

**LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE STATALE: “SOCIETÀ –
IMPRESE” ED ENTI PUBBLICI IN FORMA SOCIETARIA.
PROFILI DI DISCIPLINA APPLICABILE.**

REPORT ANNUALE 2013 – ITALIA

(Settembre 2013)

Maria Grazia DELLA SCALA

INDEX

- 1. PREMESSA**
- 2. L’AZIONARIATO STATALE E LE PRIVATIZZAZIONI**
- 3. GLI ENTI PUBBLICI IN FORMA SOCIETARIA**
- 4. I “POTERI SPECIALI” DELLO STATO NELLE SOCIETÀ PRIVATIZZATE E IL
CONTRASTO CON IL DIRITTO EUROPEO**
- 5. I “POTERI RISERVATI” DI NOMINA E REVOCA DEI MEMBRI DEGLI ORGANI
SOCIALI SECONDO LE DISPOSIZIONI DEL CODICE CIVILE, E LA C.D. “*POISON
PILL*”**
- 6. I LIMITI DI OPERATIVITÀ DELLO *SPOILS SYSTEM***
- 7. RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE S.P.A. IN MANO PUBBLICA E
PROFILI DI GIURISDIZIONE**
- 8. I CONTROLLI SULLA GESTIONE FINANZIARIA**
- 9. L’ACCESSO ALL’IMPIEGO E LA REGOLA DEL CONCORSO**
- 10. LO STATO – AZIONISTA TRA “PRIVILEGI” E LIMITI ALLA COSTITUZIONE O
PARTECIPAZIONE IN SOCIETÀ PER AZIONI**
- 11. LE ULTERIORI NORME “ASIMMETRICHE” RIFERITE ALLO STATO -
AZIONISTA: VINCOLI A TUTELA DELLE “FINANZE PUBBLICHE” E NORME DI
“MORALIZZAZIONE”**

12. SOCIETÀ PUBBLICHE E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

1. PREMESSA

L'attuale disciplina delle società per azioni a partecipazione statale presenta un quadro complesso, condizionato anzitutto dall'eterogeneità delle figure riconducibili a tale ampia categoria. Il che si traduce in sistemi di regolazione differenziati, principalmente in ragione della natura delle società partecipate, e svela il fondamentale intento, da un lato, di delineare momenti di equilibrio tra "Stato" e "mercato", tra l'esigenza di preservare l'imprenditoria pubblica come strumento di politiche economiche e sociali e l'imperativo del rispetto della concorrenza e del principio della parità tra imprese pubbliche e private; d'altro lato, emerge lo scopo di consentire alle amministrazioni di avvalersi di forme più agili rispetto ai modelli organizzativi tradizionali, quale appunto la struttura societaria, per l'esercizio di pubbliche funzioni ma anche di attività strumentali¹, senza che siano perciò

¹ Per la distinzione già nell'ambito dell'attività d'impresa svolta da enti pubblici economici tra pura attività economica e attività funzionalizzata, v. già: ALB. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA. VV., *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995, 11 e cfr. R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli, 1993, 21 ss., 39 ss. Sulle diverse figure di società pubbliche, v. il quadro recentemente tratteggiato da V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 30-33, e 35 ss. e tra i molti altri contributi, cfr. F. G. COCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss., G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 5-6, 999, M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253 ss., ID., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 1 ss., M.P. CHITI, *Carenza della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in *www.astrid-online.it.*, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le "società pubbliche"*, Torino, 2011, 1 ss., A. MASSERA, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, su *www.astrid-online.it*. V. ora le attente considerazioni di M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.* n. 7/2013, 855 ss. Con particolare riguardo alle società di gestione dei servizi pubblici locali: E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2013, F. LUCIANI, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, su *www.giustamm.it*.

traditi i principi costituzionali e istituzionali riferiti all’“amministrazione” e le immanenti esigenze di garanzia che alla medesima ineriscono².

Tali fondamentali esigenze giustificano, specie negli ultimi anni, il proliferare di discipline riferite alle società in mano pubblica e tra queste, alle società statali, in cui, da un lato, si segnala la linea di tendenza, specie in ragione dell’influenza del diritto europeo, nel senso di una omogeneizzazione delle s.p.a. pubbliche alla disciplina societaria generale; per altro verso, affiorano numerose norme specificamente riferite al socio pubblico e alle società da questo partecipate, in distonia, tuttavia spesso solo apparente, con il percorso di sviluppo sopra descritto³. Accanto, compaiono le numerose discipline “singolari” riferite a quelle che oggi vengono piuttosto pacificamente qualificate come “società - enti pubblici”⁴.

Di tale orizzonte normativo e dei maggiori problemi da questo emergenti si tenterà di tratteggiare, senza pretese di esaustività, un quadro di sintesi, concentrando l’attenzione sulle “società-impresa” a partecipazione statale operante nel mercato, senza trascurare,

² Parla di “arcipelago” delle “società in mano pubblica”, ritenendo tale formula “del tutto generica e assolutamente non tipizzante” G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica* in A. Predieri (a cura di), *Controlli societari e governo dell’impresa*, Torino, 1999, 99 ss., ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2001, 257 ss.

³ Tra i recenti contributi generali in materia, si possono segnalare: M. CAMMELLI - M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009, F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le “società pubbliche”*, cit., F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011.

⁴ Per cui v. infra, § 3.

ragionando “per differenza”, il fenomeno delle società di origine legale deputate all’esercizio di funzioni pubbliche⁵.

2. L’AZIONARIATO STATALE E LE PRIVATIZZAZIONI.

L’attuale assetto dell’azionariato statale è esito di una lunga e nota evoluzione, di cui meritano almeno un cenno le linee fondamentali, dalle quali l’odierna disciplina deriva e che costituisce fonte delle principali elaborazioni teoriche intorno alla società in mano pubblica.

L’immagine dello Stato diretto attore nel mercato e delle società a partecipazione statale risale, in Italia, agli inizi dello scorso secolo.

Nel corso dell’Ottocento, l’ideologia liberista si era invero tradotta nell’essenziale protezione della proprietà privata e delle libertà individuali, mentre all’indomani dell’unificazione del 1861 si era mirato a rafforzare l’acquisita unità nazionale anche attraverso l’implementazione di un mercato integrato, adottandosi misure di protezionismo verso l’esterno e, allo stesso tempo, confidandosi sulle spontanee forze dell’attività economica privata. Se non era del tutto sconosciuta l’immagine dell’impresa pubblica si trattava ancora di un fenomeno piuttosto isolato⁶.

⁵ Per la distinzione tra “società di mercato” e “quasi amministrazioni”, cfr. Corte cost. 1 agosto 2008 n. 326, su www.giurcost.org, Id., 8 maggio 2009 n. 148, ivi, in generale, il rapporto dell’Assonime, pubblicato nel 2008: “*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*”, su www.assonime.it, e il recente Dossier “*Le società a partecipazione pubblica*” – Camera dei Deputati, XVI legislatura, Documenti e Ricerche, su www.documenti.camera.it, oltre alla dottrina citata alle note precedenti.

⁶ Il pensiero corre anzitutto alla Cassa Depositi e Prestiti, istituita nel 1863. Cfr. S. CASSESE, *La “vecchia” costituzione economica*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, V ed., Roma - Bari, 2012.

Agli albori del XX secolo, la prospettiva inizia a mutare e si moltiplicano figure di imprese pubbliche in forma di società partecipata, dal settore dei servizi pubblici a quello creditizio⁷, avviandosi quella che sarebbe stata chiamata una perdurante “alleanza” tra capitali pubblici e privati⁸ ma in assenza di qualsivoglia intento di dirigismo pubblico in campo economico⁹.

L'intervento statale attraverso la diretta assunzione dell'attività d'impresa si sarebbe fatto, tuttavia, naturalmente più intenso nelle fasi post-belliche e delle grandi crisi economiche. È, in particolare, dalla crisi del 1929, che investendo il settore industriale, e minacciando un grave coinvolgimento del sistema bancario, prende inizio la costruzione del nostro particolare modello di azionariato statale, articolato per “gruppi pubblici” facenti capo ad appositi enti economici con funzione di *holdings*, c.d. “enti di gestione” delle quote sociali detenute dallo Stato; capofila ne sarebbe stato l'Istituto per la Ricostruzione Industriale.

Questa figura ha appunto dato avvio al fenomeno noto, come “sistema IRI”, quindi come “sistema delle partecipazioni statali”, frutto della componente “razionalizzatrice” propria dell'ordinamento fascista¹⁰ ma sopravvissuto a quest'ultimo e ritenuto

⁷ Si rinvia, per una puntuale ricostruzione di questi passaggi al noto studio di M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, f. 2, ora in *Scritti*, Vol. IV, 1955-1962, Milano, 2004, 360 ss.

⁸ F. GARGANO e G. VALERIO, *Memoria sulla società per azioni (1843)*, in *Riv. soc.*, 1970, 682, e ora in A. MIGNOLI (a cura di), *La società per azioni. Problemi-letture-testimonianze*, Milano, 2002, II, 892 ss.

⁹ S. CASSESE, *Loc. ult. cit.*

¹⁰ Per le origini del sistema e l'inquadramento dell'IRI nell'ordinamento corporativo, cfr. il fondamentale studio di F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977, 1 ss.

sostanzialmente compatibile con i principi dell'“economia mista” enunciati della Costituzione repubblicana¹¹.

L'IRI, sorto (1933) con scopi temporanei ed emergenziali e al quale venivano anzitutto conferite le partecipazioni delle banche in imprese in situazione di difficoltà per tentarne il risanamento, quindi cederle nuovamente a privati, divenne, dal 1937, un ente stabile, protagonista del rilancio dell'economia, specie negli anni Cinquanta e Sessanta, avendo progressivamente esteso i suoi settori di intervento¹². Fu quindi affiancato, nei decenni successivi, da altri enti di gestione, quali l'ENI, l'EFIM, l'EGAM, l'EAGC, l'ENEL; facevano poi capo agli enti di gestione società finanziarie di settore, dirette titolari delle partecipazioni nelle società per azioni operative¹³.

Gli enti di gestione erano enti pubblici economici, chiamati ad agire secondo “criteri di economicità”¹⁴, con l'obiettivo della remunerazione dei fattori della produzione

¹¹ Il riferimento è all'art. 41 della Costituzione. In dottrina, cfr., per tutti: G. MORBIDELLI, *voce Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1, G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 1, 7 ss. Più di recente: A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 22. Per un'attenta ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sull'art. 41 Cost., cfr. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, Relazione al Convegno AIPDA «Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale», 27-28 settembre 2007, Bologna, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121 ss.

¹² A. ARMANI - F. A. ROVERSI MONACO, *Le partecipazioni statali. Un'analisi critica*, Milano, 1977, 17 ss.

¹³ Si pensi, ad es., tra le società finanziarie dell'IRI, nacquero nel 1936 la Finmare, nel 1937 la Finsider e la STET, nel dopoguerra Finmeccanica, Fincantieri, Finelettrica. Sul sistema delle partecipazioni statali, per tutti: S. CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, Milano, 1962.

¹⁴ Sul “criterio di economicità” anche richiamato dalla L. n. 1586/1956, cfr., ex multis, A. ARMANI - F. A. ROVERSI MONACO, *Le partecipazioni statali*, cit., 68 e la recente sintesi di M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 86 ss.

ma senza fini lucrativi, rispondendo agli indirizzi elaborati, a scopi d'interesse generale, da comitati interministeriali, CIPI e CIPE. Al vertice, il sistema si sarebbe completato con la previsione, quale indirizzo e guida del complesso delle imprese pubbliche e in mano pubblica, così organizzato¹⁵, di un Ministero *ad hoc*, il Ministero delle partecipazioni statali¹⁶, rimasto operante fino al 1993¹⁷.

Era sottesa l'idea che le società partecipate non mutassero la propria natura in ragione della proprietà pubblica di una parte del capitale e che gli atti di indirizzo trovassero un naturale limite nella vocazione imprenditoriale degli enti economici cui erano diretti¹⁸.

Accanto alle imprese inserite nel "sistema delle partecipazioni statali" operavano numerosi altri enti pubblici economici, fino a far descrivere lo Stato come un grande imprenditore inserito, anche in tale veste, in ogni aspetto della vita economica del Paese¹⁹.

L'eccessiva ingerenza della "politica" nelle decisioni d'impresa, il progressivo trasformarsi della gestione delle partecipazioni in prassi "assistenzialistica", di ausilio altresì a imprese prive di ogni possibilità di risanamento, l'impiego nell'insieme poco

¹⁵ Su queste dinamiche: F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione, cit., passim*.

¹⁶ Istituito con legge 22 dicembre 1956, n. 1589.

¹⁷ Il Ministero delle partecipazioni statali venne soppresso, appunto nel 1993, a seguito di referendum abrogativo, della legge istitutiva.

¹⁸ Cfr. N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla s.p.a. (profili storico-giuridici)*, in AA. VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. MARCHETTI, Milano, 1995, 366, G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1988, 377, e v. la Relazione al Codice civile (n. 998).

¹⁹ V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa, Bologna*, 2010, 127 ss.

oculato delle risorse, con conseguente ingente peso dei menzionati “gruppi” sul debito statale, avrebbero finito tuttavia per collidere, oltre che con i principi sovranazionali a tutela della concorrenza e del mercato e con il divieto di aiuti di Stato, con i vincoli europei alle finanze pubbliche e, in particolare, con il relativo irrigidimento dovuto alla prospettiva della unione doganale nel 1992 e il passaggio alla moneta unica, secondo quanto stabilito con il Trattato di Maastricht²⁰.

Ciò, unitamente a un’ideologia, progressivamente diffusasi in tutto il mondo, di neoliberalismo e *favor* per il *laissez faire*, ha determinato, dunque, dall’inizio degli anni Novanta, l’avvio delle privatizzazioni: privatizzazioni, anzitutto “formali”, per cui gli enti pubblici, a partire da quelli economici, tra cui quelli di gestione delle partecipazioni statali, sono stati trasformati in s.p.a.²¹ o in altri enti di diritto privato²²; e privatizzazioni “sostanziali”, laddove, con specifico riguardo alle società, è stata venduta oltre la metà del pacchetto azionario detenuto dallo Stato²³.

²⁰ V. Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica, *Libro Bianco sulle Privatizzazioni*, 2001, su www.dt.tesoro.it, 13-15 e cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 349.

²¹ Cfr. come primi provvedimenti, il d.l. 5 dicembre 1991 n. 386, conv. in l. 29 gennaio 1992 n. 35 ma, soprattutto, il successivo d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv. in l. 8 agosto 1992 n. 359, con cui le privatizzazioni prendono il vero e definitivo avvio.

²² Di rilievo è la l. delega n. 59/97, che ha prescritto la “trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato di enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico”, e i cui decreti delegati hanno determinato il sorgere di enti *ex lege* formalmente privati.

²³ Cfr. Corte Cost., 28 dicembre 1993 n. 466, in *Foro amm.*, 1995, 298. In dottrina, per tutti: M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana*, in *Dir. amm.* 1995, 519 ss., M. CLARICH – A. PISANESCHI, *Privatizzazioni (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Pubbl. Agg.* 2000, Torino, 432 ss., R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, 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*, Torino, 1997, M. SANINO, *Le privatizzazioni*, Roma, 1997, E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., 239 ss.

Se dunque, nei decenni passati, poteva dirsi che l'estensione in Italia dello "Stato – imprenditore" aveva dimensioni note solo a paesi socialisti²⁴, la politica di questi anni ha comportato senz'altro una riduzione consistente della relativa presenza nel mercato, ma, in realtà, senza alcuna apparente prospettiva di definitivo tramonto dello "Stato - azionista", essendo il profilo di maggior rilevanza, più che la semplice sua riduzione da un punto di vista quantitativo, il forzoso mutamento "qualitativo" delle logiche che presiedono all'attività imprenditoriale pubblica.

Attualmente, lo "Stato - azionista" si trova impersonato, essenzialmente, dal Ministero dell'economia e delle finanze. A quest'ultimo sono state invero progressivamente conferite quasi tutte le partecipazioni azionarie dello Stato²⁵ e pure in relazione alle residuali partecipazioni di titolarità di dicasteri diversi, il medesimo opera tendenzialmente come "co-gestore" o "co-determinatore" degli indirizzi sulla relativa azione²⁶.

Per lo più, il medesimo non si atteggia tuttavia come azionista "diretto" nelle "società imprese", spesso partecipate da società istituite o esito di trasformazioni *ex lege*, "enti pubblici strumentali", per lo svolgimento di compiti d'interesse generale e per la concreta attuazione, anche attraverso l'esercizio dei diritti del socio, di specifiche politiche economiche²⁷.

²⁴ A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?* in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 57 ss.

²⁵ Per le attuali partecipazioni detenute dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, cfr. www.mef.gov.it.

²⁶ Si pensi, ad es., a Difesa servizi s.p.a., società "legale" "in house" del Ministero della difesa, avente ad oggetto la prestazione di servizi e l'espletamento di attività strumentali e di supporto tecnico-amministrativo, di cui all'art. 535 dlgs. 15 marzo 2010, n. 66: "Codice dell'ordinamento militare".

²⁷ Cfr., tra i più rilevanti esempi, Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., trasformata in s.p.a. dall'art. 5 del dlgs. 263/2003, conv. in L. n. 326/2003, le cui funzioni sono state recentemente ridefinite dal co. 8 bis, dal d.l. 31 marzo 2011, n.

Sono, dunque, queste ultime società a tradurre gli indirizzi ricevuti in concrete scelte di mercato; l'interesse dalle medesime curato, specificato da tali atti d'indirizzo, viene ad emergere così come l'"interesse pubblico" da relazionare con lo scopo di lucro proprio della società per azioni operativa²⁸.

Dunque, parlandosi di "Stato - azionista", si comprende anche l'insieme di queste figure, che, pur con significative divergenze, rievocano in qualche modo i vecchi "enti di gestione".

A seguito delle privatizzazioni sostanziali, ma spesso solo formali, in una con la nuova istituzione di soggetti organizzati in forma di s.p.a., dunque, il Ministero dell'economia e delle finanze spicca ancora come imprenditore e azionista di non marginale rilievo.

Ad ogni modo, le attuali discipline sulla partecipazione azionaria statale limitano l'assunzione della qualità di azionista al "rilevante interesse nazionale" presentato dalle imprese partecipate, e al trovarsi, queste ultime, in "equilibrio finanziario", patrimoniale ed economico, al manifestare le medesime serie "prospettive di redditività"²⁹. È evidente l'obiettivo di evitare che si riproponga uno "Stato - erogatore" dietro la figura

34, conv. in L. 26 maggio 2011, n. 75. Cfr., ancora, ad es., l'Agenzia per l'attrazione degli investimenti (Invitalia) s.p.a., originariamente regolata dall'art. 1 del dlgs. n. 1/1999 e ridisegnata dalla L. 296/2006 (L. finanziaria 2007), art. 1, co. 460.

²⁸ Per la rilevanza di tali indirizzi solo "a monte", nel rapporto organo politico – società destinataria: V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 65. Ritiene tale tipo di influenza più penetrante di quella esercitata attraverso i tradizionali poteri di indirizzo e vigilanza: G. P. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 182; cfr. anche M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 124-125.

²⁹ Cfr. l'art. 7, del d.l. 31 marzo 2011 n. 34 che inserisce nell'art. 5 del d.l. 269/2003, conv. in L. n. 326/2003, di trasformazione della Cassa Deposizioni e Prestiti in s.p.a., il co. 8 bis. Cfr. anche, ad es., l'art. 1, co 2 del dlgs. n.1/99, come modificato dall'articolo 1 del dlgs. 14 gennaio 2000, n. 3, con riguardo a Invitalia s.p.a.

dell'azionista, dovendo il socio pubblico operare nel rispetto delle regole della concorrenza e del mercato, comportandosi, pur nel perseguimento di obiettivi di lungo periodo d'interesse generale, secondo gli imperativi europei, come un comune "imprenditore avveduto"³⁰.

3. GLI ENTI PUBBLICI IN FORMA SOCIETARIA.

A fianco delle "società in mano pubblica", ampiamente diffuse già nello scorso secolo, sono venute moltiplicandosi negli ultimi anni, società per azioni appositamente costituite *ex lege* per il perseguimento di interessi generali o per l'esercizio di attività strumentali, ovvero in esito a trasformazioni formali di preesistenti enti pubblici, essenzialmente economici³¹.

Si tratta di soggetti che conoscono una "disciplina singolare" fortemente derogatoria rispetto a quella generale delle s.p.a. posta dal codice civile, dando luogo, a enti societari istituiti coattivamente o in base a un'autorizzazione espressa del legislatore³², con

³⁰ Su questo aspetto, cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 6, 1259 ss., P. LAZZARA, *La pubblica amministrazione come imprenditore privato*, in Atti del Convegno AIDPA 30 settembre-1 ottobre 2011, *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, passim, F. GHELARDUCCI - M. CAPANTINI, *Gli aiuti di Stato e il "principio dell'investitore privato" negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, in *www.astrid-online.it.*, M. G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012, 234 ss.

³¹ Si pensi, tra i molti esempi di società costituite *ex lege* per il perseguimento di interessi pubblici, secondo un disegno derogatorio rispetto alla disciplina codicistica e tale da connotarne la natura "strumentale" rispetto all'amministrazione statale, alle società Italia Lavoro s.p.a., Arcus s.p.a., Invitalia s.p.a., Consip s.p.a., Equitalia s.p.a., Coni Servizi s.p.a., Simest s.p.s., ecc.; tra quelle derivanti dalle privatizzazioni di preesistenti enti pubblici: Enav s.p.a., Eur s.p.a., Anas s.p.a., Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., Sace s.p.a., ecc.

³² Cfr. P. PIZZA, *Società di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 4, 372 ss.

soci pubblici “necessari” e partecipazioni “incredibili”, definizione legale del capitale, dell’oggetto sociale, della sede e della denominazione, spesso meccanismi extrassembleari di nomina degli organi sociali, in genere peculiarità nell’esercizio dei diritti dell’azionista da parte del socio/i pubblico/i e sottoposizione ad atti esterni di indirizzo, talvolta espresso riferimento ai poteri di controllo della Corte dei Conti nelle forme del controllo sulla gestione degli enti pubblici o indicazione della facoltà della s.p.a. di avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato³³.

Si tratta di figure non sconosciute alla legislazione statale³⁴ ma anche regionale³⁵ preesistente e, in realtà, già diffuse in modo significativo negli anni Settanta e che hanno dato occasione a studi importanti, anche se, nello scorso secolo, non numerosi³⁶. La

³³ Per un’esposizione di queste discipline, cfr. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009. Per un fenomeno simile che ha riguardato enti costituiti nelle forme di cui al libro I del codice civile: S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011. In termini generali, da ultimo: D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell’interpretazione*, Torino, 2012.

³⁴ Il caso più emblematico è quello della società Agecontrol s.p.a., che lo stesso legislatore ha espressamente qualificato “società con personalità giuridica di diritto pubblico”, costituita ex art. 18 l. n. 887/1984, in attuazione dell’art. 1 del reg. CE 2262/1984, con funzioni pubbliche di controllo in materia di aiuti alla produzione dell’olio di oliva, le cui funzioni sono state precisate dal d.l. 701/1986 e ridisegnate dal dlgs. n. 419/1999, estendendosi al complesso dei controlli sul mercato ortofrutticolo, per essere ancora riviste dalla legislazione successiva.

³⁵ Il riferimento è anzitutto alle “società finanziarie regionali”, per cui cfr. G. SANVITI, *Società finanziarie regionali*, in Enc. Giur. Trecc., Milano, Giuffrè, XXIX, 1993, A. PREDIERI, *Le società finanziarie regionali*, Giuffrè, Milano, 1972, 16, 30 ss., E. BUGLIONE, *Le finanziarie regionali pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, 172.

³⁶ Si segnalano senz’altri i rilevanti contributi di C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino, 1992 e già, sulle incerte figure delle “imprese” di origine legale a fini pubblici: G. ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Milano, 1942.

giurisprudenza, ai fini della relativa disciplina ha ad ogni modo, a lungo, in nome di un certo formalismo, liquidato agevolmente ogni questione sistematico - ricostruttiva ascrivendo rilievo assorbente alla forma organizzativa, ritenendo in sostanza ogni s.p.a. un ente privato e la disciplina societaria operante per ogni aspetto non espressamente disciplinato dalla legislazione singolare riguardante la specifica società³⁷.

Negli ultimi due decenni i dibattiti e le incertezze intorno a tali particolari figure hanno ampiamente coinvolto il discorso giuridico, alimentato dal loro costante moltiplicarsi nel diritto positivo. Se si è conosciuta una certa resistenza ad ammettere la “sostanza pubblicistica” degli enti in esame o, comunque, la rilevanza preponderante di quest’ultima ai fini della ricostruzione della complessiva disciplina applicabile, si è vista nel tempo progressivamente riconosciuta, ad opera della dottrina prevalente, quindi della giurisprudenza, una certa “neutralità” della forma organizzativa societaria³⁸.

Nella dottrina amministrativistica in particolare, sulla scorta dei più rilevanti studi sulla nozione di “ente strumentale”, si è dato particolare risalto agli elementi normativi che disegnano forme di collegamento tra “società legale” e amministrazione statale, quali “indici di pubblicità”, quindi della relativa “funzionalizzazione” a fini d’interesse pubblico³⁹, e che ne consentono la qualificazione in termini, appunto, di “ente pubblico

³⁷ Così si muove, ad es., il ragionamento delle Sezioni Unite della Cassazione ai fini del riconoscimento della natura privata di Agip s.p.a. Cfr. Cass. Sez. Un., 26 aprile 1940 n. 1337, in Foro amm., 1940, II, 97, che disattende la diversa conclusione del Consiglio di Stato espressa nella pronuncia 19 gennaio 1938 n. 33, ora in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 235 ss. Non si esclude, in realtà, astrattamente, la configurabilità di enti pubblici in forma societaria ma si rinviene in quest’ultima una “presunzione” della natura giuridica privata.

³⁸ Cfr., ad es., Cons. St., Sez. VI, 7 settembre 2002 n. 4711, in Riv. Corte Conti, 2002, 5, 224.

³⁹ Per il rilievo della funzionalizzazione ai fini della pubblicità del soggetto, per tutti: ALB. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 145 ss., 152-156.

strumentale⁴⁰, sia pur organizzato in forma privatistica⁴¹. Si tratta di un indirizzo che ha trovato significativi momenti di emersione, non da ultimo, nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁴².

Secondo una diversa prospettiva, è piuttosto considerata l'entità delle deroghe al diritto societario comune al fine di apprezzarne la distanza dal "tipo" generale "s.p.a." e di qualificare o meno la società considerata come "vera" società per azioni⁴³.

Sembra trattarsi, tuttavia, di prospettive in buona misura complementari nella misura in cui, a fini qualificatori e di regolazione, una volta rilevata la portata della "specialità" della società rispetto al "tipo generale", occorre evidentemente valutarne la

⁴⁰ Per importanti elaborazioni della nozione: V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1992, III, 429 ss., G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1987, 365 ss.

⁴¹ Sia consentito rinviare a M. G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 391 ss.

⁴² Cfr. anzitutto, la nota pronuncia della Corte Cost. 19 dicembre 2003 n. 363, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 3566, in cui si considera "ente strumentale" dello Stato Italia Lavoro s.p.a., sulla base, tra l'altro, della considerazione che la stessa è "una speciale società per azioni a capitale interamente pubblico", che il Ministro del tesoro esercita i diritti dell'azionista su direttiva del Presidente del Consiglio e d'intesa con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, che i compiti svolti da tale società - non liberamente determinabili da quest'ultima - sono individuati in base alla normativa precedentemente citata, e consistono, essenzialmente, nella prestazione di servizi finalizzati alla promozione dell'occupazione - e specialmente dei lavori socialmente utili come strumento di politica attiva del lavoro - sull'intero territorio nazionale, con particolare riguardo alle situazioni più svantaggiate».

⁴³ Per una sintesi delle diverse posizioni, v. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 308 ss.

“sostanza” e la *ratio* onde poter ascrivere la società stessa alla “amministrazione” in senso soggettivo⁴⁴.

Ad ogni modo, si trova oggi pacificamente affermato che la natura di una società in mano pubblica va apprezzata sulla base del criterio della “pubblicità sostanziale”, guardando alle sue modalità di costituzione, ai profili organizzativi, alla natura dell’attività svolta, al fine perseguito⁴⁵.

Al di là di quanto stabilito dalle singole discipline singolari, dunque, la natura giuridica del soggetto organizzato in forma di s.p.a. rileva oggi pacificamente ai fini, ad esempio, delle modalità del controllo della Corte dei Conti, del regime della responsabilità degli amministratori; forse della natura giuridica degli atti di selezione del personale ai fini dell’accesso all’impiego; dell’estensione della disciplina sull’accesso ai documenti amministrativi, e, più in Generale, delle possibilità di applicazione della legge Generale sul procedimento amministrativo, n. 241/1990, solo per citare alcune ipotesi problematiche.

Anche il legislatore ha, infine, sia pur non sempre in modo organico e pienamente coerente, recepito e alimentato questa progressiva estensione del diritto amministrativo a dispetto della privatizzazione delle forme giuridiche, in nome di una visione “sostanzialistica” dei fenomeni e della necessità, comunemente invocata, che i moduli privati nell’organizzazione pubblica non si risolvano in elusione dei principi costituzionali e istituzionali e delle fondamentali garanzie che, nel nostro sistema, sono connesse all’“amministrazione” e all’“esercizio della funzione”⁴⁶.

⁴⁴ R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia*. Profili giuridici, cit., 381, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 103. Ragiona attraverso il “superamento della personalità giuridica”: F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, 2004, 247.

⁴⁵ Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2013 n. 122, su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 30 ss.

Di questo si darà conto nei paragrafi che seguono.

4. I “POTERI SPECIALI” DELLO STATO NELLE SOCIETÀ PRIVATIZZATE E IL CONTRASTO CON IL DIRITTO EUROPEO.

Nel percorso della progressiva “despecializzazione” della disciplina della società a partecipazione statale, si segnala senz’altro l’evoluzione della c.d. “*golden share*”.

La privatizzazione sostanziale degli enti pubblici economici è stata, invero, condizionata, in alcuni casi, essenzialmente nei settori dei servizi pubblici in via di liberalizzazione e nei settori strategici per la comunità nazionale, dall’inserimento negli statuti delle società derivanti dalla relativa trasformazione, di “poteri speciali” in favore dello Stato - azionista.

L’art. 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332 ha disposto, che tra le società operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi, avrebbero, dovuto essere individuate «con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro del tesoro, d’intesa con i Ministri del bilancio e della programmazione economica e dell’industria, del commercio e dell’artigianato, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti commissioni parlamentari», quelle nei cui statuti, «prima di ogni atto idoneo a determinarne la perdita del controllo», avrebbe dovuto essere introdotta, con deliberazione dell’assemblea straordinaria, una clausola attributiva al Ministro del tesoro della titolarità di uno o più dei “poteri speciali” previsti: “gradimento” per l’assunzione di partecipazioni rilevanti, “gradimento” alla conclusione di patti o accordi relativi all’esercizio del diritto di voto o all’acquisto o trasferimento di azioni, nel caso in cui vi fosse stata rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell’assemblea ordinaria (...); “veto” all’adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell’azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all’estero, di cambiamento dell’oggetto sociale, di modifica dello statuto, idonee a sopprimere o modificare i predetti poteri; «nomina» di «almeno un amministratore o di un

numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco».

Si tratta del riconoscimento, nell'atto organizzativo fondamentale delle s.p.a., di poteri "esorbitanti" e derogatori rispetto al diritto societario comune in favore dell'ente pubblico azionista, in realtà non formalmente incorporati in alcun titolo⁴⁷.

Nei Trattati europei si trova, tuttavia, enunciata, oltre il principio della "neutralità" dell'ordinamento sovranazionale rispetto alla titolarità del capitale delle imprese, potendo legittimamente operare nel mercato sia imprese private che pubbliche⁴⁸, la regola della "parità" tra le medesime⁴⁹ con obbligo per gli Stati di riduzione dei "regimi speciali", diffusi nei diversi ordinamenti, recanti regole di privilegio in favore dello "Stato - imprenditore" e dello "Stato - azionista"⁵⁰.

A tale stregua, le istituzioni europee hanno censurato *golden shares*, e "poteri speciali", ritenuti idonei a infrangere le "regole auree" del mercato unico, le libertà economiche enunciate dai Trattati: in particolare "il diritto di stabilimento" e la "libera

⁴⁷ Cfr. P. LAZZARA, *Libera circolazione dei capitali e "golden share"*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1607 ss

⁴⁸ Cfr. l'art. 345 TFUE (ex articolo 295 del TCE), secondo cui, appunto: "i trattati lasciano del tutto del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

⁴⁹ Cfr. anche l'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex articolo 86 del TCE) e, per gli enti creditizi, gli artt. 123, 124.

⁵⁰ Cfr. anche dir. CE n. 2006/111, del 16 novembre 2006 "relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese", che sostituisce, la dir. CE. n. 723/80, già più volte modificata. Il 5° "considerando" enuncia: "in virtù del trattato, la Commissione ha il dovere di accertarsi che gli Stati membri non concedano alle imprese, sia pubbliche che private, aiuti incompatibili con il mercato comune".

circolazione dei capitali”⁵¹. Si è pertanto ravvisata la contrarietà ai suddetti principi del “mercato unico”, dei particolari poteri consistenti in potestà autorizzatorie e di consenso preventivo rispetto ad alcune operazioni riguardanti la vita della società privatizzata e la relativa gestione, riservate alle “pubbliche autorità” (anche attraverso l’intermediazione di enti strumentali); ora perché finalizzati alla tutela d’interessi non conformi alle deroghe ammesse dallo stesso Trattato, ora perché ancorate a presupposti solo genericamente indicati e sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti⁵². Tali considerazioni sono state dunque estese altresì ai poteri di veto e di opposizione⁵³, sebbene considerati meno pervasivi rispetto a quelli esercitabili *ex ante*.

⁵¹ Cfr. anzitutto l’art. 26 del testo consolidato del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (ex articolo 14 del TCE), e l’art. 63, co. 1, del Trattato (ex articolo 56 del TCE). Nella prima libertà rientra, secondo un’interpretazione consolidata, la capacità di un cittadino di uno Stato membro di acquisire quote di capitale di società stabilita in altro Stato membro in misura tale da “conferirgli una sicura influenza sulle decisioni” della medesima e “da consentirgli di indirizzarne l’attività”; la seconda, comprende la facoltà di operare “investimenti diretti” idonei a riflettersi in una “partecipazione” effettiva “alla gestione dell’impresa o al suo controllo”. Cfr. per tutte: Corte Giust. CE, Sez. I, 10 novembre 2011 n. 212, C-212-09, Com. Eu. C. Rep. Portoghese, in www.eur-lex.europa.eu. Tali libertà, sono per il diritto europeo sacrificabili solo in ragione di “interessi fondamentali” e attraverso misure idonee, proporzionate e non discriminatorie. Cfr. art. 65 del TFUE (ex articolo 58 del TCE), che riconosce il diritto degli Stati membri: (...) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali (...), o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, ammettendosi altresì “restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i trattati”, purché non consistenti in dissimulate discriminazioni. In questo senso: Corte Giust. CE, 13 maggio 2003 n. 98, C-98/01, Com. C. Regno Unito di Gran Bretagna, in www.eur-lex.europa.eu, Corte Giust. CE, 28 settembre 2006 n. 282, C-282/04 e C-283/04, Com. C. R. Paesi Bassi, in www.eur-lex.europa.eu, caso in cui si rileva l’assenza di ogni condizione che giustifichi l’esercizio dei “diritti speciali”.

⁵² Ex multis: Corte Giust. CE, Sez. I, 8 luglio 2010 n. 171, C-171/08, Com. Ce C. Rep. Portogh., in www.eur-lex.europa.eu.

⁵³ Cfr., ad es., Corte Giust. CE, Sez. III, 26 marzo 2009 n. 326, C-326/07, *Comm. Ce C. Rep. it.*, in www.eur-lex.europa.eu, v. già Corte Giust. CE, 23 maggio 2000, C-58/99, *Com. Ce C. Rep. It, ibidem*. Cfr. ancora, ad es., Corte Giust. CE, Sez. I, 11 novembre 2010 n. 543, *Com. Ce C. Rep. Portogh.*, in www.eur-lex.europa.eu, sulla

D'altra parte, sembra indifferente che tali "poteri" trovino espressione in clausole statutarie⁵⁴. Rileva unicamente la "specialità" della posizione dell'azionista pubblico rispetto al diritto comune, idonea a dissuadere imprenditori e investitori dall'acquisire partecipazione d'influenza o "di portafoglio"⁵⁵.

La previsione di cui alla L. n. 448/1999 (legge finanziaria per il 2000), che pur aveva, con differenza rispetto alle originarie norme, subordinato l'inserimento dei suddetti poteri negli statuti, "in forma e misura idonee e proporzionali", alla necessità di tutela di "rilevanti e imprescindibili motivi di interesse pubblico, riguardanti essenzialmente la "sicurezza pubblica", la "sanità pubblica", la "difesa", non ha impedito la condanna della Corte di Giustizia, poiché tardiva rispetto al termine assegnato per far venir meno il contestato inadempimento⁵⁶. Si è censurato, dunque, il menzionato, d.l. n. 332/1994 perché i poteri speciali ivi previsti erano giudicati appunto idonei a conferire allo Stato italiano un "potenziale potere di discriminazione" utilizzabile "in modo arbitrario".

La disciplina è stata quindi modificata dall'art. 4, co. 228 della L. n. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria per il 2004). I "poteri speciali" di "gradimento" sono stati sostanzialmente trasformati in poteri di "opposizione" *ex post*; il "veto" avrebbe dovuto essere "debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato", la "nomina" avrebbe potuto riguardare solo un amministratore senza

società Electricidade de Portugal SA. Cfr. T. AJELLO, *Le golden shares nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e "pregiudiziale" nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Dir. unione eur.*, 2007, 4, 815 ss.

⁵⁴ *Ex multis*: Corte Giust. CE, Sez. I, 10 novembre 2011 n. 212, C-212/09, *Com. Eu. C., Rep. Portogh.*, in *eur-lex.europa.eu*.

⁵⁵ Particolarmente significativa è la pronuncia Corte Giust. CE, 13 maggio 2003 n. 98, C-98/01, in *www.eur-lex.europa.eu*, nella causa Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

⁵⁶ Corte Giust. CE, 23 maggio 2000 n. 58 C-58/99, in *Giur. it.*, 2000, 1657.

diritto di voto. Il d.p.c.m. 10.6.2004, condizionava, poi, l'esercizio dei medesimi a "gravi ed effettivi pericoli" di pregiudizio di beni essenziali, quali la sicurezza negli approvvigionamenti energetici, gli obblighi di servizio pubblico, la sicurezza di reti e impianti, la difesa nazionale e la sicurezza militare.

Nemmeno tali rettifiche sono apparse alle istituzioni sovranazionali tali da far ritenere superati i profili di contrasto con l'ordinamento europeo. La Commissione avviava così, nel 2009, una nuova procedura d'infrazione (n. 2009/2255), a seguito della quale l'art. 3, co. 2, del d.l. 15 marzo 2012, n. 21, conv. in L. 11 maggio 2012, n. 56, ha, infine, disposto la cessazione di efficacia delle predette norme dalla data di entrata in vigore dei nuovi decreti del presidente del Consiglio dei Ministri, ai quali è demandato di individuare le imprese necessitanti i "poteri speciali" (art. 1 d.l. cit.).

Tali decreti sono oggi chiamati a identificare "*le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, ivi incluse le attività strategiche chiave*", in relazione alle quali (...) possono essere esercitate le seguenti attribuzioni, subordinatamente alla ricorrenza di una "*minaccia (effettiva) di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale*": "a) imposizione di specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di *rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale*"; "b) veto all'adozione di delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione dell'impresa, aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell'articolo 2351, terzo comma, del codice civile ovvero introdotte ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332" e s.m, "le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego"; c) opposizione all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, "qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche

attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico *gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale*” (...).⁵⁷

Con ciò sembrano in effetti venute meno le distonie del nostro sistema rispetto ai vincoli dell’ordinamento europeo, che tollera deroghe limitatissime al diritto societario comune, purché ancorate appunto a “circostanze specifiche e obiettive” quale la “minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività”.⁵⁸ Eppure, mentre si attenua fortemente la specialità di alcune imprese pubbliche rispetto al diritto societario comune, sembra contestualmente emergere la non “transitorietà” delle esigenze che giustificano la presenza di alcuni, limitati poteri “speciali” in capo allo Stato, in quanto strettamente connessi alle sue prerogative sovrane.

Quanto alla natura giuridica dei suddetti “poteri speciali” e degli atti in cui i medesimi si esprimono, nonostante alcune posizioni di segno contrario, sembra oggi

⁵⁷ Per l’attuazione di tali previsioni, v. d.p.c.m. 30 Novembre 2012 n. 253 “Regolamento recante individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56”.

⁵⁸ Potrebbero rientrare tra le finalità “consentite”, integranti “motivi di pubblica sicurezza”, ad es., l’esigenza di garantire la sicurezza della disponibilità della rete di energia e di approvvigionamenti petroliferi, o della rete di telecomunicazioni “in caso di crisi, di guerra o di terrorismo”. *Ex multis*: Corte Giust. CE, 14 marzo 2000, C-54/99, *Association Eglise de Scientologie de Paris e altro C. Rep. Francia*, su www.eur-lex.europa.eu, Id., 4 giugno 2002 n. 483, C-483/99, *Com. Ce C. Rep. Franc.*, *ivi*, Id., Sez. III, 26 marzo 2009 n. 326, C-326/07, *Com. Ce C. Rep. it.*, *cit. e cfr. Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari (97/C 220/06)*, in G.U. CE n. C 220, 19 luglio 1997. Non potrebbero, invece, certamente giustificare restrizioni, ad es., la necessità di “evitare un’eventuale perturbazione al mercato dei capitali” e di salvaguardare le condizioni della “concorrenza”: Id., 4 giugno 2002 n. 367, C-367/98, *Com. Ce C. Rep. Portogh.*, *ivi*, Corte Giust. CE, Sez. I, 8 luglio 2010 n. 171, C-171/08, *Com. Ce C. Rep. Portogh.*, in www.eur-lex.europa.eu.

pacifico che la stessa sia pubblicistica⁵⁹, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo⁶⁰.

D'altra parte ogni problema di giurisdizione appare oggi risolto a monte dal legislatore, laddove ha deferito le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del G.A.

L'art. 3, del d.l. n. 21/2012 ha, infatti, anche dettato norme processuali che integrano e modificano il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (Codice del processo amministrativo), finalizzate appunto a estendere la giurisdizione esclusiva del G.A. alle controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni⁶¹; - estendere la competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma alle controversie relative all'esercizio dei poteri speciali sopra descritti⁶²;- applicare il rito abbreviato ex art. 119 c.p.a. a provvedimenti adottati nell'esercizio dei suddetti poteri speciali⁶³.

⁵⁹ V. anche le considerazioni espresse dalla Corte europea: Corte Giust. CE, 13 maggio 2003 n. 98, C-98/01, in *www.eur-lex.europa.eu*.

⁶⁰ Cfr. Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 6, 1842, e v. Corte cost., 10 febbraio 1997 n. 29, in *Giur. cost.*, 1997, 233.

⁶¹ Cfr. il nuovo art. 133 c.p.a., co. z *quinquies*.

⁶² Cfr. il nuovo art. 135 c.p.a.

⁶³ Cfr. il nuovo art. 119 c.p.a.

5. I “POTERI RISERVATI” DI NOMINA E REVOCA DEI MEMBRI DEGLI ORGANI SOCIALI SECONDO LE DISPOSIZIONI DEL CODICE CIVILE, E LA C.D. “POISON PILL”.

Il sistema di regolazione delle società a partecipazione statale in generale, è da sempre oggetto di dibattito nell’ordinamento italiano, benché l’iniziale scelta del nostro legislatore sia apparsa chiaramente quella di non dettare, per esse prescrizioni particolari, essendo sottoposte, secondo il codice civile, allo stesso trattamento delle s.p.a. private, di diritto comune, ivi compresa l’esposizione a fallimento⁶⁴. Il che sembrava indicare una precisa scelta nel senso di voler preservare l’identità della s.p.a. come ente squisitamente privatistico, anche ove “in mano pubblica”, limitando al massimo le particolarità di disciplina.

Tale ricostruzione era poi facilitata, nella lunga fase del “sistema delle partecipazioni statali” dall’atteggiarsi dell’azionariato pubblico in termini di partecipazioni detenute da enti pubblici con vocazione economica e non direttamente dallo Stato attraverso un proprio Ministero, per cui i poteri pubblicistici di indirizzo erano diretti, in linea di principio, agli enti di gestione, e configurati come obiettivi di “risultato”, mentre le *holdings* pubbliche potevano esercitare la propria influenza sulle società partecipate unicamente secondo i comuni meccanismi del diritto societario.

Si conosceva, tuttavia, già nell’originaria versione del c.c., e a prescindere dalle sopra menzionate norme emergenti dai fenomeni di privatizzazione, una regolazione in parte derogatoria rispetto alla disciplina societaria generale in materia di nomina extrassembleare dei membri degli organi sociali. L’art. 2458 c.c. disponeva che quando lo Stato o gli altri enti pubblici avessero partecipazioni in una s.p.a., lo statuto avrebbe potuto ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, revocabili solo dagli stessi enti che li avevano nominati, avendo, comunque, gli stessi diritti e obblighi di

⁶⁴ L’art. 2221 del codice civile sottrae invero a fallimento gli “enti pubblici”, e non le società a partecipazione pubblica.

quelli nominati dall'assemblea⁶⁵. Peraltro, simile previsione poteva riguardare anche società prive di partecipazione azionaria pubblica (art. 2459 c.c.).

Ancora di maggiore impatto ai fini delle possibili deroghe al diritto comune, appariva, poi, il riconoscimento di "società d'interesse nazionale" (art. 2461 c.c.), per le quali si disponeva l'applicabilità della disciplina generale della s.p.a. "compatibilmente con le leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina di amministratori e sindaci e dei dirigenti". Si ammetteva così, l'esistenza di società, appunto, "di diritto speciale", peraltro affiancate, nella concreta esperienza di diritto positivo, dalle, già ricordate, numerose società "di diritto singolare".

Secondo una parte del pensiero giuridico, la nomina extrassembleare degli amministratori e sindaci da parte dello Stato, secondo le ricordate previsioni codicistiche, si sarebbe tradotta nell'esercizio di poteri di diritto privato⁶⁶. Altri, viceversa, declinavano i medesimi in senso pubblicistico, riconoscendo all'atto di nomina (e a quello di revoca) la natura di provvedimento amministrativo⁶⁷. Qualcuno, infine, distingueva tra i casi di società

⁶⁵ L'art. 2460 del c.c. disponeva, che quando uno o più sindaci sono nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale dovesse essere scelto tra uno di essi.

⁶⁶ Cfr. R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss., A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*; in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267 ss. Parla di "diritto privato speciale", da ultimo: V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., 243.

⁶⁷ F. A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 258 ss., G. VERUCCL, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 35 ss. In giurisprudenza, cfr., ad es. Cass. 15 luglio 1982 n. 4139 in *Giur. comm.*, 1983, II, 509.

partecipata dallo Stato e di società priva di partecipazione pubblica, ravvisando la natura pubblicistica dei suddetti atti solo nel secondo caso⁶⁸.

La giurisprudenza avrebbe in prevalenza negato natura provvedimento agli atti “esterni” di nomina e revoca dei membri degli organi sociali da parte dello Stato ai sensi delle norme in esame, inquadrandosi la suddetta disciplina nella categoria del “diritto privato speciale della P.A.”, con ogni conseguenza in termini di giurisdizione⁶⁹. Si afferma che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta per ciò solo la sua natura di soggetto di diritto privato; il rapporto tra società ed ente pubblico è inteso come «di assoluta autonomia», nella misura in cui è inibito a quest’ultimo incidere unilateralmente sulle vicende societarie esercitando poteri autoritativi potendo operare esclusivamente con

⁶⁸ A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell’amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, cit.

⁶⁹ Per la distinzione tra “norme di relazione” che regolano i rapporti tra tutti i soggetti dell’ordinamento e “norme di azione” che disciplinano l’esercizio dei poteri della P.A. (o, secondo diversa nomenclatura, a protezione di interessi legittimi) ai fini del riparto della giurisdizione tra Giudice ordinario e giudice amministrativo, cfr., Cass. Sez. Un. 4 luglio 1949 n. 1657, est. Ferrara, in *Foro it.*, 1949, I, c. 926 ss. Per l’accoglimento dell’idea dei due diversi ordini di norme riferite all’amministrazione, ancora, ex multis: Cass. Sez. Un., 8 maggio 1980 n. 3024, in *Riv. giur. ed.*, 1980, I, 544, Cass. Sez. Un., 11 aprile 1981 n. 2113, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2008, Cass. Sez. Un., 4 marzo 1983 n. 1622, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, 315, Cass., Sez. Un., 11 luglio 1984 n. 4056, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 7, Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1988 n. 5395, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 10, Cass. Sez. Un., 3 aprile 1989 n. 1590, in *Foro it.*, 1989, I, 3145, Cass. Sez. Un., 10 aprile 1992 n. 4411, in *Foro it.*, 1992, I, 2671, Cass. Sez. Un., 11 novembre 1994 n. 9418, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 11, Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2004 n. 6489, in *Foro it.*, 2006, 4, III, 201, TAR Roma, Lazio, sez. I, 24 aprile 2007 n. 3623, in *Foro amm. TAR*, 2007, 4, 1340, Cons. St., sez. VI, 8 settembre 2009 n. 5266, in *Foro amm. CdS*, 2009, 9, 2080, Cons. St., ad. plen., 24 maggio 2007 n. 8, in *Foro amm. CdS*, 2007, 5, Cons. St., ad. plen., 22 ottobre 2007 n. 12, su www.giustizia-amministrativa.it, Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2011 n. 1239, *Ibidem*. Cfr., sul tradizionale riparto della giurisdizione basato sulla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio diritto soggettivo – giurisdizione ordinaria/potere della PA- giurisdizione amministrativa, con l’importante deroga della giurisdizione esclusiva del G.A., per tutti: ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, ID., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n.205 del 2000* (Epitaffio per un sistema), in *Dir. proc. amm.*, 2001,

gli strumenti previsti dal diritto societario, attraverso i membri di nomina pubblica presenti negli organi della società⁷⁰. Si intende il potere di nomina degli amministratori di società mista a capitale pubblico maggioritario attribuito agli enti pubblici nella loro semplice qualità di soci; di qui il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative ai suddetti atti di nomina o di revoca⁷¹.

Le censure delle istituzioni europee ai regimi speciali in favore dello Stato e degli enti pubblici, non hanno, in realtà, risparmiato neanche i generali poteri “riservati” di nomina di membri degli organi sociali, anzitutto degli amministratori, quali quelli da noi disciplinati dalle menzionate norme del codice civile, manifestandosi anch’essi, per quanto dall’incidenza apparentemente più limitata rispetto alla *golden share*, restrizioni alle libertà economiche e deviazioni dal principio, presente anche nelle discipline europee di armonizzazione del diritto delle società, della “parità di trattamento degli azionisti”⁷².

Non è risultato influente che previsioni simili fossero inserite nella disciplina del diritto societario, essendo volte ad attribuire poteri o diritti non riconoscibili ai comuni

⁷⁰ Cass., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726.

⁷¹ Cfr., ad es., Cons. St., Sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 1894.

⁷² Cfr. art. 42 della seconda direttiva CEE di armonizzazione del diritto societario n. 77/91; stante la previsione di diverse categorie di azioni, tuttavia, il principio si traduce nella “parità di trattamento” degli azionisti titolari della stessa categoria. Cfr. G. OPPO, *Diritto delle società e attuazione della 2a direttiva CEE. Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 565 ss., ora in *Scritti giuridici, II, Diritto delle società*, Padova, 1992, 440 ss., e v. F. SANTONASTASO, *Dalla “golden share” alla “poison pill”: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°- 384° comma dell’art. 1 l. 23 dicembre 2005 n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 383 ss., F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale, in “poison pill”: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°- 384° comma dell’art. 1 l. 23 dicembre 2005 n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 383 ss., F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1, 396.

azionisti; né che trovassero diretto fondamento in clausole statutarie, stante la difficoltà di modificarle e la possibilità per lo Stato e gli altri enti pubblici di conservare comunque, attraverso le stesse, “legami economici durevoli e diretti” con l’impresa stessa. La Corte di Giust. CE, con pronuncia della Sez. I, del 6 dicembre 2007⁷³, ha quindi censurato la disciplina italiana anche laddove consentiva appunto poteri di nomina “diretta” ai sensi dell’art. 2449 c.c. svincolati dall’entità dalla partecipazione al capitale, che avrebbero consentito allo Stato (e agli altri enti pubblici) di partecipare al consiglio di amministrazione «con maggior rilievo rispetto a quanto sarebbe ad esso normalmente concesso nella sua qualità di azionista». A tal fine, si è considerato l’art. 2449 sia *ex se*, sia cumulato con i poteri ancora spettanti all’ente pubblico ai sensi del d.l. n. 332/1994, in contrasto con l’art. 56 TCE. Si osservava come, sebbene tale diritto di “nomina riservata” non fosse “immutabile” una volta inserito nello statuto, potendo essere rimosso attraverso una modificazione di quest’ultimo, l’ente pubblico godeva, in ogni caso, di una “protezione relativamente intensa”, potendo “trarre profitto dalla garanzia di continuità di cui beneficia lo statuto della società per azioni”, emendabile solo attraverso la delibera di una “maggioranza qualificata” degli azionisti⁷⁴.

Tali considerazioni riguardano, a ben vedere, essenzialmente società miste, svolgenti, almeno nella loro attitudine astratta, attività d’impresa. Sono queste figure,

⁷³ C-463/04 e C-464/04, *Ass. azionariato diffuso Soc. AEM C. Com. Milano*, in www.eur-lex.europa.eu, relativa alla società AEM del comune di Milano, operante nel settore dei servizi pubblici di distribuzione del gas e dell’energia elettrica.

⁷⁴ Così, per poter mutare lo statuto, sarebbe occorso, per l’operatore privato, un “investimento ben al di là” di quello che, diversamente e secondo la comune disciplina del diritto societario, gli avrebbe consentito di partecipare, in modo influente, alla società interessata. Cfr. ad es., *ex multis*: Corte Giust. CE, Sez. I, 11 novembre 2010 n. 543, C-543/08, *Com. Ce C. Rep. Portogh.*, in www.eur-lex.europa.eu, sulla società Electricidade de Portugal SA, e Id., 10 novembre 2011, C-212/09, *Com. Eu C. Rep. Portogh.*, *Ibidem*.

invero, che necessitano di una “parificazione” con gli enti squisitamente privati in nome dell’ossequio dei principi europei e “globali” a tutela del mercato⁷⁵.

L’esperienza della *golden share* e dei poteri speciali, soprattutto nelle società derivanti dalle privatizzazioni, ha rappresentato, dunque, un’occasione per l’uniformazione del nostro “diritto privato delle società”, inteso come comprensivo della disciplina delle “società - impresa” in mano pubblica. Mentre l’art. 2450, che riportava dopo la riforma del diritto societario⁷⁶ il vecchio art. 2459, è stato abrogato⁷⁷, l’art. 2449 del codice civile, che riproduceva integralmente il testo del vecchio articolo 2458 c.c.⁷⁸, è stato, quindi, anch’esso, come la disciplina dei poteri inseribili negli statuti di alcune società privatizzate, riscritto. Il medesimo, nella formulazione derivante dalle modifiche apportate dall’art. 13, co. 1 della l. 25 febbraio 2008 n., 34, distingue, peraltro, secondo quello che sarebbe divenuto un *leitmotiv* della normativa delle società pubbliche negli ultimi anni, tra “s.p.a. non quotate” e “s.p.a. quotate in mercati regolamentati”. Per le prime si rende il diritto di nomina proporzionale alla quota del capitale posseduta; per le seconde si ha una più netto avvicinamento alla disciplina societaria generale⁷⁹. Non ogni dubbio circa l’idoneità di tale

⁷⁵ Per una chiara distinzione, a questi fini, tra società totalmente pubbliche, deputate allo svolgimento di compiti pubblici, e società miste, v. *OECD, Accountability and Transparency. A Guide for State Ownership*, 2010, in partic. p. 12 e 24.

⁷⁶ D.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003 in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366.

⁷⁷ A seguito della procedura d’infrazione avviata verso l’Italia (n. 2006/2014) (n. 2006/2014) per violazione degli artt. 56 e 43 del trattato dall’art. 3 del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (Disposizioni volte a dare attuazione agli obblighi comunitari e internazionali), conv., con modif., in L. 6 aprile 2007, n. 46, con effetto a decorrere dal 16 febbraio 2007.

⁷⁸ Veniva tuttavia aggiunto al testo previgente un quarto comma, in cui si enunciava: “Sono salve le disposizioni delle leggi speciali».

⁷⁹ Per le prime, si enuncia: “1. Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero

quadro normativo a realizzare l'effettiva "parità" tra azionista pubblico e privato, appare con ciò fugato. Con particolare riguardo alle società non quotate, non si manca invero di rilevare come l'attuale art. 2449 c.c. rendendo appunto il diritto di nomina, e non il semplice diritto di voto, proporzionale alla partecipazione, riserverebbe tuttora al socio pubblico un "potere superiore a quello normalmente esercitabile in assemblea"⁸⁰.

Una disciplina "transitoria" è stata poi introdotta dai commi 381-382 dell'art. 1 della L. 23 dicembre 2005 (legge finanziaria per il 2006), secondo cui per favorire i processi di privatizzazione e la diffusione dell'investimento azionario, gli statuti delle società nelle quali lo Stato detiene una partecipazione rilevante possono prevedere l'emissione di *strumenti finanziari partecipativi*, ai sensi dell'art. 2346, sesto comma, c.c., ovvero *creare categorie di azioni*, ai sensi dell'art. 2348 del codice civile, «anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti, che attribuiscono all'assemblea speciale dei relativi titolari il diritto di richiedere l'emissione, a favore dei medesimi, di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritti di

di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. 2. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. 3. I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica". Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applica il diritto societario comune, ma il consiglio di amministrazione "può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine, è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti".

⁸⁰ Cfr. ad es. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 6 ss. Per articolate considerazioni sulla portata applicativa dell'attuale art. 2449, anche alla luce del diritto europeo: A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, cit.

voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria, nella misura determinata dallo statuto, anche in relazione alla quota di capitale detenuta all'atto dell'attribuzione del diritto».⁸¹

Si parla, in proposito, di *poison pills* e di norme che, sia pur in nome della tutela di fondamentali interessi nazionali, si manifesterebbero espressione di una persistente "opacità", potenzialmente in contraddizione con l'"interesse generale europeo".⁸²

Diverso è il discorso laddove la società partecipata assuma più marcatamente tratti pubblicistici, fino ad assumere natura di "ente pubblico strumentale"⁸³, laddove, come anticipato, nel diritto positivo compaiono frequenti disposizioni di deroga, in materia di nomine degli organi sociali, rispetto al diritto societario comune, tali da assumere il rilievo

⁸¹ Si aggiunge: «Gli strumenti finanziari e le azioni che attribuiscono i diritti qui previsti possono essere emessi a titolo gratuito a favore di tutti gli azionisti ovvero, a pagamento, a favore di uno o più azionisti, individuati anche in base all'ammontare della partecipazione detenuta (...). I medesimi, poi, godono di un diritto limitato di partecipazione agli utili o alla suddivisione dell'attivo residuo in sede di liquidazione e la relativa emissione può essere fatta in deroga all'articolo 2441 c.c.». Si dispone, inoltre, che «Le deliberazioni dell'assemblea che creano le categorie di azioni o di strumenti finanziari di cui al comma 381, nonché quelle di cui al comma 384, non danno diritto al recesso».

⁸² Cfr. F. SANTONASTASO, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 383 ss., con riferimento a G. ROSSI, *Capitalismo opaco, Bari-Roma, Laterza, 2005*, in particolare 35 ss. Per alcuni rilievi critici, v. anche S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "golden share" ai fondi sovrani*, in AA. VV., *Le società "pubbliche"* (a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni), cit., 187 ss. Cfr. ancora I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario nella nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 581 ss., F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capital delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, 703 ss., C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 947 ss.

⁸³ Per tale riconoscimento, ci si limita a richiamare la già ricordata pronuncia Corte cost. 19 dicembre 2003 n. 363, cit., in materia di "organizzazione dello Stato", relativa a Italia Lavoro s.p.a.

di “indici” di pubblicità del soggetto, più che d’illegittime deviazioni dall’ordinamento generale⁸⁴.

Attenta dottrina osserva, invero, in proposito, come l’analisi e l’interpretazione delle norme sulla nomina e sulla revoca non possano essere oggi condotte in via astratta, stante la multiformità delle società pubbliche, riconducibili a modelli differenziati. L’esame deve essere operato guardando in primo luogo se l’“interesse pubblico” sia stato introdotto nello schema societario, potendo le suesposte conclusioni essere appunto ribaltate con riguardo alle società nelle quali al socio pubblico sia appunto consentito perseguire “direttamente” le proprie finalità istituzionali⁸⁵.

Così anche in giurisprudenza ormai si riconosce che nelle società sostanzialmente pubbliche e deputate al perseguimento di scopi d’interesse generale, nonché usualmente disegnate secondo uno schema organizzativo che le pone in rapporto di strumentalità rispetto ad un’amministrazione territoriale, che si esprime in primo luogo attraverso sistemi di nomina dei membri degli organi sociali (in cui è palese che la PA “nominante” interviene come “autorità” e non come semplice socio), l’atto di nomina, così come quello di revoca, assumono natura di provvedimenti amministrativi con conseguente giurisdizione del “giudice naturale” del corretto esercizio della pubblica funzione, ovvero del giudice amministrativo⁸⁶.

⁸⁴ V. supra, § 3.

⁸⁵ Cfr. M. CAMMELLI - M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in M. Cammelli - M. Dugato (a cura di), *Le società “pubbliche”*, cit., 1 ss., 2-3.

⁸⁶ Cfr. ad es., di recente, TAR Lazio, Latina, Sez. I, 9 gennaio 2013 n. 17, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 11, Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2013 n. 122, su www.giustizia-amministrativa.it, a proposito della società Istituto Luce Cinecittà (in realtà s.r.l. ma rispetto alla quale vengono svolte considerazioni serenamente estendibili alle s.p.a. “pubbliche”).

Si giunge, infine ad affermare, che nel caso di società “anomale” sottoposte a particolari poteri pubblicistici di indirizzo, persino quando la nomina, come la revoca, si realizzi attraverso un atto che formalmente si atteggia come delibera assembleare, e tuttavia sia da questi poteri condizionata se non “necessitata”, la giurisdizione amministrativa sarebbe in ogni caso giustificata dalla natura certamente amministrativa della stessa direttiva e dallo stretto legame di consequenzialità tra la medesima e la successiva delibera, in genere qualificabile come atto meramente esecutivo. Si riconosce, in tal caso, l’effetto immediatamente “caducatorio” dell’atto d’indirizzo sulla decisione susseguente, dunque, l’interesse a ricorrere avverso la prima davanti al G.A.⁸⁷

6. I LIMITI DI OPERATIVITÀ DELLO SPOIL SYSTEM.

In tema di norme speciali relative ai poteri di nomina e revoca degli amministratori di società pubbliche, non può, infine, essere trascurata la problematica previsione di cui all’art. 6, della L. 15 luglio 2002, n. 145, “Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l’interazione tra pubblico e privato”, che estende il meccanismo del c.d. *spoils system*, agli incarichi conferiti dagli enti pubblici presso enti, società e agenzie.

In linea generale, si dispone che «1. Le nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati, conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, computata con decorrenza dalla data della prima

⁸⁷ TAR Lazio – Roma, Sez. III, 16 novembre 2007 n. 11271, in *Foro amm.* TAR, 2007, 11, 3494, sul famoso “caso Petroni”.

riunione delle Camere, o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere, possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto sulla fiducia al Governo. Decorso tale termine gli incarichi per i quali non si sia provveduto si intendono confermati fino alla loro naturale scadenza (...)».

La specifica finalità della suddetta previsione, impone di apprezzare e delimitare con cura il relativo ambito applicativo, rilevando, non tanto l'esistenza di un potere governativo di nomina, né la fonte attributiva del potere stesso ma unicamente la relativa funzionalità ad assicurare l'indirizzo politico-amministrativo perseguito dal Governo neo-insediato⁸⁸.

Con ciò si restringe fortemente il campo delle società per azioni ai cui amministratori può trovare applicazione il "sistema delle spoglie", al quale, dunque, certamente non appartengono le società partecipate in generale e nemmeno le società in mano pubblica o totalmente pubbliche ma le sole che svolgono attività di sicuro rilievo pubblicistico e che si connotano per una posizione strumentale rispetto all'amministrazione statale e alle relative politiche, evidenziata, ad esempio, da particolari meccanismi di finanziamento e dalla sottoposizione a speciali poteri di indirizzo⁸⁹.

Risulta poi chiarito, per le società a partecipazione statale, che il potere attribuito è di natura pubblicistica e che l'atto di esercizio di tale potere è di "alta amministrazione",

⁸⁸ Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2010 n. 8123, in *Foro amm.* – CdS, 2010, 11, 2462. In termini generali, valgono poi i limiti e temperamenti derivanti al meccanismo dello *spoils system* dai diversi interventi della Corte costituzionale, riassunti in Corte cost., 24 febbraio 2010 n. 81, su www.giucost.org. Cfr. A. ANGIULI, *Le società in mano pubblica come organizzazione*, in AA. VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 157 ss. Sullo *spoils system* in generale, *ex multis*: S. BATTINI, *Dirigenza pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, vol. III, p. 1859-1867, C. PINELLI, *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 cost.*, in *Giur. cost.* 2006, 3, 2357, G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008.

⁸⁹ Cfr. Cons. St., Sez. VI 22 novembre 2010 n. 8123, cit.

essendo appunto in “funzione di collegamento tra indirizzo politico e attività amministrativa”, e, caratterizzato da ampia discrezionalità. In relazione a quest’ultimo la posizione del privato, componente l’organo di vertice interessato, non potrebbe essere che d’interesse legittimo con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa ove sia impugnato⁹⁰.

D’altra parte, anche qualora la società rientri tra quelle cui la suddetta disciplina può trovare applicazione, è necessario in ogni caso che quest’ultima risulti rigorosamente circoscritta alle ipotesi *ivi* contemplate. Pertanto, la giurisdizione amministrativa sull’eventuale impugnazione dell’atto di alta amministrazione non attrae la controversia avente ad oggetto la delibera di revoca dei consiglieri di amministrazione formulata dall’assemblea della società partecipata, ai sensi dello statuto, con atto distinto da quello di nomina o revoca adottato dall’ente pubblico. Diversamente si smentirebbe *la ratio* stessa della istituzione di una società di diritto privato, pur volta al perseguimento di finalità di interesse pubblico, negandosi l’autonomia negoziale propria di tale soggettività giuridica⁹¹.

7. RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE S.P.A. IN MANO PUBBLICA E PROFILI DI GIURISDIZIONE.

Secondo l’art. 28 della Costituzione italiana, «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». Ai sensi dell’art. 103 della Costituzione «La Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre

⁹⁰ Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1305, in *Foro amm.* – CdS, 2011, 3, 943. Per la diversità dell’ipotesi in cui vi sia una decadenza disposta *ex lege*, cfr. Cons. St., Sez. V, 5 dicembre 2012 n. 6237, in *Foro amm.* - CdS, 2012, 12, 3244.

⁹¹ Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1305, cit. anche ricordata da TAR Campania, Napoli, Sez. I, 23 novembre 2011 n. 5510, in *Foro amm.* – TAR, 2011, 11, 3562.

specificate dalla legge». Già l'art. 13 del r.d. 12 luglio 1934 n. 1214 (Testo Unico delle leggi sulla Corte dei Conti) prevedeva, tra le relative attribuzioni, riprendendo i contenuti del r.d. n. 2440/1923 (Nuove disposizioni sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato) la giurisdizione «sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni»; disciplina quindi sviluppata dal d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato).

Da tempo è riconosciuta, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la competenza della Corte dei Conti a conoscere, oltre che della responsabilità di funzionari e dipendenti delle amministrazioni territoriali, della responsabilità di amministratori e dipendenti degli enti pubblici non economici, ancorandosi la nozione di “contabilità pubblica” alla natura pubblica del soggetto al quale l'agente sia legato da un rapporto di servizio; e alla natura parimenti pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale si è verificato l'evento generatore della responsabilità⁹².

Con la L. 14 gennaio 1994 n. 20 la responsabilità amministrativa e la giurisdizione del giudice contabile hanno conosciuto una precisazione e un'estensione, disponendosi che la Corte dei Conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni ed enti pubblici diversi da quelli di appartenenza (art.1).

Nella sua ampia formulazione sono stati ritenuti ricompresi gli “enti pubblici economici”, mentre l'ammissione della giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità amministrativa “extracontrattuale”- cioè verso un soggetto diverso da quello al quale l'autore della condotta è legato da un rapporto di servizio - rifluisce in una nuova concezione della stessa responsabilità “contrattuale” ritenendosi ormai inclusa nel suo

⁹² Cass. civ. Sez. Un., 22 dicembre 2003 n. 19667, in *Giur. it.*, 2004, 1830, con riferimento anche alla risalente pronuncia, sempre delle Sezioni Unite, n. 363/1969.

ambito la responsabilità per i danni prodotti dall'amministratore o dipendente dell'ente pubblico economico all'ente di appartenenza. D'altra parte, il moltiplicarsi, a seguito di privatizzazioni, ma anche di "esternalizzazioni"⁹³ e dell'istituzione per legge di società pubbliche per l'esercizio di compiti d'interesse generale, hanno condotto all'evoluzione della nozione di "pubblica amministrazione"⁹⁴, riconoscendosi attività amministrativa anche in quella svolta in forme privatistiche e da enti economici⁹⁵, e altresì, in certi casi, da soggetti strutturati in forma societaria potendosi così qualificare i relativi dipendenti come pubblici funzionari o incaricati di pubblico servizio⁹⁶.

Ciò ogniqualvolta tra l'ente territoriale e la società di diritto privato intercorra un rapporto di strumentalità, se non organizzativa, tale da far configurare la seconda addirittura come *longa manus* della prima, almeno "funzionale", inserendosi la medesima nell'iter procedimentale dell'ente pubblico, come "compartecipe dell'attività a fini pubblici di

⁹³ Ovvero dell'affidamento di compiti pubblici a soggetti "esterni" all'amministrazione. Per un'analisi del fenomeno, cfr., per tutti, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, in partic. 227 ss., P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Bologna, 2005, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005

⁹⁴ Per considerazioni generali sul fenomeno, cfr. M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione. Cosa è, cosa fa e come è cambiata la pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, in partic. 93 ss. Con particolare riguardo al regime della responsabilità degli amministratori, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile ad un decennio dalle riforme*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006, R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm.* – *CdS*, 2004, 3, 693.

⁹⁵ Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2003 n. 19667, cit.

⁹⁶ Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2003 n. 19667, cit.

quest'ultimo"⁹⁷. La giurisprudenza successiva, soprattutto della Corte dei Conti, ha quindi allargato molto le maglie della responsabilità amministrativa e i confini della propria cognizione⁹⁸.

L'art. 16 *bis* del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, come convertito, con modificazioni, nella legge 28 febbraio 2008 n. 31, è quindi intervenuto a disciplinare direttamente, in parte, la materia in esame, sancendo la sottoposizione della responsabilità degli amministratori e dipendenti di società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate (...) ⁹⁹, al diritto civile, con devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario.

Quanto alle regole applicabili negli altri casi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito il principio secondo cui alla Corte dei Conti potrebbe essere riconosciuta la giurisdizione laddove l'amministratore o membro dell'organo di controllo

⁹⁷ La prima rilevante pronuncia che apre questo nuovo indirizzo è: Cass. Sez. Un., 26 febbraio 2004 n. 3899, in *Foro it.*, 2005, I, 2675, sulla società SO.GE.MI, istituita dal Comune di Milano e dal medesimo partecipata in misura maggioritaria.

⁹⁸ Cfr., ampiamente, M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008. Per recenti considerazioni critiche: M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 1 ss. e v. le considerazioni di L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Relazione al Convegno Assonime-LUISS, "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina" Roma, 13 maggio 2009, su www.assonime.it.

⁹⁹ Di tali disposizioni era comunque esclusa l'applicabilità ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto. Per un commento alla disciplina, cfr. G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in www.giustamm.it, 2008, 2. Sul dibattito della dottrina e le ultime posizioni della giurisprudenza: L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 323 ss., F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 143 ss.

della società partecipata abbia, con la sua condotta illecita, recato *direttamente* danno all'ente pubblico socio. Tipico esempio di questa ipotesi sarebbe il “danno all'immagine”, oggi disciplinato dall'art. 17, co. 30 *ter* della l. n. 102/2009¹⁰⁰. Diversamente, l'azione diretta a reagire contro il danno prodotto al patrimonio della comune società partecipata non potrebbe che rispondere alle regole codicistiche, non essendo ravvisabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico socio e l'amministratore della società, né un danno qualificabile come “danno erariale”; all'applicazione delle regole ordinarie si accompagna naturalmente il riconoscimento della giurisdizione civile¹⁰¹.

Se tale discorso trova conferma nella giurisprudenza successiva per la generalità delle società in mano pubblica, si fa necessariamente, ancora una volta, salva la specificità di quelle società a partecipazione pubblica, il cui statuto sia soggetto “a regole legali *sui generis*”¹⁰². Ogniqualvolta, dunque, la s.p.a. abbia natura sostanzialmente pubblica, nonostante la forma organizzativa privatistica, andrebbe qualificato come erariale il danno cagionato dai suoi agenti e dagli agenti degli enti pubblici azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile¹⁰³.

¹⁰⁰ Sulla cui portata cfr. Corte Conti reg. Lombardia, Sez. giurisd., 20 ottobre 2009, n. 641, in *Ragiusan*, 2011, 321-322, 82. In termini generali, sul danno all'immagine della PA, cfr. già Cass. Sez. Un., sent. 25 giugno 1997 n. 5668, in *Foro it.*, 1997, I, 2872; più di recente, ancora, *ex multis*: Cass. Sez. Un., 20 giugno 2007 n. 14297 in *Foro Foro amm. - CdS*, 2007, 10, 2738, Corte Conti, Sez. III, 14 dicembre 2011, n. 861, Red. Giuffrè, 2011.

Cfr., *ex multis*, Cass. Sez. Un. 22 giugno 2010 n. 16287, su www.dejure.giuffre.it, Cass. Sez. Un. 15 gennaio 2010 n. 521, *Ibidem*. Più di recente, v. Corte Conti, Sez. II, 14 marzo 2012 n. 228, in *Riv. Corte Conti*, 2012, 1-2, 202.

¹⁰¹ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009 n. 26806, in *Foro amm. - CdS*, 2010, 1, 59. Cfr. anche TAR Campania,

¹⁰² Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2009 n. 27092, in *Foro amm. - CdS*, 2010, 1, 67.

¹⁰³ Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2009 n. 27092, cit.

Anche a questi fini rileva, dunque, la distinzione tra “società - imprese in mano statale” e “società-enti pubblici”.

8. I CONTROLLI SULLA GESTIONE FINANZIARIA.

L’art. 100, co. 2, della Costituzione dispone che «La Corte dei Conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito».

Con ciò il ruolo della Corte dei Conti, che la Carta fondamentale vuole organo indipendente, si pone in funzione degli interessi dello “Stato - comunità”¹⁰⁴ ed è momento di chiusura del circuito democratico, nella misura in cui la Corte stessa riferisce all’organo rappresentativo¹⁰⁵.

Tale norma ha trovato attuazione nella L. n. 259 del 1958 che, istituendo a tal fine un’apposita sezione della Corte, regola due diversi tipi di controllo: quello sulle gestioni finanziarie degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; quello sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l’Amministrazione dello Stato o un’azienda autonoma statale contribuisce con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria. Ai fini del primo tipo di controllo, gli enti

¹⁰⁴ Per questa definizione, ex multis: Corte cost., 24 febbraio 2010 n. 57, in *Foro amm.* – Cds, 2010, 5, 974.

¹⁰⁵ Per il sistema dei controlli in generale e quelli esercitati dalla corte dei Conti in particolare: G. D’AURIA, *I controlli*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 2003, T. II, 1343 ss.

«debbono far pervenire alla Corte dei conti i conti consuntivi ed i bilanci di esercizio col relativo conto dei profitti e delle perdite corredati dalle relazioni dei rispettivi organi amministrativi e di revisione (...)»¹⁰⁶.

Diversamente, il controllo sugli “enti pubblici” è esercitato da un magistrato della Corte dei Conti stessa, nominato dal Presidente, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione (art. 12)¹⁰⁷.

Se tale ultima previsione ha trovato pacifica applicazione agli enti pubblici economici, dubbi circa le corrette modalità del controllo sono sorte a seguito delle relative privatizzazioni formali le quali hanno dato origine a società “anomale”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ «Qualora la Corte dei Conti ritenga insufficienti, ai fini del controllo, gli elementi ad essa pervenuti in base alle disposizioni degli artt. 4 e 5, può chiedere agli enti controllati ed ai Ministeri competenti informazioni, notizie, atti e documenti concernenti le gestioni finanziarie» (art. 6).

¹⁰⁷ La disciplina dei controlli “sulla gestione” delle amministrazioni da parte della Corte dei Conti è stata quindi arricchita dalla L. 14 gennaio 1994 n. 20, che disciplina il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle P.A., al fine della verifica della legittimità e regolarità delle stesse e dell’accertamento, anche in base all’esito di altri controlli, della rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge. Come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, che ha riconosciuto pienamente legittime tali previsioni, tale legge, «intervenendo sulla configurazione tradizionale delle competenze della Corte dei Conti (...), ne ha modificato ambito e contenuto, con il triplice effetto di assoggettare ad esse tutte le amministrazioni pubbliche, di ridurre, nel contempo, l’area del controllo preventivo di legittimità e di conferire un primario rilievo al controllo sulla gestione, avente per oggetto, non già i singoli atti ma l’attività amministrativa considerata nel suo concreto e complessivo svolgimento». Il fondamento delle nuove competenze, ad ogni modo, non è individuato nell’art. 100 Cost., co. 2 ma, piuttosto negli artt. 97 Cost. (buon andamento degli uffici), 28 Cost. (responsabilità dei funzionari), 81 Cost. (equilibrio di bilancio) e 119 Cost. (coordinamento della finanza pubblica). Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1997 n. 470, in *Giur. cost.*, 1997, f. 6.

¹⁰⁸ Per tutti: M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit.

Ciò ha offerto occasione alla Corte costituzionale per pronunciarsi sul punto, in sede di conflitto di attribuzione, con la nota sentenza n. 466/1993, specificamente riferita al tipo di controllo da esercitarsi sulle società IRI, ENI, INA, ENEL, derivanti appunto dalla trasformazione *ex lege* degli omonimi enti economici.

Si tratta di un passaggio fondamentale nell'evoluzione del nostro ordinamento, nel senso di un deciso superamento del pregiudizio della natura necessariamente privata dell'ente organizzato in forma societaria¹⁰⁹ nella misura in cui, tenuto conto della titolarità del capitale azionario delle suddette s.p.a., del loro rimanere concessionarie *ex lege* dei compiti già spettanti agli enti pubblici trasformati, del particolare regime dell'esercizio dei diritti dell'azionista pubblico (spettanti al Ministro del tesoro, ma previa intesa con altri Ministri, ai sensi art. 15, terzo comma, decreto legge n. 333 del 1992), della disciplina dei patti sociali, dei poteri speciali, delle clausole di gradimento, delle modifiche statutarie, dei quorum deliberativi nelle assemblee, dei limiti al possesso di quote azionarie da parte dei terzi acquirenti, del vincolo che i ricavi derivanti dalla cessione dei cespiti da dismettere siano destinati alla riduzione del debito pubblico, si ammette che la semplice trasformazione della veste giuridica degli enti non è sufficiente a mutarne la natura e a far venir meno il controllo sulla gestione finanziaria nelle forme tradizionali. Importante è il riconoscimento che la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato è andata stemperandosi, a fronte dell'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (...) e dalla necessaria considerazione degli aspetti "sostanziali" dei fenomeni giuridici imposta dal diritto europeo.

Si è così determinata la distinzione, ai fini del controllo in esame, tra società a partecipazione statale e "società" "speciali", fondamentalmente assimilabili agli enti

¹⁰⁹ Tra i primi commenti, cfr. R. ARRIGONI, *Privatizzazione degli enti di gestione e controllo della Corte dei Conti: le ragioni di un conflitto*, in *Riv. amm. rep. It.*, 452 ss., R. PERNA, *Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei Conti*, in *Foro it.*, III, 1993, III, 285 ss., M. RAMAJOLI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 2, 203.

pubblici, dovendo nel secondo caso essere invitato il magistrato della Corte dei Conti a presiedere alle sedute degli organi sociali.

Pertanto, dunque, mentre la Corte dovrebbe progressivamente dismettere il controllo di cui all'art. 12 l. cit., in favore del solo "controllo documentale", nei confronti delle società private o privatizzate anche "sostanzialmente", mentre lo mantiene saldamente per quella moltitudine di società che, in quanto dalla "necessaria esistenza in vita", palesemente "strumentali" rispetto all'amministrazione statale e istituzionalmente deputate all'esercizio di compiti pubblici, risultano riconducibili alla nozione di "ente pubblico"¹¹⁰, solo talvolta sulla base di espresse previsioni legislative o statutarie¹¹¹, più spesso appunto, guardando all'effettiva natura dell'ente controllato.

¹¹⁰ Per alcuni casi di controllo effettuato ai sensi del menzionato art. 12 su enti organizzati in forma societaria, cfr., *ex multis*, Corte dei Conti, Sez. contr. enti, determinazione n. 120/2012, su *www.corteconti.it.*, sulla società MEFOP s.p.a., Società per lo sviluppo del mercato dei fondi pensione; determinazione n. 92/2012, *ivi*, sulla società Arcus s.p.a., Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo; determinazione n. 103/2012, su Coni Servizi s.p.a.; determinazione n. 104/2012, *ivi*, sull'Ente Nazionale di Assistenza al Volo, ENAV s.p.a.; determinazione n. 60/2013, *ivi*, sulla società Expo 2015 s.p.a.; determinazione n. 67/2013, *ivi*, sulla società Sace s.p.a.; determinazione n. 71/2013, *ivi*, sulla società Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a.; determinazione n. 44/2013, *ivi*, sul Gestore dei Servizi Energetici s.p.a.; determinazione n. 20/2013, sulla SIMEST, Società Italiana per le Imprese all'Estero, s.p.a.; determinazione n. 36/2013, *ivi*, su ANAS s.p.a.; determinazione n. 33/2013, *ivi*, sulla CONSAP - Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici s.p.a.; determinazione n. 31/2013, *ivi*, su Cinecittà Luce s.p.a.; determinazione n. 21/2013, *ivi*, sulla Società Gestione Impianti Nucleari (SO.G.I.N. S.p.A.); determinazione n. 19/2013, *ivi*, su Poste Italiane s.p.a.; determinazione n. 15/2013, *ivi*, su INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a.; determinazione n. 11/2013, *ivi*, sulla SOGESID s.p.a.; determinazione n. 1/2013, *ivi*, su FINTECNA s.p.a.; con riferimento a società diverse dalle s.p.a., v. ad. es., determinazione n. 40/2013, *ivi*, su CIRA - Centro Italiano Ricerche Aerospaziali S.C.p.A.; determinazione n. 51/2013, *ivi*, su Sicot "Sistemi di consulenza per il Tesoro" s.r.l.

¹¹¹ Solo a titolo di esempio, si ricordano l'art. 2 della legge 16 ottobre 2003, n. 291, con cui l'Arcus s.p.a. è stata sottoposta al Controllo della Corte dei Conti ex art. 12 cit., e l'art. 8, co. 10 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito, con modificazioni, in legge 8 agosto 2002, n. 178, che sottopone Coni Servizi s.p.a. al medesimo tipo di controllo.

9. L'ACCESSO ALL'IMPIEGO E LA REGOLA DEL CONCORSO.

Il moltiplicarsi delle figure di società in mano pubblica e, soprattutto, delle società *ex lege* deputate all'esercizio di pubbliche funzioni, ha reso urgente il quesito, in ragione del pericolo di elusione delle garanzie costituzionali riferite all'"amministrazione", della necessità che queste ultime selezionino il proprio personale mediante concorso pubblico, secondo quanto imposto alle P.A. dall'art. 97, co. 3 della Carta fondamentale.

La risposta, in prima battuta, è sembrata negativa, specie alla luce della tradizionale giurisprudenza, già ferma nell'escludere la necessità del concorso per l'assunzione dei dipendenti da parte di enti pubblici economici. Qualora questi ultimi, in autolimitazione, avessero deciso di selezionarli attraverso un confronto comparativo, si riteneva trattarsi di un "concorso privato" i cui atti sarebbero stati conoscibili dal giudice ordinario¹¹².

Se l'estensione di simile soluzione alle società di diritto comune partecipate o controllate dallo Stato o da altre amministrazioni territoriali non suscitava problemi di sorta, trattandosi pacificamente di soggetti di natura privatistica, operanti, quindi, in regime di autonomia privata, e sottoposti al rischio di mercato, la conclusione è ben meno pacifica per quelle società alle quali la giurisprudenza riconosce ormai la natura di "enti pubblici strumentali".

¹¹² Cfr., *ex multis*, Cass. Sez. Un., 2 novembre 1979 n. 5688, in *Foro it.*, 1979, I, 2548 ss., Cass. Sez. Un., 29 marzo 1989 n. 1538, in *Giust. civ.*, Mass., 1989, fasc. 3, Id., 29 maggio 1990 n. 4989, in *Giust. civ.*, Mass.1990, fasc. 5, Id., 6 maggio 1996 v. 4187, in *Giust. civ.*, Mass., 1996, 671, e, di recente, Id., 17 aprile 2007 n. 9095, in *Giust. civ.*, Mass., 2007, 4, anche ricordate da G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 286 n. 93.

In questo dibattito, si sono inserite, in anni recenti, le norme di cui all'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in L. 6 agosto 2008, n. 133. - Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, che, rubricato "Reclutamento del personale delle società pubbliche", prevede che (co.1) le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, «con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165¹¹³ ».

«Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo» sono invece chiamate ad adottare, «con propri provvedimenti, criteri per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità» (co. 2).

Sono escluse da questa "disciplina speciale" delle società in mano pubblica le società quotate su mercati regolamentati¹¹⁴.

¹¹³ Ai sensi del quale: «Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione (1); b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali».

¹¹⁴ Con riferimento alle società statali, si prevede ancora che (co. 2 bis) "Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse

Non è chiaro, nella lettera della legge, se tutte le società contemplate debbano comunque porre in essere “concorsi pubblici” per l’assunzione del personale, se debbano procedere attraverso selezioni private, o se vi sia una certa differenziazione al loro interno; in particolare in che misura si debba distinguere tra le società contemplate dal co. 1 e dal co. 2 dell’art. 18 cit., ovvero se anche nell’ambito delle società di cui al co. 2 sia possibile operare distinzioni.

La giurisprudenza, dopo alcune prime incertezze, sembra essersi consolidata nel senso di un persistente pregiudizio della natura privata dell’ente organizzato in forma societaria, o comunque della non indifferenza di tale forma organizzativa ai fini dell’applicazione delle discipline pubblicistiche. Dunque, in stretto ossequio alla lettera della norma, mentre si mantiene la soluzione tradizionale per gli enti pubblici economici¹¹⁵, si riconosce all’art. 18 cit. natura unicamente sostanziale, impregiudicate le questioni di giurisdizione¹¹⁶.

Pertanto, ferma la natura pubblicistica degli atti di selezione del personale delle società che gestiscono servizi pubblici locali e la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, per le altre società in mano pubblica, si offre una soluzione articolata secondo il criterio dei modi di svolgimento della relativa attività.

generale aventi carattere non industriale ne' commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze (...). Sulla ratio di contenimento della spesa pubblica delle norme in esame: Tribunale di Milano, 30 luglio 2010, in *Riv. critica dir. lav.*, 2010, 3, 786

¹¹⁵ Cfr. TAR Calabria - Reggio Calabria, Sez. I, 17 aprile 2012 n. 282, in *Foro amm.* - TAR, 2012, 4, 1417.

¹¹⁶ Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2011 n. 28330, in *Foro amm.* - *CdS*, 2012, 1, 31.

Il pubblico concorso s'imporrebbe alle sole s.p.a. titolari di poteri autoritativi, a fronte delle quali siano quindi configurabili situazioni giuridiche soggettive di "interesse legittimo". Ne conseguirebbe naturalmente, e con solo riferimento a queste ipotesi, la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti di selezione del personale¹¹⁷.

In realtà, alla stregua di tali orientamenti, si può dire introdotto un "regime speciale", sia pur di diritto privato, per la generalità delle società in mano pubblica, in apparente distonia rispetto alla loro progressiva "despecializzazione", determinata anzitutto dall'imporsi dell'ordinamento europeo, mentre si stempera qui la distinzione ai fini di disciplina, che nell'ordinamento sembra delinearci sempre più nettamente, tra società in mano pubblica e società autenticamente "pubbliche", ovvero assimilabili alle P.A. in senso soggettivo.

10. LO STATO – AZIONISTA TRA "PRIVILEGI" E LIMITI ALLA COSTITUZIONE O PARTECIPAZIONE IN SOCIETÀ PER AZIONI.

Se il percorso sin qui descritto indica, in linea di principio, la tendenza a una progressiva "de-specializzazione" della disciplina delle società in mano statale e una più marcata distinzione, sia pur non sempre organicamente e sistematicamente delineata, tra "società – imprese di mercato" e "s.p.a – enti pubblici", si moltiplicano, nella legislazione più recente, norme specificamente riferite alle società in mano pubblica, tuttavia raramente dirette a disegnare regimi di privilegio in favore dello Stato azionista, più spesso volte a limitare e condizionare la presenza pubblica sul mercato, in una logica di *favor* della concorrenza ma, soprattutto, nell'intento di contenere i costi connessi all'utilizzo

¹¹⁷ Cfr., Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2011 n. 28330, cit; Cons. St., Sez. V, 4 dicembre 2012 n. 6178, in *Foro amm.* - *CdS*, 2012, 3241. Per un'applicazione dell'art. 18 del d.l. 112/08 cit., ai fini del merito della controversia, v. Cass. Civ., Sez. VI, 9 marzo n. 3831, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, 311, Cfr. anche, Corte Cost., 3 marzo 2011 n. 68, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1053.

indiscriminato dello strumento societario e di introdurre una certa “moralizzazione” nella *governance* delle s.p.a. pubbliche¹¹⁸.

Nel primo senso può ricordarsi la norma di cui all’art. 19, co. 4 del d.l. n. 78/2009 che ha espressamente escluso lo Stato (ma non gli altri enti pubblici) dall’ambito di applicazione dell’art. 2497 c.c., il quale, a seguito della riforma del diritto societario, ha previsto, nell’ambito della nuova disciplina dei “gruppi”, la responsabilità dell’ente capogruppo per attività di “direzione e coordinamento”¹¹⁹.

Nella seconda direzione campeggiano le previsioni di cui all’art. 3, co. 27 della l. n. 244/2007, “Limiti alla costituzione e alla partecipazione pubblica a società”, secondo cui: «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

¹¹⁸ Sul punto cfr. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, su www.amministrazioneincammino.it, 2012, 9.

¹¹⁹ L’art. 2497 c.c. recita: “1. Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. 2. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. 3. Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l’ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento. 4. Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l’azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario. Secondo l’art. 19 del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102, il comma si interpreta nel senso che «per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, *diversi dallo Stato*, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria».

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 partecipazioni, anche di minoranza, in tali società¹²⁰». Secondo una previsione comune nella recente disciplina “limitativa” in materia di società pubbliche, l’art. 3, co. 27 non trova applicazione con riferimento alle società emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati¹²¹.

L’assunzione di nuove partecipazioni o il mantenimento di quelle esistenti devono essere specificamente autorizzati dall’organo competente (per lo Stato, dal Presidente del consiglio dei Ministri su proposta del Ministero competente per materia, di concerto con il ministero dell’economia e delle finanze), con «delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge¹²²»; delibera che deve essere inviata alla Corte dei Conti.

Si tratta di norme che pongono importanti interrogativi di ordine sistematico mettendo in discussione soluzioni che potevano dirsi ormai definitivamente acquisite.

¹²⁰ Peraltro, «È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, 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». Per la necessaria lettura restrittiva della norma, nel senso di escludere forme organizzative diverse da quella societaria, quali associazioni o fondazioni: Corte Conti reg. Friuli Venezia Giulia, Sez. contr., 23 dicembre 2011, n. 344, in *Riv. Corte Conti*, 2010, 6, 81. Diverso è l’ambito applicativo dell’art. 13 del d.l. 223/2006, c.d. “decreto Bersani” che ha posto pesanti limiti alla costituzione e partecipazione a società interamente pubbliche o miste da parte delle amministrazioni regionali e locali.

¹²¹ Art. 3, co. 32-ter, l. cit.

¹²² V. le attuali versioni dei commi 28 e 28 bis dell’art. 3 cit. Il co. 29, poi, disciplina il termine per la cessione delle partecipazioni vietate. Sulla sua natura ordinatoria, cfr., *ex multis*, TAR Sardegna - Cagliari, Sez. I, 5 aprile 2013 n. 269, in *Foro amm.* - TAR, 2013, 4, 1403.

L'istituzione o l'assunzione di partecipazioni in società di diritto comune è, invero, diffusamente riconosciuta espressione della capacità generale, o di diritto privato, dello "Stato – amministrazione"¹²³.

Da tempo ormai, sembra in effetti superata la risalente impostazione diretta a ravvisare in capo alle P.A. una "capacità giuridica limitata" suscettibile di esprimersi solo sulla base di una specifica previsione normativa e nella necessaria aderenza ai fini istituzionali d'interesse pubblico; si riconosce, viceversa, la capacità giuridica generale degli enti pubblici¹²⁴.

Ciò conduce a non ravvisare astratti limiti alla partecipazione degli enti pubblici a società di capitali e, in particolare, a società per azioni¹²⁵, anche in assenza di espresse norme autorizzative, secondo una prospettiva che, già fatta propria da discipline risalenti¹²⁶, appare chiaramente abbracciata dal nostro codice civile¹²⁷.

¹²³ Su cui è essenziale il contributo di G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, in partic. 189.

¹²⁴ Su questi profili, di recente: S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, in partic. 60 ss. Il problema dell'incidenza del vincolo finalistico sull'attività privatistica dell'amministrazione è in prevalenza risolto piuttosto, in termini di "autonomia", e tuttavia con posizioni differenti secondo gli autori. Per una sintesi delle diverse posizioni: M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, in partic. 26 ss. e rel. note. Sul concetto di "autonomia" della PA: ALB. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, 30 ss. e cfr. ID., *Relazione di sintesi*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Atti del Convegno - Palermo, 13 maggio 2005, Torino, 2006.

¹²⁵ Cfr., ad es., S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1957, 22.

¹²⁶ Cfr. l'art. 149 del r.d. n. 383/1934, T.U. delle leggi comunali e provinciali, in cui si dava per presupposto che gli enti territoriali potessero acquistare e vendere azioni industriali.

¹²⁷ Cfr., ad es., l'art. 2449 c.c., di cui si dirà più oltre.

Così, in giurisprudenza, si riconosce ormai pacificamente che la capacità negoziale degli enti territoriali, compresa quella di costituire società per azioni, ha carattere generale¹²⁸.

Se qualcuno è portato a ritenere che la disposizione citata comporti un ritorno all'idea della "capacità limitata" o *speciale* degli enti pubblici almeno con riferimento alla titolarità di partecipazioni societarie¹²⁹, mentre altri, più cautamente ammette che l'idea della "capacità generale" esce piuttosto "soffocata" dai molti recenti divieti in materia di società pubbliche¹³⁰, la norma non sembra, in realtà, condurre ad alcuna alterazione delle soluzioni acquisite in ordine alla capacità dell'ente pubblico. La violazione delle prescrizioni in esame sembra insuscettibile di configurare un immediato vizio nel negozio di costituzione della società o di acquisto delle azioni, atteggiandosi queste, più che come norme dell'ordinamento generale o "norme di relazione", come vincolo, nei confronti dei soggetti pubblici stessi ad adeguare i propri comportamenti ai principi e criteri direttivi ivi enunciati¹³¹.

¹²⁸ Cfr. Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 1988 n. 818, in *Foro Amm.*, 1988, fasc. 12.

¹²⁹ Cfr., ad es., A MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?* in AA. VV., *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni, cit., 57 ss., in partic. 98 ss.

¹³⁰ F. LUCIANI, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, su www.giustamm.it.

¹³¹ Per questa distinzione tra diverse categorie di norme riferite alla P.A: ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 134 ss., ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 111 ss.

Dunque, le medesime sembrano inquadrabili nell’“ordinamento dell’amministrazione”¹³² essendo direttamente rivolte a soggetti pubblici e rispondenti a fini d’interesse generale. Più propriamente, come correttamente messo in luce dalla giurisprudenza recente, l’art. 3 cit. risponderebbe all’intento di assicurare, più che la tutela della concorrenza “*che di per sé lo strumento dell’impresa pubblica non potrebbe pregiudicare*”, “*per garantire, in coerenza con l’esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell’interesse pubblico, ponendosi un chiaro limite all’esercizio dell’attività d’impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell’interesse pubblico*”¹³³.

La giurisprudenza riconosce la natura amministrativa degli “atti unilaterali prodromici alla vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere a un atto modificativo o estintivo della società medesima”, con conseguente giurisdizione amministrativa sui medesimi: giurisdizione

¹³² Con particolare riguardo alle norme di disciplina della costituzione e partecipazione degli enti pubblici locali a società per azioni: R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., in partic. 112 ss. e, in termini generali, *ex multis*: TAR Umbria – Perugia, Sez. I, 28 agosto 2012 n. 335, in *Foro amm.* - TAR, 2012, 7-8, 2305.

¹³³ Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2012 n. 1574, in *www.giustizia-amministrativa.it*; analogamente: TAR Cagliari Sardegna, Sez. I, 5 aprile 2013 n. 269, in *Foro amm.* - TAR, 2013, 4, 1403, Corte Conti, Reg. Lombardia, Sez. contr., 17 giugno 2010 n. 675, in *Riv. Corte Conti*, 2010, 3, 98. Cfr. ancora Cons. St., Sez. III, 11 marzo 2011 n. 1572, su *www.giustizia-amministrativa.it*, e Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, in *Foro amm.* - CdS, 2011, 6, 1842, che sembra escludere dalle possibilità dell’ente pubblico la partecipazione a società-imprese a capitale misto operanti sul mercato in regime di libera concorrenza, così portando alle estreme conseguenze l’acquisita distinzione tra “società di mercato” e società “quasi - amministrazioni”. Per la possibilità del terzo di esercitare l’azione avverso l’inerzia dell’amministrazione ai sensi dell’art. 117 c.p.a. v. ancora, TAR Cagliari Sardegna, Sez. I, 5 aprile 2013 n. 269, in *Foro amm.* - TAR, 2013, 4, 1403, secondo cui, ad ogni modo, “non si ravvisa alcun obbligo in capo alla stessa P.A. in presenza di una generica istanza volta alla dismissione di partecipazioni societarie, non essendo coercibile, per iniziativa di soggetti terzi, l’attivazione di procedimenti quali quelli individuati dai commi da 27 a 29 dell’art. 3, l. n. 244 del 24 dicembre 2007 se non in presenza di una precisa situazione legittimante (...)”.

generale di legittimità ove non si tratti di casi specificamente ricondotti alla giurisdizione esclusiva. A tal fine, la disciplina dei contratti pubblici è assunta come modello generale dell'attività negoziale delle amministrazioni¹³⁴.

La scelta, da parte di un ente pubblico, di costituire o partecipare a una società, è qualificata come “scelta organizzativa discrezionale” logicamente e cronologicamente distinta dal negozio societario che ne costituisce attuazione e che radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per quest'ultimo¹³⁵.

L'art. 3, co. 27 e ss. della l. n. 244/2007 cit., si riferirebbe ad apprezzamenti di natura pubblicistica, il cui annullamento determinerebbe invalidità derivata del negozio privatistico connesso, conoscibile in sede di giurisdizione ordinaria.

È evidente come tali restrizioni non trovino margini di applicazione per le società istituite o derivanti da trasformazioni *ex lege*, quindi alle s.p.a. – legali, enti strumentali per l'esercizio di pubbliche funzioni, essendo ogni scelta circa l'opportunità o necessità della relativa esistenza compiuta a monte dal legislatore e non affidata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa.

¹³⁴ Cons. st., Ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, in *Foro amm.* – *CdS*, 2011, 6, 1842.

¹³⁵ Cons. st., Ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, cit. Per la riconduzione della menzionata normativa, ai fini del riparto Stato - regioni, piuttosto che alla “materia” dell’“organizzazione amministrativa”: Corte cost., 8 maggio 2009 n. 148, cit.; in modo simile: TAR Puglia, Bari, Sez. I, 17 maggio 2010 n. 1898, su www.giustizia-amministrativa.it.

11. LE ULTERIORI NORME “ASIMMETRICHE” RIFERITE ALLO STATO- AZIONISTA: VINCOLI A TUTELA DELLE “FINANZE PUBBLICHE” E NORME DI “MORALIZZAZIONE”.

Molte altre sono le norme speciali che, nelle discipline più recenti, si riferiscono alle società in mano pubblica e, tra queste alle società statali.

Le medesime hanno ambiti applicativi diversi anche se comunemente non riguardano le società quotate e rispondono principalmente alla *ratio*, già più volte evidenziata nelle pagine precedenti, del contenimento della spesa pubblica legata al moltiplicarsi delle relative figure, irrigidendo la disciplina della *governance* e incrementando la trasparenza della relativa gestione.

In estrema sintesi, si possono segnalare le norme volte a razionalizzare gli organi sociali, riducendo il numero dei relativi componenti e i relativi compensi¹³⁶, imponendo un

¹³⁶ Con particolare riguardo alla *governance* societaria, tra le molte disposizioni di questi ultimi anni, si può ricordare il co. 465 dell'art. unico della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che ha demandato al Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri ministri competenti, di emanare un atto d'indirizzo “volto, ove necessario, al contenimento del numero dei componenti dei consigli di amministrazione delle società non quotate partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze e rispettive società controllate e collegate, al fine di rendere la composizione dei predetti consigli coerente con l'oggetto sociale delle società”. Ancora, contiene un'espressa disciplina della *governance* interna delle società pubbliche, al precipuo fine di una riduzione delle spese per il relativo funzionamento, l'art. 3 della l. n. 244/2007, co. 12, appunto rubricato “*Riduzione dei componenti degli organi societari delle società controllate da amministrazioni pubbliche*”, facendo “salvo quanto previsto da altre leggi”, ha disposto, per gli statuti delle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile specifici vincoli relativi al numero massimo dei componenti degli organi di amministrazione e alla riduzione dei relativi compensi; alla previsione di deleghe operative al Presidente e alla tendenziale eliminazione della figura del vicepresidente (salvo che come sostituto del Presidente, senza compensi aggiuntivi); alla disciplina generale delle deleghe; al sistema dei controlli interni, con divieto, in ogni caso, della corresponsione di gettoni di presenza ai componenti degli organi sociali.

decremento degli organi interni di consulenza e proposta¹³⁷, o, ancora, scongiurando il conflitto d'interessi attraverso l'espresso divieto di copertura del ruolo di amministratore in società controllanti e controllate¹³⁸.

Nella logica della “moralizzazione” della gestione delle società pubbliche e del doveroso adeguamento ai principi della concorrenza e del mercato e della rispondenza del contegno dello “Stato - imprenditore” ai modi di operare del comune attore di mercato, si collegano, poi, le discipline degli organi sociali agli esiti economici delle precedenti gestioni¹³⁹.

Dunque, l'art. 6, co. 5 del d.l. n. 78/2010, con solo riferimento agli enti pubblici, anche economici, e agli *organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato*, ha disposto che i medesimi “provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti” al fine di assicurare che, a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del decreto “gli organi di amministrazione e quelli di controllo, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti”, collegando al mancato adeguamento la responsabilità erariale. Ancora, si ricorda, il d.l. 6 luglio 2012 n. 95, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 135: “Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini” c.d. “*spending review*”, che ha il primario obiettivo di ridurre fortemente le società pubbliche svolgenti attività “strumentale” nei cfr. alla P.A., e di limitare il c.d. in *house providing*, e pone alcune norme generali in materia di società a totale partecipazione pubblica, anche statale, ancora nella logica della riduzione del numero dei membri degli organi sociali, della razionalizzazione della relativa composizione e dell'“alleggerimento” dei costi di funzionamento, irrigidendone la disciplina.

¹³⁷ Cfr. il co. 12-*bis* dell'art. 3 L. n. 244/2007, che, appunto, ha limitato la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta.

¹³⁸ Cfr. art.3, co. 14 L. n. 244/2007, cit.

¹³⁹ Cfr. il comma 734 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 secondo cui “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”. Per una interpretazione “autentica”, cfr. l'articolo 3, comma 32 bis, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

Non mancano, poi, disposizioni, che incidono sull'attività – essenzialmente l'attività contrattuale – delle società pubbliche, imponendo sistemi di acquisizione che garantiscano limitati livelli di spesa¹⁴⁰.

Sono, infine, certamente da apprezzare quelle discipline che, nel crisma della doverosa trasparenza nella costituzione, partecipazione e gestione delle amministrazioni a società per azioni, hanno finalmente imposto, rivolgendosi esclusivamente agli azionisti pubblici, gli enti e gli organismi pubblici pubblicino sul loro sito informazioni dettagliate

¹⁴⁰ Si può a tale fine segnalare, ad es., al co. 15 dell'art. 3 della l. n. 244/2007, che ha imposto alle società pubbliche, per la fornitura di beni e servizi, parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni dalla Consip s.p.a., motivando espressamente le ragioni dell'eventuale scostamento da tali parametri, con particolare riguardo ai casi in cui le società stesse siano soggette alla normativa comunitaria sugli appalti pubblici. Infine, merita menzione l'art. 2 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, conv. in l. 16 luglio 2012, n. 94, secondo cui, a fini di razionalizzazione e di coordinamento della finanza pubblica, nonché di tutela della concorrenza, il PCM, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per i rapporti con il Parlamento, può nominare un Commissario straordinario con il compito "di definire il livello di spesa per acquisti di beni e servizi, per voci di costo, delle amministrazioni pubbliche". "Tra le amministrazioni pubbliche sono incluse tutte le amministrazioni, autorità, anche indipendenti, organismi, uffici, agenzie o soggetti pubblici comunque denominati e gli enti locali, nonché le società a totale partecipazione pubblica diretta e indiretta e le società non quotate controllate da soggetti pubblici nonché, limitatamente alla spesa sanitaria, le amministrazioni regionali commissariate per la redazione e l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario. Alle società a totale partecipazione pubblica e alle loro controllate che gestiscono servizi d'interesse generale su tutto il territorio nazionale tale disciplina si applica qualora abbiano registrato perdite negli ultimi tre esercizi". Come norme "penalizzanti" le cattive gestioni, v. anche, ad es., l'art. 6 co. 19, d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122 - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica ("manovra economica 1 - decreto anticrisi"), in cui si prevede che: "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".

su tutte le partecipazioni societarie detenute, anche indirette e minoritarie, e sui collegamenti esistenti tra le società partecipate e l'ente partecipante ¹⁴¹.

Si tratta di una congerie di regole spesso di difficile lettura sistematica, succedutesi in un breve arco di tempo e certamente bisognose di una adeguata sistematizzazione. Nondimeno, questo “diritto speciale” sembra trovare immanente giustificazione in indeclinabili esigenze di ordine, come più volte evidenziato, essenzialmente economico ma anche in istanze democratiche e di più ampia *accountability* del complesso sistema delle *State Owned Enterprises*. Né, d'altra parte, una “regolazione ulteriore”, rispetto a quella codicistica, per il complesso delle società in mano pubblica appare di per sé incompatibile con la natura privata della s.p.a., laddove non ne siano alterati i tratti essenziali, e con il diritto europeo e globale che si limitano a censurare, non qualsivoglia “specialità”, bensì le sole disposizioni di “privilegio” in favore dell'azionista pubblico.

Ad ogni modo, appare evidente, si tratta ancora di norme riferibili alle “società in mano pubblica” diverse dalle società istituite disegnate *ex lege* per l'esercizio di pubbliche funzioni.

12. SOCIETÀ PUBBLICHE E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA.

È invece proprio a queste ultime società che trovano piena applicazione quelle particolari norme che, inserite oggi nella disciplina generale dell'“attività amministrativa” recepiscono e insieme alimentano l'evoluzione dell'ordinamento nel senso di un sempre più deciso ingresso delle forme organizzative private nell'amministrazione pubblica le quali, insieme al frequente fenomeno delle “esternalizzazioni”, pongono in primo piano, in luogo

¹⁴¹ V. art. 8 del d.l. n. 98/2011.

della tradizionale amministrazione “in senso soggettivo”, l’oggettivo svolgimento di una “funzione pubblica”¹⁴².

È indubbio che su tali sviluppi hanno esercitato una primaria influenza le nozioni “sostanziali” di “organismo di diritto pubblico” e di “impresa pubblica” di origine sovranazionale, nella misura in cui le medesime sono strumentali alla definizione dell’ambito applicativo della disciplina dei contratti pubblici di rilevanza europea, a prescindere dalle forme giuridiche e dagli istituti tradizionali degli ordinamenti degli Stati membri¹⁴³.

D’altra parte, nel nostro ordinamento, tale regolazione è intesa come funzionale non solo alla diretta protezione dei diritti delle imprese a contendere in un mercato effettivamente concorrenziale¹⁴⁴, ma altresì, pur sempre, agli interessi generali perseguiti

¹⁴² ALB. ROMANO, Relazione di sintesi, cit., V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell’organizzazione amministrativa*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., passim.

¹⁴³ Cfr. sulla portata delle nozioni e i riflessi sull’ordinamento interno, *ex multis*: V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L’organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, 13 ss., R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, 12, 2415 ss., D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003, M. P. CHITI, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 83, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 447-512, B. MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, G. P. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 3, 685 ss., D. SORACE, *L’ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in AA. VV., *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 62 ss., M. A. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 4, 5 ss.; ID., *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *www. giustamm. it.*, 2008, ID., *L’ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in AA. VV., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 3145 ss.

¹⁴⁴ Cfr. ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss., G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione tra*

dalle stazioni appaltanti¹⁴⁵. Le procedure ad evidenza pubblica sono concepite come momento di formazione della volontà del “contraente pubblico” che si esprime in un procedimento e in atti di natura amministrativa. Di qui l’ammissione che, ad esempio l’organismo di diritto pubblico, altro non è che un soggetto, spesso privato, che pone in essere una pubblica funzione, alla quale inseriscono e devono trovare applicazione tutti gli istituti e i principi connessi.

Così, sia norme di diritto sostanziale che norme processuali¹⁴⁶ finiscono coerentemente per prescindere dal necessario ancoraggio a un’amministrazione tradizionale, essendo il relativo ambito applicativo unicamente riferito, appunto, all’esercizio dell’“amministrazione” intesa come “attività”, quindi in senso oggettivo e “sostanziale”, peraltro esercitata anche attraverso atti di diritto privato¹⁴⁷.

A tal fine, non può non ricordarsi la norma di cui all’art. 22, co. 1, lett. e) della L. 241/1990¹⁴⁸ che in materia di accesso ai documenti amministrativi, enuncia che si intende

autonomia e correttezza, Napoli, 2000, 333, R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 325.

¹⁴⁵ V., per tutte, Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478, in *Foro it.*, 1999, III, 178. In dottrina, v. già A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss., 512.

¹⁴⁶ Cfr., ad es., l’art. 7 co. 2 del d.lgs. n. 104/2010, sulla disciplina del processo amministrativo, ai sensi del quale «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».

¹⁴⁷ Cons. St., ad. plen., 22 aprile 1999 n. 4, in *Giorn.dir. amm.*, 1999, 946.

¹⁴⁸ Tale formulazione deriva dalla novella apportata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15. In precedenza l’art. 23 L. 241/1990 enunciava: “Il diritto di accesso di cui all’articolo 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell’ambito dei rispettivi ordinamenti,

«per “pubblica amministrazione”, 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»; formula che sembra avere un ambito applicativo più ristretto per i soggetti squisitamente privati che esercitano pubbliche funzioni in virtù di c.d. “esternalizzazioni” e astrattamente più ampio per i soggetti privati solo formalmente, quali le società “speciali” o “di diritto singolare” specificamente deputate al perseguimento di interessi generali ¹⁴⁹.

Così, mentre l’art. 1, co. 1 *ter* della stessa legge generale sull’attività amministrativa, enuncia che «I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei *criteri* e dei *principi* di cui al comma 1¹⁵⁰, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in

secondo quanto previsto dall’articolo 24”. Nella versione originaria, peraltro, in luogo della formula “gestori” compariva quella, più ristretta, di “concessionari” di pubblici servizi.

¹⁴⁹ Cfr., per tali orientamenti, formulati già prima che la L. n. 15/2005 riscrivesse l’art. 22 l. n. 241/1990 nel senso di cui nel testo, *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 1999 n. 1248, in Cons. Stato, 1999, I,1594; sugli enti pubblici a struttura privatistica, v., ad es., Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2002 n. 1303, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 705, con riguardo agli atti di Poste Italiane s.p.a., Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2618, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 1307, sugli atti di Ferrovie dello Stato s.p.a., Cons. St., Sez. VI, n. 24 maggio 2002 n. 2855, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 1325, ancora sugli atti di Poste Italiane s.p.a.; analogamente: Cons. St., VI, 7 agosto 2002 n. 4152, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 246 ss., Cons. St., Sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4660, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 2143, Cons. St., Sez. V, 19 settembre 2006 n. 5467, in *Foro amm. - CdS*, 2006, 9, 2536, sugli atti di Acquedotto Pugliese s.p.a.; tra le più recenti: Cons. St., Sez. VI, 19 aprile 2011 n. 2434, in *Foro amm. - CdS*, 2011, 4,1311, sugli atti della società SEL s.p.a., TAR Trentino Alto Adige – Trento, Sez. I, 12 ottobre 2012 n. 305, in *Diritto & Giustizia* 2012, 5 nov., sulla Autobrennero s.p.a.

¹⁵⁰ Secondo cui: «L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario».

forza delle disposizioni di cui alla presente legge»¹⁵¹, più radicalmente, l'art. 29, co. 1, della stessa chiarisce che (tutte) le disposizioni della legge n. 241 cit. si applicano, oltre che alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali, *«alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative»*.

L'attività amministrativa svolta dalle società a fini pubblici possedute in misura totalitaria o maggioritaria dallo Stato è quindi integralmente equiparata a quella delle amministrazioni tradizionali ai fini dell'applicazione delle fondamentali regole e dei principali istituti del diritto amministrativo.

Si tratta di norme evidentemente non estendibili alle società in mano pubblica che esercitano pura attività d'impresa.

¹⁵¹ F. DE LEONARDIS, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari, relazione al Convegno "L'impugnabilità degli atti amministrativi"*, Siena, Certosa di Pontignano 13 – 14 Giugno 2008, su www.giustizia-amministrativa.it.