare il complesso fenomeno delle società pubbliche<sup>(683)</sup>. Concludiamo, qui, con una battuta dedicata invece alle pubbliche amministrazioni.

Come emerso nel corso dell’indagine e, in parte, anche in queste conclusioni, l’attenzione del legislatore è focalizzata in via prioritaria sulla pubblica amministrazione. In quest’ottica, il problema principale che il Testo unico tenta di risolvere è di far sì che il socio pubblico “non sia un proprietario distratto, incapace di rilevare e di incidere su situazioni di inefficienza o di altre patologie aziendali che possono tradursi in perdite durevoli”<sup>(684)</sup>. All’amministrazione, insomma, si richiede un nuovo modo di *essere* e di *percepirsi*: naturalmente, essa può ancora ricorrere allo strumento societario per perseguire gli interessi pubblici alla cui cura è preposta; tuttavia, non deve dimenticare che con tale strumento “quegli interessi semplicemente si neutralizzano in via progressiva, nel senso che emergono da un processo politico in seno all’amministrazione che ne definisce il contenuto e, così strutturati, vengono consegnati al soggetto tecnico che li persegue secondo logiche di massimizzazione dell’efficienza. È dell’efficienza, non direttamente dell’interesse pubblico, che questi dovrà dar conto”<sup>(685)</sup>.

Il Testo unico e il suo processo di attuazione come via al recupero dell’efficienza: delle società e, di riflesso, delle pubbliche amministrazioni partecipanti. Un’occasione, ci auguriamo, che queste ultime non vogliano sprecare.

---

<sup>(680)</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 133.

<sup>(681)</sup> S. VINTI, *La circolarità logica*, cit., 21.

<sup>(682)</sup> Insieme a Marco Dugato.

<sup>(683)</sup> Cfr. Cap. III, § 6.

<sup>(684)</sup> M. CLARICH, *Il rapporto tra Diritto pubblico e Diritto privato*, cit., 55.

<sup>(685)</sup> S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici*, cit., 303.

## Riferimenti bibliografici

- ABIGNENTE A., *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017
- ACOCELLA C., *Il riordino delle partecipate pubbliche nel quadro della riforma Madia: tentativi di semplificazione*, in TUCCILLO S. (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 63 e ss.
- ADAM R. e TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Seconda ed., Giappichelli, Torino, 2017
- AICARDI N., *Società miste ed evidenza pubblica "a monte"*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, II. Attività, organizzazione, servizi*, Cedam, Padova, 2007, 219 e ss.
- ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 51 e ss.
- ALBISINNI F., *La liberalizzazione dei servizi pubblici*, in TORCHIA L. (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, Bologna, 2010, 97 e ss.
- ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996
- ALTIERI A., *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Giuffrè, Milano, 2012
- ALPA G., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006
- AMATO G., *La nuova costituzione economica*, in DELLA CANANEA G. e NAPOLITANO G. (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998, 11 e ss.
- AMMANNATI L., *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in AMMANNATI L., CABIDDU M.A., DE CARLI P. (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 59 e ss.
- AMODIO G., *Le società pubbliche: genesi di una riforma*, in *federalismi.it*, n. speciale 6/2018
- AMOROSINO S., *I servizi pubblici: telenovela legislativa e sciarada per i giuristi*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015, 389 e ss.
- AMOROSINO S., *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urb. e app.*, 2017, 5, 616 e ss.
- AMOROSINO S., *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2018
- AMOROSO G., *La riforma Madia: rapporto tra legge delega e decreti attuativi*, in *treccani.it*, 2018
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 e ss.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Seconda ed., Cedam, Padova, 2006
- ANGELICI C., *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Convegno in ricordo di Luca Buttaro, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 15 e ss.

- ANGIOLINI V., *Organizzazione locale per «servizi»*, in BERTI G. (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Il Mulino, Bologna, 1993, 54 e ss.
- ANGIULI A., *Le società in mano pubblica come organizzazione*, in CONTIERI A., FRANCIARIO F., IMMORDINO M., ZITO A. (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, I, 157 e ss.
- ANTONIAZZI S., *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017
- ANTONINI I.G., *La duplice natura della società pubblica: tra garanzia della concorrenza e alternativa all'appalto*, Padova University Press, Padova, 2014
- ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Giuffrè, Milano, 2008
- ARENA A., *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1942
- ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 13 marzo 2003
- ARENA G., voce *Enti pubblici*, in *Noviss. dig. it*, App. III, Utet, Torino, 1982, 401 e ss.
- ASCARELLI T., *Controllori e amministratori dell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 284 e ss.
- ASCARELLI T., *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 e ss.
- ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1 e ss.
- ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Annuario 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014
- ASTEGIANO G., *Le linee guida della riforma*, in *Azienditalia*, 2016, 10, 841 e ss.
- ASTONE F. e MARTINES F., *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 109 e ss.
- AULETTA A., *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustamm.it*, n. 10/2011
- AVERARDI A., *Potere pubblico e politiche industriali*, Jovene, Napoli, 2018
- BALDUZZI P., *La "spending review" nel 2012*, in AMBROSANIO M.F., BORDIGNON M., GALMARINI U., RIZZO L. (a cura di), *Finanza pubblica, decentramento e riforme costituzionali. Scritti in onore di Piero Giarda*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, 55 e ss.
- BARBA A., *Costruzione della soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica: libertà associativa e democrazia pluralista*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, I, 201 e ss.
- BARDUSCO A., *Servizi locali e libertà di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 1, 27 e ss.
- BARRA CARACCILO L., *Società a partecipazione pubblica e correlazioni con le dinamiche del bilancio pubblico*, in *giustamm.it*, n. 11/2011
- BASSANINI F., *Introduzione*, in ASTRID, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, 5 e ss.

- BASSI F., *Tipologia degli enti pubblici nell'ordinamento vigente*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994, 104 e ss.
- BATTINI S., *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in CHITI M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, 1 e ss.
- BELVEDERE A., voce *Definizioni*, in *Dig. disc. priv., Sez. civile*, Utet, Torino, 1989, V, 149 e ss.
- BERCELLI J., *Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico*, in SALA G. e SCIULLO G. (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, 213 e ss.
- BERLINGERIO G.E., *Studi sul pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 2003
- BERTI G., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Il Mulino, Bologna, 1993, 13 e ss.
- BERTI G., *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini XI/XII*, 1982/1983, t. II, 1001 e ss.
- BERTONAZZI L. e VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Seconda ed., diretto da Chiti M.P. e Greco G., Giuffrè, Milano, 2007, IV, 1791 e ss.
- BERTONAZZI L., *Società in controllo pubblico e normativa in materia di responsabile e piano di prevenzione della corruzione*, in *giustamm.it*, n. 6/2016
- BIFULCO R., *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2017
- BLASINI A., *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 399 e ss.
- BOBBIO N., *La grande dicotomia: pubblico/privato (1980-1982)*, in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, 3 e ss.
- BOGNETTI G., *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Giuffrè, Milano, 1993
- BOITANI A., *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in CABIDDU M.A. (a cura di), *Modernizzazione del paese. Politiche, opere, servizi pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2005, 197 e ss.
- BONELLI F., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1996
- BONETTI T., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in *Munus*, 2012, 2, 417 e ss.
- BOTTINO G., *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, 691
- BOTTINO G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1606 e ss.
- BOTTINO G., *Rischio e responsabilità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017
- BRADAMANTE I., *Il diritto di accesso ai documenti nelle società miste tra diritto societario e amministrativo*, in *Giurisdizione amm.*, 2014, 5-6, pt. IV, 169 e ss.
- BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Seconda ed., Il Mulino, Bologna, 2016
- BRUZZONE G., *La disciplina delle società a partecipazione pubblica: verso un riassetto*, in *assonime.it*, 12 novembre 2015

- BRUZZONE G., *Riordino della disciplina delle società partecipate: le sfide da affrontare*, in CINTIOLI F. e MASSA FELSANI F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, 27 e ss.
- BUONOCORE V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, pt. I, 5 e ss.
- BUONOCORE V., *Iniziativa economica privata e impresa*, in ID. (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 3 e ss.
- CABIDDU M.A., *I servizi pubblici organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in AMMANNATI L., CABIDDU M.A., DE CARLI P. (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 3 e ss.
- CAFAGNO M., *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 279 e ss.
- CAFAGNO M., *Lo stato banditore. Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001
- CAFAGNO M. e MANGANARO F., *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 57 e ss.
- CAIA G., *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 601 e ss.
- CAIA G., *Le società partecipate dopo il correttivo al testo unico*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2018*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2018, 192 e ss.
- CAIA G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *giustamm.it*, n. 4/2007
- CAIANIELLO V., *Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. e soc.*, 1992, 2, 187 e ss.
- CALCAGNILE M., *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 4, 441 e ss.
- CALVOSA L., *Costituzione*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Quinta ed., Giuffrè, Milano, 2012, 373 e ss.
- CAMERIERO L., *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche*, in DE NICTOLIS R. e CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano, 2008, 1 e ss.
- CAMERLENGO Q., *Costituzione, economia, società*, Cacucci, Bari, 2017
- CAMMELLI M. e ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II ed., Maggioli, Rimini, 1999
- CAMMELLI M. e DUGATO M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in CAMMELLI M. e DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 347 e ss.
- CAMMELLI M. e DUGATO M., *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in CAMMELLI M. e DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 1 e ss.

- CAMMELLI M., *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 9 e ss.
- CAMMELLI M., *La pubblica amministrazione. Come è cambiata ai tempi della spending review*, Il Mulino, Bologna, 2014
- CAMMELLI M., voce *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Ann. V, Giuffrè, Milano, 2012, 1190 e ss.
- CAMMEO F., *Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1938*, in *Giur. it.*, 1938, III, 109 e ss.
- CAMMEO F., *Società commerciale ed ente pubblico*, Universitaria editrice, Firenze, 1947
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Utet, Torino, 2015,
- CAMPOFILONI F., *Oneri di motivazione analitica tra discrezionalità e controlli*, in FIMMANÒ F. e CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Giapeto, Napoli, 2016, II, 881 e ss.
- CAMPONESI R., *Testo unico società a partecipazione pubblica: le novità del decreto correttivo ed i nuovi adempimenti*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 6 luglio 2017
- CANTONE R., *Prevenzione della corruzione nel sistema delle società pubbliche: dalle linee guida dell'ANAC alle norme del d.lgs. 175/2016*, in *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, opera diretta da Auletta F., Zanichelli, Bologna, 2017, 17 e ss.
- CAPALBO Ferruccio, *Società a partecipazione pubblica e servizi pubblici locali. Inquadramento sistematico e disciplina alla luce del D.lgs. 175/2016 e della sentenza della Corte costituzionale 251/2016*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2017
- CAPALBO Francesco, *La qualità del bilancio delle società a partecipazione pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2016
- CAPO G., *La società per azioni. La costituzione e la nullità della società. Le modificazioni statutarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore V., Giappichelli, Torino, 2010, IV – 5.I
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, Seconda ed., Giappichelli, Torino, 2012
- CAPRARA A., *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017
- CARDI E. e D'ALBERTI M., *Note intorno alle «de-stattizzazioni»: i paradigmi legislativi di ferrovie e poste*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1995, 57 e ss.
- CARDI E., *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Quarta ed., Giappichelli, Torino, 2018
- CARTEI G.F., *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002
- CARTEI G.F., *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 888 e ss.
- CARULLO A., *L'attuale necessità di una corretta distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico. Un intricato percorso a tappe: dall'irrelevanza della gara, all'affermazione di un differente partenariato pubblico-privato, e la consapevolezza di un'occasione perduta*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 4, 701 e ss.
- CARUSO G.M., *Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative*, in FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*,

- Convegno in ricordo di Luca Buttarò, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 169 e ss.
- CARUSO G.M., *Il socio pubblico*, Jovene, Napoli, 2016
- CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli, 2003
- CASALINI D., *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 9, 969 e ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2016
- CASSETTA E., voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1987, I, 521 e ss.
- CASSETTA E., voce *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1997, XII, 271 e ss.
- CASINI L., *I confini e le dimensioni*, in TORCHIA L. (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, 23 e ss.
- CASSESE S. (a cura di), *La Costituzione economica*, Quinta ed., Laterza, Roma-Bari, 2012
- CASSESE S. e TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2014
- CASSESE S., *Che cosa resta?*, in *irpa.eu*, dicembre 2015
- CASSESE S., *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 9, 869 e ss.
- CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Seconda ed., diretto da Chiti M.P. e Greco G., Giuffrè, Milano, 2007, I, 1 e ss.
- CASSESE S., *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 12, 1134 e ss.
- CASSESE S., *Il controllo delle partecipazioni statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 4, 1215 ss.
- CASSESE S., *Il neosocialismo municipale*, in *Il Corriere della sera*, 29 ottobre 2003
- CASSESE S., *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Giuffrè, Milano, 1991, III, t. 1, 177 e ss.
- CASSESE S., *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 10, 915 e ss.
- CASSESE S., *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 4, 879 e ss.
- CASSESE S., *Le imprese ai privati e la cura dell'interesse generale allo Stato: un programma non realizzato nel primo quarantennio di storia unitaria*, in DI CATALDO V., MELI V., PENNISI R. (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, I, 91 e ss.
- CASSESE S., *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, 1992, 2, 235 e ss.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 3-4, 579 e ss.
- CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1, 27 e ss.

- CASSESE S., *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 2, 374 e ss.
- CASSESE S., *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2010, 389 e ss.
- CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962
- CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 4, 901 e ss.
- CASSESE S., *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 1, 12 e ss.
- CATRICALÀ A., *I succedanei dell'ente pubblico nell'epoca delle privatizzazioni. Le agenzie (cenni)*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 4, 659 e ss.
- CATRICALÀ A., *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, in *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Atti del XLV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 16-18 settembre 1999, Giuffrè, Milano, 2000, 287 e ss.
- CAVALLO PERIN R., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in CAVALLO PERIN R., POLICE A., SAITTA F. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 3 e ss.
- CECERE A., *L'itinerario delle privatizzazioni. Legislazione, programmi, direttive*, Cedam, Padova, 1995
- CERIONI F. e PIPERATA G., *La disciplina delle società a partecipazione pubblica dopo il correttivo del 2017: le principali novità*, addenda di aggiornamento a CERIONI F. (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Giuffrè, Milano, 2017
- CERULLI IRELLI V., *"Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994, 84 e ss.
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Quarta ed., Giappichelli, Torino, 2014
- CERULLI IRELLI V., *Nuovi assetti per l'impresa pubblica*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, Giornate di studi in onore di Guido Corso, Palermo, 12-13 dicembre 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 73 e ss.
- CERULLI IRELLI V., *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la legge sul "parastato"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 2, 626 e ss.
- CERULLI IRELLI V., *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2900 e ss.
- CHIEPPA R. e GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017
- CHIEPPA R., *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in *giustamm.it*, n. 2/2010
- CHIRULLI P., *Autonomia privata e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Cedam, Padova, 2005

- CHITI M.P., *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 1, 1 e ss.
- CHITI M.P., *La pubblica amministrazione*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, 197 e ss.
- CHITI M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, 1115 e ss.
- CHITI M.P., *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 2, 301 e ss.
- CIAN M., *Autonomia patrimoniale e personalità giuridica*, in ID. (a cura di), *Diritto commerciale. Aggiornato alla legge 11 agosto 2014, n. 116*, Giappichelli, Torino, 2014, II, 58 e ss.
- CIAN M., *I tipi di società*, in ID. (a cura di), *Diritto commerciale. Aggiornato alla legge 11 agosto 2014, n. 116*, Giappichelli, Torino, 2014, II, 51 e ss.
- CIMINI S., *L'evoluzione dei caratteri degli enti pubblici*, in CAVALLO PERIN R., POLICE A., SAITTA F. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 365 e ss.
- CINTIOLI F. e MASSA FELSANI F., *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Una riflessione di apertura*, in CINTIOLI F. e MASSA FELSANI F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, 1 e ss.
- CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010
- CINTIOLI F., *Disciplina pubblicistica e corporate governance della società partecipate da enti pubblici*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010, 143 e ss.
- CINTIOLI F., *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Dir. e soc.*, 2009, 3-4, 373 e ss.
- CINTIOLI F., *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in VIETTI M., *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla "Riforma Vietti"*, Utet, Assago, 2014, 561 e ss.
- CINTIOLI F., *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in *giustamm.it*, n. 3/2014
- CIRENEI M.T., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo G.E. e Portale G.B., Utet, Torino, 1992, VIII, 3 e ss.
- CIRILLO G.P., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Giurisprudenza amm.*, 2014, 3-4, pt. IV, 65 e ss.
- CIRILLO G.P., *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 223 e ss.
- CIRILLO G.P., *Sistema istituzionale di diritto comune*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2018

- CITRONI G., LIPPI A., PROFETI S., *Governi privati. Le società partecipate dei comuni strumento e arena del governo locale*, Prefazione di Sapelli G., Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli, 2005, I, 787 e ss.
- CLARICH M. e MATTARELLA B.G., *Prefazione*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, diretto da Meo G. e Nuzzo A., Cacucci, Bari, 2016, 9 e ss.
- CLARICH M., *Il rapporto tra Diritto pubblico e Diritto privato*, in PIZZANELLI G. (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 47 e ss.
- CLARICH M., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010, 1 e ss.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Seconda ed., Il Mulino, Bologna, 2015
- CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 e ss.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in CONTIERI A., FRANCIOSI F., IMMORDINO M., ZITO A. (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, I, 349 e ss.
- COCCO G., *Liberalizzazioni*, in CAFAGNO M. e MANGANARO F. (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 263 e ss.
- CODAZZI E., *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018
- COFRANCESCO G. e BORASI F., *Adeguamento marginale e Stato eventuale*, Giappichelli, Torino, 2016
- COLAPINTO F., *L'accesso del consigliere comunale agli atti e ai documenti di una società partecipata dal comune: probabili scenari di una questione non ancora risolta*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 452 e ss.
- COLOMBINI G., *Notazioni in margine del processo di costituzionalizzazione della nozione finanziaria di amministrazione pubblica*, in PIZZANELLI G. (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 83 e ss.
- COMPORTE G.D., *Il principio di unità della funzione amministrativa*, in RENNA M. e SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 307 e ss.
- CORRADINO M., *Il diritto amministrativo nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Seconda ed. aggiornata, Cacucci, Bari, 2015
- CORSO G., *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in NIVARRA L. e PLAIA A. (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Atti del Seminario in onore di Salvatore Mazzamuto, Palermo, 9 giugno 2017, Giappichelli, Torino, 2018, 45 e ss.
- CORSO G., *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, suppl. al n. 4, 91 e ss.

- CORSO G., *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1995, Giuffrè, Milano, 1997, 21 e ss.
- CORSO G., *Liberalizzazioni: le premesse di diritto europeo*, in *Ist. fed.*, 2007, 2, 279 e ss.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Quinta ed., Giappichelli, Torino, 2010
- CORSO G., *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, in CAFAGNO M. e MANGANARO F. (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 593 e ss.
- CORSO G., voce *Liberalizzazione economica e amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, IV, 3492 e ss.
- COTTARELLI C., *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Feltrinelli, Milano, 2015
- CUCCU F., *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Giappichelli, Torino, 2019
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008
- CUNIBERTI M., *Il servizio pubblico nella nuova giurisdizione esclusiva (art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205)*, in AMMANNATI L., CABIDDU M.A., DE CARLI P. (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 269 e ss.
- D'ALBERGO S., *Le partecipazioni statali*, Giuffrè, Milano, 1960
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 4, 1019 e ss.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2010, 67 e ss.
- D'ALBERTI M., *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 4, 1293 e ss.
- D'ALBERTI M., *Il diritto amministrativo nel "grande contesto"*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, Giornate di studi in onore di Guido Corso, Palermo, 12-13 dicembre 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 129 e ss.
- D'ALBERTI M., *L'intervento pubblico nell'economia: miglioramenti e criticità*, in DI LASCIO F. (a cura di), *Il diritto dei Paesi europei. Tendenze e riforme*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 19 e ss.
- D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Quarta ed., Giappichelli, Torino, 2019
- D'ALBERTI M., *Nuove tendenze del governo dell'economia*, in *Riv. giur. mezz.*, 2013, 3, 349 e ss.
- D'ALBERTI M., *Per un diritto comune ai privati e alle pubbliche amministrazioni*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, I, 679 e ss.
- D'ALBERTI M., *Recensione a G. Napolitano, Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 1, 237 e ss.,
- D'ALTERIO E., *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 4, 969 e ss.
- D'AMICO G., *Il seguito della sent. n. 251/2016 della corte costituzionale fra "suggerimenti", "correzioni" e nuove impugnative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 3, 287 e ss.

- D'ANCONA S., *L'evoluzione del concetto di pubblica amministrazione nel diritto nazionale e nel diritto dell'Unione europea*, in GALETTA D.-U. (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea. Argomenti e materiali*, Giappichelli, Torino, 2014, 109 e ss.
- D'ARIES C., sub Art. 5, in D'ARIES C., GLINIANSKI S., TESSARO T., *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 45 e ss.
- DAMIANO D., *Le società a partecipazione pubblica e gli obblighi di trasparenza finalizzati a scongiurare il verificarsi di fenomeni corruttivi*, in *Munus*, 2014, 3, 487 e ss.
- DE GIROLAMO A.T., *Premessa la decreto legislativo n. 175/2016*, in LACCHINI M. e MAURO A. (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo unico. Verso un nuovo paradigma pubblico privato*, Giappichelli, Torino, 2017, 13 e ss.
- DE IOANNA P., *Efficienza e controllo della spesa pubblica*, in AA.VV., *Evoluzione e riforma dell'intervento pubblico. Scritti in onore di Gilberto Muraro*, Giappichelli, Torino, 2013, 247 e ss.
- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Cedam, Padova, 2000
- DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002
- DE MICHELE A., *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Ist. fed./Quaderni*, 2011, 2, 69 e ss.
- DE NICTOLIS R., *Gli elementi connotanti le società miste*, in DE NICTOLIS R. e CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano, 2008, 159 e ss.
- DE PRETIS D., *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili comparati*, in DOMENICHELLI V. e SALA G. (a cura di), *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Cedam, Padova, 2007, 1 e ss.;
- DE SIANO A., *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria, I. Gli effetti della introduzione dei primi tratti di federalismo fiscale sul sistema autonomistico-territoriale nella legislazione finanziaria 1999-2008*, Giappichelli, Torino, 2008
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010
- DE VINCENTI C., *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in ASTRID, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, 21 e ss.
- DE VITA A., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione amministrativa*, in *ilmerito.org*, 2017
- DEL GATTO S., *L'uso di strumenti privatistici da parte delle pubbliche amministrazioni: organismo di diritto pubblico, società pubbliche e «in house providing»*, in TORCHIA L. (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo proredito*, Il Mulino, Bologna, 2010, 67 e ss.
- DEL GATTO S., *Sistema "SEC 95" ed elenco ISTAT. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 10, 960 e ss.

- DELLA CANANEA G., *Finanza e amministrazione pubblica*, in DELLA CANANEA G. e DUGATO M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 135 e ss.
- DELLA SCALA M.G., *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 391 e ss.
- DELLA SCALA M.G., *Società per azioni e Stato imprenditore*, Jovene, Napoli, 2012
- DELLA SCALA M.G., *Le società pubbliche*, in *treccani.it*, 2015
- DEMURO I., *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, 3, pt. II, 581 e ss.
- DETTORI S., *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008
- DI CHIO G., *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., Sez. commerciale*, Utet, Torino, 1997, XIV, 158 e ss.
- DI GASPARE G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Terza ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2017
- DI GASPARE G., *Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 30 giugno 2018
- DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Nuova ed., Cedam, Padova, 2010
- DI GIOVANNI A., *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2018
- DI LULLO M., *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) "pubbliche amministrazioni"*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 245 e ss.
- DI RAIMO R., *Economia mista e modelli di sviluppo: lo Stato imprenditore nell'opera cinquantenaria del Giudice delle leggi*, in DI RAIMO R. e RICCIUTO V. (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, XI e ss.
- DI RIENZO M., *Gli organi di amministrazione e controllo nel Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Convegno in ricordo di Luca Buttaro, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 139 e ss.
- DI RUSSO D., *Le società a partecipazione*, in ID. (a cura di), *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Eutekne, Torino, 2015, 23 e ss.
- DI RUSSO D., MIELE A., NARDELLI G., *I limiti nell'assunzione e detenzione di partecipazioni da parte di enti pubblici*, in DI RUSSO D. (a cura di), *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Eutekne, Torino, 2015, 33 e ss.
- DIPACE R., *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in LONGOBARDI N. (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Giappichelli, Torino, 2016, 27 e ss.
- DONATIVI V., *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2010, IV – 4.VII
- DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer, Assago, 2016
- DUGATO M., *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in DELLA CANANEA G. e DUGATO M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 51 e ss.

- DUGATO M., *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in DE GIORGI CEZZI G., CORSO G., MORBIDELLI G., PORTALURI P.L., SCOCA F.G. (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, I, 315 e ss.
- DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, 169 e ss.
- DUGATO M., *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in DUGATO M. e MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, 2014, 213 e ss.
- DUGATO M., *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 245 e ss.
- DUGATO M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 855 e ss.
- DUGATO M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Ipsoa, Assago, 2001, 11 e ss.
- DUGATO M., *Organizzazioni delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 3, 667 e ss.
- DURANO G., *Poteri autoritativi tra interessi pubblici e regole del mercato. Alla continua ricerca degli equilibri comunitari*, Giappichelli, Torino, 2018
- ELEFANTE F., *Società pubbliche e normativa anticorruzione*, in *Munus*, 2014, 3, 467 e ss.
- FALCON G. e MARCHETTI B. (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Atti del convegno, Trento, 7-8 giugno 2012, Cedam, Padova, 2013
- FALZEA A., voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Giuffrè, Milano, 2007, 201 e ss.
- FANTINI S. e SIMONETTI H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2017
- FARNETI G., *Introduzione alla lettura del TU: siamo alla vigilia di un concreto processo di cambiamento?*, in *Azienditalia*, 2016, 10, 833 e ss.
- FARNETI G., *Presentazione*, in *Azienditalia*, 2016, 10, 829 e ss.
- FERRANDO S., *L'in house providing nel diritto comunitario degli appalti e delle concessioni*, Forum, Udine, 2007
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2002
- FERRARA R., *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, I, 335 e ss.
- FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006
- FERRARI G.F., *Stato e mercato nell'esperienza italiana: dal 1948 a oggi*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Seconda ed., Egea, Milano, 2013, 87 e ss.
- FERRARI G.F., *Stato e mercato nell'esperienza italiana: dall'Unità alla Seconda guerra mondiale*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Seconda ed., Egea, Milano, 2013, 35 e ss.
- FERRARI AGGRADI M., *Le partecipazioni statali nella politica di sviluppo*, Ministero delle Partecipazioni Statali, Roma, 1959, I

- FERRI G., *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941, I, 199 e ss.
- FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, Ristampa, Giuffrè, Milano, 2001
- FIGORILLI F., *I servizi pubblici*, in SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 629 e ss.
- FIMMANÒ F. e CATRICALÀ A., *Introduzione. Profili generali della riforma*, in FIMMANÒ F. e CATRICALÀ A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Giapeto, Napoli, 2016, I, 15 e ss.
- FIMMANÒ F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in ID. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, 13 e ss.
- FIORENTINO L., *L'organizzazione centrale*, in TORCHIA L. (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, 165 e ss.
- FLORENZANO D., *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, m. 223*, Cedam, Padova, 2008
- FOIS S., *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 2000, 1, 13 e ss.
- FONDERICO G., *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, in NATALINI A. e VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 141 e ss.
- FORTI U. e IACCARINO C.M., voce *Amministrazione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, 1957, I, 560 e ss.
- FORTUNATO S. e VESSIA F., *Presentazione*, in FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Convegno in ricordo di Luca Buttaro, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, VII e ss.
- FORTUNATO S., *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Convegno in ricordo di Luca Buttaro, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 95 e ss.
- FORTUNATO S., *Le società a partecipazione pubblica tra modelli privatistici ed esercizio di pubbliche funzioni*, in *ibattellidelreno.it*, 18 dicembre 2016
- FRACANZANI M., *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale. Riflessioni per un'actio finium regundorum su partecipazioni al capitale, socio d'opera, oggetto sociale, limiti soggettivi a contrarre ed a concorrere nelle pubbliche gare, dopo le riforme 2006-2009*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2009
- FRACCHIA F., *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 855 e ss.
- FRACCHIA F., *"In house providing", codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2012, 2, 243 e ss.
- FRACCHIA F., *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 2, 357 e ss.
- FRACCHIA F., *La difficoltà di riformare l'amministrazione*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2015, 1, 40 e ss.
- FRACCHIA F., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, 13 luglio 2016
- FRACCHIA F., *Riforma Madia: una rivoluzione copernicana?*, in TUCCILLO S. (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 17 e ss.

- FRANCARIO F., *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la c.d. “spending review” (alla luce della sentenza Corte Cost. n. 229/2013)*, in *Corr. merito*, 2013, 10, 933 e ss.
- FRANCHINI C., *L’organizzazione amministrativa*, in PIZZANELLI G. (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 115 e ss.
- FRANCHINI C., *L’organizzazione*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Seconda ed., Giuffrè, Milano, 2003, I, 251 e ss.
- FRANCHINI C., *La Spending review e il riordino della pubblica amministrazione nazionale*, in in DE GIORGI CEZZI G., CORSO G., MORBIDELLI G., PORTALURI P.L., SCOCA F.G. (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, I, 393 e ss.
- FRANCHINI C., *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli, II. Attività, organizzazione, servizi*, Cedam, Padova, 2007, 367 e ss.
- FRENI E., “Golden share”: raggiunta la compatibilità con l’ordinamento comunitario?, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 25 e ss.
- FRENI E., *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004
- FROSINI V., *La lettera e lo spirito della legge*, Terza ed., Giuffrè, Milano, 1998
- GALASSO F., *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, Milano, Giuffrè, 1943, I, 53 e ss.
- GALETTA D.-U., *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in CHITI M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, 91 e ss.
- GALGANO F., *La società per azioni*, Seconda ed., in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano F., Cedam, Padova, 1988, VII
- GALGANO F., *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. soc.*, 1982, 3, 433 e ss.
- GARGANO G., *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti giuridici della soggettività “speciale” tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017
- GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell’economia. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998
- GASPARI F., *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno, comunitario e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015
- GASPARINI CASARI V., *Mercato e istituzioni*, in *Dir. econ.*, 2002, 3-4, 511 e ss.
- GAVANA G., OSCULATI F., ZATTI A., *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007, 1-2, 7 e ss.
- GIACCHETTI S., *Privatizzazioni: la nuova frontiera dell’interesse pubblico*, in *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Atti del XLV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna, 16-18 settembre 1999, Giuffrè, Milano, 2000, 211 e ss.
- GIANI L., *L’organizzazione amministrativa*, in SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 120 e ss.

- GIANNELLI G., *La gestione delle partecipazioni pubbliche*, in FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Convegno in ricordo di Luca Buttaro, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 125 e ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, I
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell’economia*, Nuova ed., Il Mulino, Bologna, 1995
- GIANNINI M.S., *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 2-3, 389 e ss.
- GIANNINI M.S., *Il potere pubblico: Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Seconda ed., Giuffrè, Milano, 2000
- GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 2, 227 e ss.
- GIANNINI M.S., *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato dir.*, 1940, 2, 128 e ss.
- GIGLIONI F., *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di “servizio pubblico”*, in *Foro amm.*, 1998, 7-8, 2264 e ss.
- GIGLIOTTI F. (a cura di), *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017
- GILIBERTI B., *Sulla natura giuridica oggettiva dei servizi pubblici*, in *Foro amm. – CdS*, 2013, 4, 1038 e ss.
- GIORDANO D., *Le limitazioni all’autonomia privata nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2006
- GIULIETTI W. e TRIMARCHI M., *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell’interesse finanziario*, in CAVALLO PERIN R., POLICE A., SAITTA F. (a cura di), *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 189 e ss.
- GIULIETTI W., *Le partecipazioni pubbliche societarie tra razionale e reale alla luce del nuovo Testo unico n. 175 del 2016 e del suo correttivo. Il caso delle partecipazioni universitarie*, in *giustamm.it*, n. 9/2017
- GIUSTI C.A., *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica. Profili civilistici e di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2017
- GIUSTI M., *Fondamenti di diritto pubblico dell’economia*, Terza ed., Cedam, Padova, 2013
- GLINIANSKI S., sub Art. 3, in D’ARIES C., GLINIANSKI S., TESSARO T., *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 25 e ss.
- GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2004
- GOISIS F., voce *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Giuffrè, Milano, 2014, 411 e ss.
- GOISIS F., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 1, 47 e ss.
- GOISIS F., *L’ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, 1, 1 e ss.
- GOISIS F., *L’in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, 245 e ss.

- GOISIS F., *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1364 e ss.
- GOISIS F., *Le società legali alla prova dell'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012. Il caso di ANAS s.p.a.*, in *Foro amm.*, 2014, 6, 1701 e ss.
- GOTTI P., *La problematica 'nozione finanziaria' di pubblica amministrazione, l'elenco ISTAT e la regola della spending review*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 177 e ss.
- GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo, I. Parte generale: lezioni*, Giuffrè, Milano, 2013
- GRECO G., *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Seconda ed., diretto da Chiti M.P. e Greco G., Giuffrè, Milano, 2007, II, 827 e ss.
- GRECO G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1, 61 e ss.
- GROSSI P., *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 3 e ss.
- GROSSI P., *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quaderni fiorentini XLV*, 2016, 9 e ss.
- GROSSI P., *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 4, 921 e ss.
- GRÜNER G., *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009
- GRÜNER G., *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in *giustamm.it*, n. 8/2011
- GUACCERO A., *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, Giuffrè, Milano, 2007
- GUARINO G., *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, 31 e ss.
- GUARINO G., *L'organizzazione della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1977
- GUARINO R., *La causa pubblica nel contratto di società*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, 131 e ss.
- GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in ID. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010, 97 e ss.
- GUIZZI G. (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel D.lgs. n. 175/2016 (aggiornato al D.lgs. n. 100/2017)*, Giuffrè, Milano, 2017
- GUZZO G., *La portata additiva della sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale sulla disciplina delle società partecipate: riflessioni minime*, in *lexitalia.it*, 6 dicembre 2016
- GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2009
- HABERMAS J., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Seconda ed., Laterza, Roma-Bari, 2006
- IAIONE C., *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Ristampa, Jovene, Napoli, 2012

- IBBA C., *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da Ibba C. e Demuro I., Zanichelli, Bologna, 2018, 1 e ss.
- IBBA C., *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 2, 409 e ss.
- IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 4, pt. I, 464 e ss.
- IBBA C., *Le società «legali»*, Giappichelli, Torino, 1992
- IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *Riv. dir. impresa*, 2010, 2, 213 e ss.
- IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA C., MALAGUTI C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli, Torino, 2011, 1 e ss.
- IBBA C., *Servizi pubblici e diritto societario*, in *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Giappichelli, Torino, 2007, 179 e ss.
- IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1, 1 e ss.
- IELO D., *Affidamenti diretti e conformazione ai principi comunitari*, in *Amministrare*, 2007, 1-2, 59 e ss.
- IERA R. e VILLARI A., *Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2014, 523 e ss.
- IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, 3, 465 e ss.
- IRTI N., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 435 e ss.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979,
- IRTI N., *Le tre potenze e il codice civile*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, II, 1055 e ss.
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004
- IRTI N., *Prefazione*, in CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011
- ITALIA V., *Introduzione. Inquadramento sul Testo unico sulle società a partecipazione pubblica e commento all'articolo 1*, in ITALIA V., BASSANI M., BOTTINO G., RUGGERI G., *Le società partecipate dopo la "riforma Madia". D.lgs. n. 175/2016 in vigore dal 23 settembre 2016*, Giuffrè, Milano, 2017, 5 e ss.
- JAEGER P.G., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 6, pt. I, 989 e ss.
- KOSTORIS R.E., *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in ID. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, Bologna, 2016, 9 e ss.
- LA MALFA U., *Relazione conclusiva presentata nel Consiglio dei Ministri del 9 aprile 1951, concernente la riorganizzazione delle partecipazioni economiche dello Stato*, in MINISTERO DELL'INDUSTRIA E DEL COMMERCIO, *L'Istituto per la Ricostruzione Industriale – I.R.I.*, Torino, Utet, 1955, I, 11 e ss.
- LAZZARAP., *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 337 e ss.

- LIBERTINI M., *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in TORCHIA L. (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, 215 e ss.
- LIBERTINI M., *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, in *federalismi.it*, n. 24/2016
- LIBERTINI M., voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, 191 e ss.
- LICATA G.F., *In tema di autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, in PIZZANELLI G. (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 227 e ss.
- LICCIARDELLO S., *La formazione del sistema di diritto amministrativo*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 3 e ss.
- LIGUORI F., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Nuova ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2013
- LIGUORI F., *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in DE GIORGI CEZZI G., CORSO G., MORBIDELLI G., PORTALURI P.L., SCOCA F.G. (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, I, 475 e ss.
- LIGUORI F., *Semplificazioni e liberalizzazioni nelle riforme amministrative*, in TUCCILLO S. (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 11 e ss.
- LIPARI M., *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. merito*, 2007, 1, 111 e ss.
- LO CONTE G., *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015
- LOLLI A., *Le società a partecipazione pubblica come possibile elemento dell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 1994, 1, 105 e ss.
- LOLLI A., *Le società miste*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, 311 e ss.
- LONGHI L., *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2015
- LONGOBARDI N., *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4, p. 1605 e ss.
- LONGOBARDI N., *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del primato tradizionale del potere amministrativo*, in ID. (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Giappichelli, Torino, 2016, 133 e ss.
- LORENZONI L., *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018
- LUCARELLI A., *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 171 e ss.
- LUCARELLI A., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 153 e ss.

- LUCARELLI A., *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, 2 novembre 2016
- LUCIANI F., “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv. dir. comm.*, 2012 4, pt. I, 719 e ss.
- LUCIANI M., *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Giuffrè, Milano, 2014, 1 e ss.
- LUNA SERRANO A., *La sicurezza giuridica e le verità ufficiali del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017
- MACCHIA M., *Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto*, in TORCHIA L. (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, Bologna, 2010, 15 e ss.
- MACCHIA M., *La parabola delle partecipazioni statali: paradigmi e tendenze*, in CAVALLO PERIN R., POLICE A., SAIITA F. (a cura di), *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 445 e ss.
- MALINCONICO C. (a cura di), *Come superare il socialismo municipale. Dalle municipalizzate al libero mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016
- MALTONI A. e PALMIERI M., *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267 e ss.
- MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli, Torino, 2005
- MALTONI A., *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in LONGOBARDI N. (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Giappichelli, Torino, 2016, 189 e ss.
- MALTONI A., voce *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Giuffrè, Milano, 2007, 570 e ss.
- MALTONI M. e ROTOLO A., *Problemi di “riassetto” delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010, 217 e ss.
- MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L’influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Giuffrè, Milano, 1998
- MANGANARO F., *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, I, 487 e ss.
- MANGANARO F., *Il pluralismo autonomistico*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 57 e ss.
- MANGANARO F., *Il principio di autonomia*, in RENNA M. e SAIITA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 259 e ss.
- MANGANARO F., *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 1-2, 45 e ss.
- MANNORI L. e SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001
- MANNUCCI G., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016

- MARASÀ G., *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel Testo unico (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Riv. soc.*, 2017, 4, 795 e ss.
- MARASÀ G., *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali. Profili generali*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da Ibba C. e Demuro I., Zanichelli, Bologna, 2018, 17 e ss.
- MARASÀ G., *Le "società" senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano, 1984
- MARASÀ G., voce *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990
- MARCHETTI B. (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Atti del seminario, Trento, 17 dicembre 2012, Cedam, Padova, 2013
- MARCHETTI B., *Il principio di motivazione*, in RENNA M. e SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 521 e ss.
- MARCHETTI G., *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sent. n. 251 del 2016)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017
- MARENGHI E.M., *Affidamento di servizi pubblici senza gara tra interesse comune e cooperazione*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, II, 1297 e ss.
- MARONGIU G., voce *Funzione (Funzione amministrativa)*, in *Enc. giur. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, XIV
- MAROTTA S., *La spending review nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di privatizzare*, in *Munus*, 2014, 2, 261 e ss.
- MARRA A., *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Dir. econ.*, 2015, 2, 299 e ss.
- MARRAMA D., *Soggetti "legali" e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2012
- MARSHALL J., *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, 705 e ss.
- MARTELLI V., *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1997
- MARTIN RETORTILLO S., *Reflexiones sobre la 'huida' del derecho administrativo*, in *Rev. ad. publ.*, 1996, 140 e ss.
- MARTIRE D., *Brevi note alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 1, 195 e ss.
- MARTUCCI K., *Profili di diritto singolare dell'"impresa"*, Giuffrè, Milano, 2013
- MARZIALETTI L., *Contabilità nazionale e unità istituzionali. Interpretazione ed applicazione dei criteri dettati dal SEC 2010 per l'inserimento delle PP.AA. nell'Elenco delle unità istituzionali appartenenti al settore delle Amministrazioni Pubbliche di competenza dell'ISTAT*, in *Rass. avv. Stato*, 2017, 2, 270 e ss.
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, 393 e ss.
- MARZUOLI C., *Le università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 287 e ss.

- MARZUOLI C., *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, I, 527 e ss.
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982
- MASSA FELSANI F., *Partecipazioni pubbliche e "tipi" sociali*, in GAROFOLI R. e ZOPPINI A., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Nel Diritto, Roma, 2018, 173 e ss.
- MASSERA A., *Gli statuti delle società a partecipazione pubblica e l'applicazione delle regole amministrative per la trasparenza e l'integrità*, in *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, opera diretta da Auletta F., Zanichelli, Bologna, 2017, 45 e ss.
- MASSERA A., *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 4, 761 e ss.
- MASSERA A., *Le società pubbliche: vicende di un disallineamento continuo tra opposte polarizzazioni*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Annuario 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 31 e ss.
- MASSERA A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2012
- MASSERA A., *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1978
- MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011
- MATALUNI F., sub Art. 4, in *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, diretto da Meo G. e Nuzzo A., Cacucci, Bari, 2016, 62 e ss.
- MATTARELLA B.G., *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017
- MATTARELLA B.G., *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 179 e ss.
- MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Cedam, Padova, 2000
- MATTARELLA B.G., *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2017, 5, 565 e ss.
- MATTARELLA B.G., *La specialità delle società pubbliche*, in CINTIOLI F. e MASSA FELSANI F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, 21 e ss.
- MATTARELLA B.G., *Le funzioni*, in CHITI M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, 145 e ss.
- MATTARELLA B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007
- MATTARELLA B.G., *Presentazione*, in CERIONI F. (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Giuffrè, Milano, 2017, XIII e ss.

- MATTIOLI G., *La nuova disciplina della trasparenza e le società pubbliche. Alcuni spunti di riflessioni critica*, in *Dir. econ.*, 2017, 2, 459 e ss.
- MAURO A. e ANTONICELLI G., *La disciplina delle società partecipate: dalla legge delega n. 124/2015 al Testo Unico n. 175/2016*, in LACCHINI M. e MAURO A. (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo unico. Verso un nuovo paradigma pubblico privato*, Giappichelli, Torino, 2017, 27 e ss.
- MAZZA M., *Le privatizzazioni: dal regime pubblicistico a quello di diritto privato*, in FERRARI G.F. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Seconda ed., Egea, Milano, 2013, 443 e ss.
- MAZZAMUTO M., *La matrice dottrina del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Annuario 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 23 e ss.
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2000
- MAZZONI A., *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, in IBBA C., MALAGUTI C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli, Torino, 2011, 57 e ss.
- MEF – DIPARTIMENTO DEL TESORO, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, maggio 2019, in [dt.mef.gov.it](http://dt.mef.gov.it)
- MELIS G., *Storia del diritto amministrativo*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Seconda ed., Giuffrè, Milano, 2003, I, 95 e ss.
- MENOTTI DE FRANCESCO G., voce *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, Torino, 1968, 1035 e ss.
- MERLONI F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012
- MERUSI F. e IARIA D., voce *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990
- MERUSI F., *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Amministrare*, 1988, 135 e ss.
- MERUSI F., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013
- MERUSI F., *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. e eur.*, 2000, 3, 1236 e ss.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012
- MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 1, 39 e ss.
- MERUSI F., *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 2, 413 e ss.
- MERUSI F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Ed. definitiva, Giuffrè, Milano, 1965
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007
- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990
- MERUSI F., voce *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Utet, Torino, 1970, 215 e ss.
- MICHETTI E., *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Giuffrè, Milano, 2011

- MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 1 e ss.
- MICCÙ R. e ROMA G., *Le società pubbliche tra competenza legislativa statale e regionale, in federalismi.it*, n. speciale 6/2018
- MINIUSSI D., *La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo ed ordinamento nazionale*, in *Dir. econ.*, 2013, 1, 119 e ss.
- MOLITERNI A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016
- MONTEDORO G., *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in VIETTI M., *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla "Riforma Vietti"*, Utet, Assago, 2014, 335 e ss.
- MONTEDORO G., *Mercato e potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010
- MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2009
- MORBIDELLI G., *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. impr.*, 1998, 3, 235 e ss.
- MORBIDELLI G., *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012
- MORBIDELLI G., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, 3 e ss.
- MORETTI F., *Il TU partecipa alla luce delle novità recate dal decreto correttivo*, in *Azienditalia*, 2017, 8-9, 723 e ss.
- MORETTINI S., *La disciplina europea sulla discrezionalità amministrativa nel settore dei servizi*, in BATTINI S. e VESPERINI G. (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2008, 233 e ss.
- MORIN E., *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, R. Cortina, Milano, 2001
- MULAZZANI G., *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2015, 2, 385 e ss.
- MULAZZANI G., *Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno*, in *Dir. econ.*, 2017, 2, 321 e ss.
- NAPOLITANO G., (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013
- NAPOLITANO G., *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in ID., (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, 471 e ss.
- NAPOLITANO G., *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, 3, 537 e ss.
- NAPOLITANO G., *Il 'governo' delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in GAROFOLI R. e ZOPPINI A., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Nel Diritto, Roma, 2018, 15 e ss.
- NAPOLITANO G., *La contrattualizzazione dell'attività amministrativa. Parabole giuridiche del contratto nell'azione amministrativa*, in AMATO G. e GAROFOLI R. (a cura di), *I tre assi. L'amministrazione tra democratizzazione, efficientismo, responsabilità*, Nel Diritto, Roma, 2009, 105 e ss.
- NAPOLITANO G., *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in ID., (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, 383 e ss.

- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2014
- NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 5-6, 999 e ss.
- NAPOLITANO G., *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in ROPPO V. e SIRENA P. (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno, Roma, 2-3 dicembre 2011, Giuffrè, Milano, 2013, 393 e ss.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nella 'reinvenzione del governo': una indagine comparata*, in BENACCHIO G.A. e GRAZIADEI M. (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 243 e ss.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 2005
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?* , in *Dir. amm.*, 2003, 4, 801 e ss.
- NAPOLITANO G., voce *Enti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, III, 2223 e ss.
- NAPOLITANO G., voce *Funzioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, III, 2631 e ss.
- NAPOLITANO G., voce *Pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, V, 4741 e ss.
- NEGRELLI A., *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Giuffrè, Milano, 2016
- NERI S. e VENANZONI A. (a cura di), *La Riforma Madia alla prova dei decreti attuativi. Commentario ai decreti legislativi della legge 124 del 2015*, LUISS University Press, Roma, 2017
- NICO M., *L'esternalizzazione dei servizi pubblici e il ruolo dell'ente locale in qualità di socio pubblico: criticità, opportunità e prospettive*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 31 ottobre 2017
- NICODEMO A., *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2018
- NICODEMO S., sub Art. 4, in NICODEMO S. e SUSANNA M.V., *Società a partecipazione pubblica. Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2018, 55 e ss.
- NICODEMO S., sub Art. 5, in NICODEMO S. e SUSANNA M.V., *Società a partecipazione pubblica. Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2018, 69 e ss.
- NIGRO M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico (considerazioni generali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 121 e ss.
- NOVELLI P. e VENTURINI L., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2008
- NUGNES F., *L'impatto della governance economica europea sulla decisione di bilancio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016
- OCCHIENA M. e FRACCHIA F., *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in *Giustamm.it*, n. 12/2007
- OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in ID., *Scritti giuridici, VI. Principi e problemi del diritto privato*, Cedam, Padova, 2000, 29 e ss.

- OPPO G., *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in ID., *Scritti giuridici, VI. Principi e problemi del diritto privato*, Cedam, Padova, 2000, 373 e ss.
- OPPO G., *Privatizzazioni: aspetti privatistici*, in ID., *Scritti giuridici, VI. Principi e problemi del diritto privato*, Cedam, Padova, 2000, 51 e ss.
- OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in ID., *Scritti giuridici, VII. Vario diritto*, Cedam, Padova, 2005, 342 e ss.
- OSSERVATORIO CONTI PUBBLICI ITALIANI, *Come sta procedendo la riforma delle partecipate?*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 5 febbraio 2018
- OTTAVIANO V., *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Cedam, Padova, 1959
- OTTAVIANO V., *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni (1960)*, in ID., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, II, 115 e ss.
- OTTAVIANO V., voce *Ente pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1991, VI, 94 e ss.
- PACIFICO M., *Le "public utilities" italiane: liberalizzazioni incompiute*, in *Amministrare*, 2007, 1-2, 295 e ss.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007
- PAGANO F.F., *L'attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti su "diritto pubblico e diritto privato"*, in *Dir. e soc.*, 2015, 4, 739 e ss.
- PAJNO A., *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 17 e ss.
- PAJNO A., *Diritto europeo e trasformazioni del diritto amministrativo. Alcune provvisorie osservazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 2, 466 e ss.
- PAJNO A., *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in TORCHIA L. (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, 129 e ss.
- PALMA G., *Delle aporie in dottrina circa l'impiego di "norme" di diritto privato nell'azione dell'amministrazione pubblica. Contributo alla identificazione della potenziale logica ricostruttiva del progressivo sviluppo del sistema ordinamentale*, in *federalismi.it*, n. 3/2016
- PANI M. e SANNA C., *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica alla luce dell'intesa in Conferenza unificata*, in *lexitalia.it*, 22 aprile 2017
- PANICCIA I. e VIGNERI A., *Le società degli enti locali, le società strumentali*, in ASTRID, *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 167 e ss.
- PAPA MALATESTA A., voce *Partecipazioni pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1995, X, 693 e ss.
- PASQUINI G., *L'intervento dello Stato nell'economia: la natura delle società a partecipazione pubblica*, in PASQUINI G. e SANDULLI A. (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 2001, 235 e ss.
- PASSALACQUA M. (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015

- PASTORI G., *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994, 311 e ss.
- PASTORI G., *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Annuario 2004, Giuffrè, Milano, 2005, 11 e ss.
- PATRONI GRIFFI U., *Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale*, in FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Convegno in ricordo di Luca Buttaro, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 195 e ss.
- PAVONE LA ROSA A., *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in ID. (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Il Mulino, Bologna, 1982, 147 e ss.
- PECCHIOLI N., *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, I, 611 e ss.
- PECORARO C., *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali: vincoli sostanziali e procedimentali*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da Ibba C. e Demuro I., Zanichelli, Bologna, 2018, 35 e ss.
- PECORARO C., *La costituzione della società*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da Ibba C. e Demuro I., Zanichelli, Bologna, 2018, 65 e ss.
- PECORARO C., *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 5, 948 e ss.
- PELLEGRINI M. e SACCO GINEVRI A., *Il ruolo dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in PELLEGRINI M. (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Wolters Kluwer-Cedam, Assago-Padova, 2016, 453 e ss.
- PELLICCIOLI L., *Natura delle cose e metodo giuridico. Il «diritto naturale» dei giuristi*, Edizioni ETS, Pisa, 2015
- PEREZ R., *I controlli sugli enti pubblici economici privatizzati*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1995, 193 e ss.
- PERFETTI L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova, 2001
- PERFETTI L.R., *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 679 e ss.
- PERFETTI L.R., *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, 2015, 1, 129 e ss.
- PERICU A., *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria. Profili privatistici*, in *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Giappichelli, Torino, 2007, 183 e ss.
- PERICU A., *Le imprese esercitate dagli enti pubblici locali tra concorrenza e spending review (profili giuridici)*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 2, 349 e ss.
- PERICU G., *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, in ID., *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, 905 e ss.

- PERICU G., *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in ID., *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, 37 e ss.
- PERICU G., *Privatizzazione e servizio pubblico*, in ID., *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, 833 e ss.
- PERINI A., *Le trasformazioni in atto nei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, in *Dir. e soc.*, 1997, 2, 235 e ss.
- PETTINARI C., *I piani di razionalizzazione*, in CERIONI F. (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Giuffrè, Milano, 2017, 427 e ss.
- PETTITI P., sub Art. 3, in *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, diretto da Meo G. e Nuzzo A., Cacucci, Bari, 2016, 47 e ss.
- PETTITI P., *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, Giuffrè, 2016
- PIAZZA I., *Soggetti privati e attività amministrativa: principi, regole e regime degli atti*, in CAVALLO PERIN R., POLICE A., SAITTA F. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 487 e ss.
- PICOZZA E., *Introduzione al diritto amministrativo*, Seconda ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2018
- PICOZZA E., *Istituzione e riconoscimento per legge di nuovi enti pubblici nell'ordinamento giuridico statale e regionale*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994, 137 e ss.
- PICOZZA E., *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 2, 239 e ss.
- PILATOS., *La responsabilità amministrativa. Dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2019
- PINELLIC., *Massimo Severo Giannini costituzionalista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 3, 833 e ss.
- PINTO F., *Tutela dell'affidamento e scelte strategiche nella dismissione delle partecipazioni nelle società pubbliche*, in *amministrativamente.com*, n. 5-6/2018
- PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004
- PIOGGIA A., *L'amministrazione in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Annuario 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 137 e ss.
- PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001
- PIPERATA G., *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in CERIONI F. (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Giuffrè, Milano, 2017, 1 e ss.
- PIPERATA G., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 963 e ss.

- PIPERATA G., *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in CAMELLI M. e DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 291 e ss.
- PIRAS P., *Le privatizzazioni tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Giappichelli, Torino, 2005
- PIRAS P., *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1994
- PISANESCHI A., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, Giappichelli, Torino, 2009
- PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2007, 145 e ss.
- PIZZA P., *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del d.l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani)*, in IBBA C., MALAGUTI C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli, Torino, 2011, 109 e ss.
- PIZZORUSSO A., *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1, 57 e ss.
- PLUCHINO F., *Le società finanziarie regionali: nascita, evoluzione e possibile impatto dello schema di decreto legislativo recante "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica" c.d. Decreto Madia*, in PLUCHINO F. e TUZI F. (a cura di), *Giornata di Studio sulle Società Finanziarie Regionali*, Atti della Giornata di Studio, Roma, 16 dicembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, 3 e ss.
- POLICE A. e LUCATTINI S., sub *Art. 4*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, 167 e ss.
- POLICE A., *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 79 e ss.,
- POLLICINO O., *L'economia nella Costituzione: le scelte dell'Assemblea costituente*, in FERRARI G.F. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Seconda ed., Egea, Milano, 2013, 55 e ss.
- POLLICINO O., *L'economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, in FERRARI G.F. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Seconda ed., Egea, Milano, 2013, 69 e ss.
- PORTALURI P.L., *Società partecipate e riforma Madia: nuove immagini del Diritto amministrativo*, in LUCHENA S. e ZUPPETTA M. (a cura di), *Il riordino delle società partecipate nella riforma Madia. Profili giuridici ed economici*, Aracne, Ariccia, 2016, 31 e ss.
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964
- POZZOLI S., *Le società partecipate alla luce della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Azienditalia*, 2017, 1, 10 e ss.
- PRESTI G. e RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Seconda ed., Zanichelli, Bologna, 2009
- PRIMERANO G.A., *Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 771 e ss.
- PRIMERANO G.A., sub *Art. 5*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, 193 e ss.
- PROTTO M., *Il diritto debole. Dal rapporto all'organizzazione: andata e ritorno*, in CAVALLO PERIN R., POLICE A., SAIITA F. (a cura di), *L'organizzazione delle*

- pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 93 e ss.
- PUDDU L., BIANCONE P.P., RAINERO C., SECINARO S., *Il bilancio consolidato delle aziende pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2018
- PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 696 e ss.
- PUPOLIZIO I., *Pubblico e privato. Teoria e storia di una grande dicotomia*, Giappichelli, Torino, 2019
- RACCA G.M., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, 2, 201 e ss.
- RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 2, 347 e ss.
- RAMAJOLI M., *Diritto amministrativo e postmodernità*, in KOSTORIS R.E. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, Bologna, 2016, 199 e ss.
- RAMAJOLI M., *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 2, 203 e ss.
- RANCI P., *Note su privatizzazione e liberalizzazione delle public utilities*, in *Econ. pubbl.*, 2003, 2, 177 e ss.
- RANELLETTI O., *Gli organi dello Stato (Concetto, natura, rapporti)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 17 e ss.
- RANELLETTI O., *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 350 e ss.
- RAVÀ R., *L'azionariato di Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 324 e ss.
- RENNA M. e VACCARI S., *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in SALA G. e SCIULLO G. (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, 177 e ss.
- RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, Torino, 1997
- RIVOLTA G.C.M., *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da Buonocore V., diretto da Costi R., Giappichelli, Torino, 2015
- RIZZO G., *La concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2012
- RIZZO I., *L'affidamento in house. Un istituto a cavallo tra il pubblico e il privato*, Dike, Roma, 2009
- ROMA G., *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione, in federalismi.it*, n. speciale 6/2018
- ROMANO A., *Introduzione*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, I, 1 e ss.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Mariotti, Pisa, 1917
- ROMEO A., *Liberalizzazione e concorrenza: per una (ulteriore) riforma dei servizi pubblici*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, II, 1503 e ss.

- RORDORF R., *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Soc.*, 2005, 4, 423 e ss.
- ROSSANO D., *I controlli nelle società pubbliche*, in *federalismi.it*, n. 19/2018
- ROSSI Giampaolo, *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991
- ROSSI Giampaolo, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 2, pt. I, 221 e ss.
- ROSSI Giampaolo, *Il “lascito” di Massimo Severo Giannini*, in *irpa.eu*, gennaio 2016
- ROSSI Giampaolo, *Il diritto delle associazioni fra “privato” e “pubblico”*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, II, 1793 e ss.
- ROSSI Giampaolo, *Le fattispecie miste pubblico-private: chiavi di lettura e questioni di metodo*, in *ridiam.it*, 23 giugno 2016
- ROSSI Giampaolo, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in FORTUNATO S. e VESSIA F. (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Convegno in ricordo di Luca Buttaro, Bari, 21-22 ottobre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 31 e ss.
- ROSSI Giampaolo, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010
- ROSSI Giampaolo, *Pubblico e privato nell’economia di fine secolo*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1995, 221 e ss.
- ROSSI Giampaolo, *Pubblico e privato nello squilibrio fra economia e istituzioni*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, Giornate di studi in onore di Guido Corso, Palermo, 12-13 dicembre 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 145 e ss.,
- ROSSI Guido, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 3, 385 e ss.
- ROSSI P., *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, Giappichelli, Torino, 2012
- ROVERSI MONACO F.A., *Compiti e servizi. Profili generali*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, II, 1 e ss.
- ROVERSI MONACO F.A., *Gli enti di gestione (struttura, funzioni, limiti)*, Giuffrè, Milano, 1967
- ROVERSI MONACO F.A., *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano F., Cedam, Padova, 1977, I, 504 e ss.
- ROVERSI MONACO F.A., *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1973, 3, 788 e ss.
- ROVERSI MONACO M.G., *La teoria dell’ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2004
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939
- SAITTA F., *Strutture e strumenti privatistici dell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 549 e ss.
- SALA G., *La società «pubblica» locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in DOMENICHELLI V. (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007, Cedam, Padova, 2008, 9 e ss.
- SALEMIG., *Il nuovo diritto pubblico e le sue caratteristiche fondamentali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, II, 37 e ss.

- SALVATORE P., *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, in *Studi in onore di Vincenzo Caianiello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 593 e ss.
- SALVI C., *Diritto postmoderno e regressione premoderna*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, II, 1811 e ss.
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009
- SANDULLI A., *Natura delle cose, principi generali di azione, limiti del legislatore*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Annuario 2004, Giuffrè, Milano, 2005, 23 e ss.
- SANDULLI A.M., *Enti pubblici ed enti privati d'interesse pubblico*, in ID., *Scritti giuridici*, Jovene, Napoli, 1990, IV, 509 e ss.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Jovene, Napoli, 1989, I
- SANDULLI M.A., *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, n. 17/2015
- SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151 e ss.
- SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore V., Giappichelli, Torino, 2009, IV – 10
- SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Giuffrè, Milano, 2003
- SANTUARI A., *Sugli effetti della sentenza della corte cost. n. 251 del 2016 sui decreti legislativi in materia di società in partecipazione pubblica e di servizi pubblici locali*, in *Corr. giur.*, 2017, 12, 1550 e ss.
- SARACENO P., voce *Partecipazioni statali*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, 43 e ss.
- SARCONI V., *L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche*, in CERIONI F. (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Giuffrè, Milano, 2017, 220 e ss.
- SATTA F., *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 1-2, 177 e ss.
- SAVINO M., *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 641 e ss.
- SCARCHILLO G., *Privatizzazioni e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2018
- SCARPA C., BIANCHI P., BORTOLOTTI B., PELLIZZOLA L., *Comuni S.p.A. Il capitalismo municipale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2009
- SCHMIDT-ABMANN E., *“Quod ad statum rei Romanae spectat”*. *Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 625 e ss.
- SCIASCIA M., *Il potere organizzatorio delle pubbliche amministrazioni nell'ambito dell'azionariato pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4, 1919 e ss.
- SCIULLO G., *A proposito di società pubbliche strumentali*, in SALA G. e SCIULLO G. (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, 169 e ss.

- SCIUTO M. e SPADA P., *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo G.E. e Portale G.B., Utet, Torino, 2004, 1\*, 1 e ss.
- SCOCA F.G. e POLICE A., *L'Enel s.p.a. e gli ossimori della giurisprudenza amministrativa*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 47 e ss.
- SCOCA F.G., *Considerazioni sull'evoluzione della organizzazione amministrativa*, in CAVALLO PERIN R., POLICE A., SAITTA F. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 639 e ss.
- SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 2, 239 e ss.
- SCOCA F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in ROVERSI MONACO F.A. (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Atti della Giornata di studio, Roma, 3 dicembre 1987, Maggioli, Rimini, 1988, 33 e ss.
- SCOCA F.G., *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 49 e ss.
- SCOCA F.G., *Relazione introduttiva*, in STICCHI DAMIANI E. (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Atti del convegno, Lecce, 30-31 marzo 2007, Giappichelli, Torino, 2008, 1 e ss.
- SCOCA F.G., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 75 e ss.
- SESSA V., *Gli enti privati di interesse generale*, Giuffrè, Milano, 2007
- SICLARID., *Le privatizzazioni nel diritto dell'economia*, in PELLEGRINI M. (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Wolters Kluwer-Cedam, Assago-Padova, 2016, 413 e ss.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2016
- SORACE D., *Un'idea di amministrazione pubblica*, in *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, Giornate di studi in onore di Guido Corso, Palermo, 12-13 dicembre 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 53 e ss.
- SORICELLI G., *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008
- SORDI B., *Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello Stato sociale*, in *Quaderni fiorentini XLVI*, 2017, t. I, 175 e ss.
- SORDI B., *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 2, 311 e ss.
- SORDI B., *Nodi cruciali nel processo evolutivo della scienza amministrativa*, in SPASIANO M.R. (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 35 e ss.
- SORDI B., *Origine e itinerari scientifici della nozione di "ente pubblico" nell'esperienza italiana*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994, 3 e ss.
- SORDI B., *Per una storia del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini XXV*, 1996, 683 ss.
- SORDI B., *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quaderni fiorentini XLV*, 2016, 193 e ss.

- SORICELLI G., *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008
- SPADA P., *Dalla nozione al tipo della società per azioni trent'anni dopo*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Giuffrè, Milano, 2015, IV, 2831 e ss.
- SPADA P., *La tipicità delle società*, Cedam, Padova, 1974
- SPAMPINATO B., *Contributo allo studio del principio di "promozione" della concorrenza nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018
- SPAMPINATO B., *Intorno alla definizione di ente pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 2, 411 e ss.
- SPAMPINATO B., *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'unione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 8, 909 e ss.
- SPANTIGATI F., *L'ente pubblico dopo la scomparsa dello Stato*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994, 163 e ss.
- SPASIANO M.R., *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli, 2005, III, 2391 e ss.
- SPATTINI G.C., *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2006
- SPOTA G.D., *Partecipazioni statali*, in GUARINO G., *Dizionario amministrativo*, Seconda ed., Giuffrè, Milano, 1983, II, 1201 e ss.
- SPUNTARELLI S., *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1461 e ss.
- STELLA RICHTER jr M., sub Art. 3, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, 154 e ss.
- STICCHI DAMIANI E., *La nozione di appalto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1999
- STOLZI I., *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano, 2007,
- SUSANNA M.V., sub Art. 3, in NICODEMO S. e SUSANNA M.V., *Società a partecipazione pubblica. Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2018, 45 e ss.
- TAMPONI M., *Enti pubblici ed enti privati: l'incerto confine*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, II, 1925 e ss.
- TAMPONI M., *Persone giuridiche. Artt.11-35*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D., Giuffrè, Milano, 2018, 7 e ss.
- TARANTINO L., *Promozione delle concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 333 e ss.
- TERRACCIANO G., *Le società a partecipazione pubblica, tra il Testo Unico n. 175 del 2016 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016*, in *amministrativamente.com*, n. 11-12/2016
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2011

- TESSAROLO C., *La riduzione delle società partecipate da enti locali*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 24 marzo 2015
- TORANO V., *Contributo sulla definizione di “pubblica amministrazione” rilevante per l’applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm.-CDS*, 2013, 4, 1051 e ss.
- TORCHIA L., CHITI E., PEREZ R., SANDULLI A. (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008
- TORCHIA L., *Studiare il diritto amministrativo oggi*, in ID. (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Il Mulino, Bologna, 2017, 7 e ss.
- TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Ventitreesima ed., Giuffrè, Milano, 2017
- TORRICELLI S., *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in SORACE D. (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 253 e ss.
- TORRICELLI S., *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dall’unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in CAFAGNO M. e MANGANARO F. (a cura di), *L’intervento pubblico nell’economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 299 e ss.
- TORTORA A., *I servizi pubblici in Italia e in Europa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015
- TRAVI A., *La disciplina di riferimento dei servizi pubblici di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico*, in DUGATO M. e MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, 2014, 169 e ss.
- TRAVI A., *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in SALA G. e SCIULLO G. (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, 3 e ss.
- TRAVIA., *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni ’90*, in *Foro it.*, 1997, 6, pt. V, 168 e ss.
- TRENTI E., *La disciplina delle società regionali fra “statuto speciale” ed esigenze di contenimento della spesa*, in *Munus*, 2014, 2, 199 e ss.
- TREVES G., *L’attività commerciale dello Stato. Parte generale*, in *Studi Sassaressi*, Gallizzi, Sassari, 1934, estratto
- TRIMARCHI BANFIF., *Il «principio di concorrenza»: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1, 15 e ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di legalità e l’impiego del diritto privato per compiti dell’amministrazione pubblica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Giuffrè, Milano, 2008, 341 e ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L’interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 4, 1005 e ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità del gestore dei pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni. Considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, 143 e ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Quinta ed., Giappichelli, Torino, 2016

- TRIMARCHI M., *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 3-4, 623 e ss.
- TROISI B., *Nozioni giuridiche fondamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011
- TUCCI M., *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Giuffrè, Milano, 2008
- URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 24 maggio 2012
- URSI R., *Il governo del gruppo pubblico locale al tempo della spending review*, in *Munus*, 2014, 3, 415 e ss.
- URSI R., *La Corte Costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 12 e ss.
- URSI R., *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016
- URSI R., *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012
- VALAGUZZA S., *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Giuffrè, Milano, 2008
- VALAGUZZA S., *Società miste a partecipazione pubblica comunale. Ammissibilità e ambiti*, Giuffrè, Milano, 2012
- VALENTINI S., *Divagazioni sul metodo*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1995, 331 e ss.
- VALENTINI S., *L'impresa pubblica. Lineamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1980
- VENANZONI A., *Il perimetro della Pubblica Amministrazione nell'esperienza giuridica italiana, francese e inglese*, in *giustamm.it*, n. 2/2017
- VESCOVI M., *Responsabilità di amministratori e sindaci di società in house: riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Il societario.it*, 18 gennaio 2016
- VESPERINI G., *Il diritto di accesso dei consiglieri regionali agli atti delle società partecipate*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 1, 79 ss.
- VILLATA R. e RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Seconda ed., Giappichelli, Torino, 2017
- VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Quinta ed., Giuffrè, Milano, 2008
- VINTI S., *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Giappichelli, Torino, 2014
- VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Longanesi, Milano, 1979
- VIVARELLI B., *La natura giuridica di C.O.N.I. Servizi S.p.a.: profili organizzativi, funzionali e costituzionali*, commento a Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014, in *Munus*, 2014, 1, 141 e ss.
- VOLPE C., *La disciplina delle società pubbliche e l'evoluzione normativa*, in *giustamm.it*, n. 12/2014
- ZARRO G., *Il Consiglio di Stato e le "mobili frontiere" dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2015, 2, 491 e ss.

- ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, in CAMELLI M. e DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 17 e ss.
- ZIRUOLO A., *Valore pubblico e società partecipate. Tendenze evolutive della performance*, Franco Angeli, Milano, 2016
- ZOPPINI A., *Diritto privato vs Diritto amministrativo (ovvero della ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, 515 e ss.
- ZOPPINI A., *La società (a partecipazione) pubblica: verso una public corporate governance?*, in *L'Italia che cambia. Dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 199 e ss.