

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”

ROMA

TRE



ANNO ACCADEMICO 2008/2009

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO EUROPEO. STUDI GIURIDICI NELLA
DIMENSIONE NAZIONALE, EUROPEA, INTERNAZIONALE.**

**TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO AMMINISTRATIVO
(XXI CICLO)**

**DOTTORANDO:
GIOVANNI MARIA CARUSO**

**TUTOR:
CHIAR.MO PROF. GIAMPAOLO ROSSI**

**INDIRIZZO E CONTROLLO FRA MODELLI
ORGANIZZATIVI PUBBLICISTI E PRIVATISTICI.**

**ENTI PUBBLICI, SOCIETÀ PER AZIONI E SOCIETÀ DI PROPRIETÀ
PUBBLICA**

- INDICE -

- I -

PREMESSE

- 1. L'incidenza dell'organizzazione sulla conformazione degli interessi fra modelli privatistici e pubblicistici. 6**

- II -

**L'ORGANIZZAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI NON
TERRITORIALI**

- 1. L'amministrazione per enti. Pluralità dei modelli organizzativi e delle spiegazioni della dottrina. 9**
- 2. La tendenziale corrispondenza dei modelli organizzativi alla tipologia degli interessi tutelati. 28**
- 3. Gli assetti giuridici dei modelli organizzativi fra discipline specialie tentativi di uniformazione del modello per via legislativa. 37**
- 4. I Controlli interni nella disciplina del d.lgs. 286/99. 55**
- 5. Il sistema di contabilità degli enti pubblici e i controlli esterni. 61**
- 6. I controlli della Corte dei conti: il sistema dei controlli della legge n. 20/1994 e il controllo di cui alla legge n. 259/58. 63**
- 7. Una forma di controllo indiretto: la responsabilità amministrativa. 71**

- III -

LE SOCIETA' PER AZIONI

1. **La nascita e lo sviluppo del modello societario: il «privilegio» della responsabilità nella tipizzazione dei modelli legislativi.** 79
2. **Le teorie istituzionalistiche e le teorie contrattualistiche nella nozione di interesse sociale. La contrapposizione fra l'interesse del socio e l'interesse della società** 85
3. **I riflessi sull'assetto organizzativo delle diverse impostazioni dogmatiche nella conformazione dei poteri del socio.** 95
4. **Il controllo di cui all'art. 2359 c.c. e l'«attività di direzione e coordinamento» nella contrapposizione fra poteri formali e situazioni di fatto** 101
5. **I modelli di *governance* nell'articolazione delle competenze degli organi sociali.** 118
6. **I controlli sulla funzionalità immanenti al modello organizzativo.** 130
7. **Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori.** 136

- IV -

LE SOCIETA' PUBBLICHE

1. **L'eterogeneità come tratto caratterizzante le società pubbliche. La frantumazione del modello codicistico della società per azioni per effetto della sua utilizzazione da parte dei pubblici poteri.** 141

2. La varietà di fattispecie fra discipline speciali e l'utilizzo degli strumenti di indirizzo e controllo propri modello organizzativo prescelto.	153
3. I poteri di nomina e revoca nella disciplina del codice civile. L'art. 2449 c.c. e la sua incompatibilità con l'ordinamento comunitario.	165
4. La disciplina dei «poteri speciali» e problemi di compatibilità con l'ordinamento comunitario.	177
5. I limiti all'autonoma determinazione del modello organizzativo nei più recenti interventi normativi.	184
6. Il «controllo analogo» negli affidamenti in house e la sua compatibilità con il modello della società per azioni.	201
7. L'eventuale controllo sulla gestione finanziaria di cui alla l. 259/1958.	210
8. L'evoluzione dell'istituto della responsabilità amministrativa tra gli orientamenti della giurisprudenza e i recenti interventi legislativi	215

- V -

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Sulla pretesa neutralità del modello societario. Profili di incongruenza derivanti dall'adozione delle s.p.a. per finalità pubbliche.	225
--	-----

BIBLIOGRAFIA	233
---------------------	------------

PREMESSA

1. L'incidenza dell'organizzazione sulla conformazione degli interessi fra modelli privatistici e pubblicistici.

Alla molteplicità delle soluzioni organizzative che si sono affermate per il perseguimento dei fini pubblici non sempre risponde un riscontro in termini di maggior funzionalità di un modello rispetto ad un altro.

Il crescente impiego dello strumento societario per finalità pubblicistiche sta conducendo ad un processo di standardizzazione dell'opzione organizzativa che non sempre si concilia con le caratteristiche delle funzioni di volta in volta demandate alla singola struttura.

Il più delle volte la soluzione viene prediletta in ragione delle sue potenzialità elusive dei vincoli di matrice pubblicistica e l'abuso tale di scelta ha finito per comportare un'inevitabile reazione che si è concretizzata nell'emersione di orientamenti funzionali o comunque ispirati da una logica sostanzialistica.

Le perplessità che si manifestano in ordine all'individuazione delle discipline applicabili sono strettamente correlate alla natura ibrida di tali organismi i quali riescono ad oscillare alternativamente fra le polarità del diritto pubblico e del diritto privato.

Concetti, questi, apprezzabili in ragione della loro capacità di evocare elementi che si pongono in un naturale rapporto di conflittualità: il pubblico rimanda all'idea del potere e del carattere unilaterale degli atti; il privato incarna, invece, un sistema fondato sulla consensualità che presuppone, almeno formalmente, una posizione di parità fra le parti.

Queste predisposizioni si riflettono sul versante organizzativo e aiutano a spiegare come il fenomeno intraprenda itinerari diversi a seconda del contesto pubblico o privato in cui si colloca.

L'organizzazione, modellandosi sull'interesse da curare, risente inevitabilmente della diversa natura che questo assume¹.

Il rapporto di funzionalità sussistente fra mezzo organizzativo e interesse da curare nel campo del diritto privato si muove su percorsi per molti versi standardizzati: la patrimonialità dell'interesse da curare e la base consensuale del rapporto riducono la problematica alla logica del conflitto di interessi.

Nel campo del diritto pubblico la vicenda è più articolata e risente della complessa dinamica che conduce all'emersione degli interessi e all'assunzione di rilevanza pubblicistica.

Anche nelle forme più evolute di organizzazione che sfociano in soggettività giuridica che assume un proprio interesse diverso da quello dei titolari dell'interesse esponenziato, la diversità degli interessi sottostanti sembra ostacolare la riconduzione del problema ad una logica unitaria.

Si cercherà quindi di dar conto delle specificità dei modelli pubblicistici e privatistici per verificare se sussistano o meno dei margini di convergenza fra le soluzioni offerte dai due rami dell'ordinamento.

L'indagine, tuttavia, non potrà incentrarsi sulla sconfinata gamma di variabili organizzative che si sono affermate nei due campi. Si adotterà pertanto una selezione per molti versi stipulativa ma che cercherà di dar conto dei modelli che presentino il maggior grado di caratterizzazione e che, al contempo, offrano dei maggiori spunti per un possibile raffronto.

In quest'ottica, dapprima, verranno esaminati gli enti pubblici che, seppur con molteplici sfaccettature e secondo itinerari non sempre uniformi, sono il fattore preponderante dell'espansione della sfera pubblica e, poi, si esamineranno le società per azioni, ossia quelle strutture organizzative che incarnano un'innata vocazione imprenditoriale.

Ci si soffermerà, quindi, sull'analisi delle società per azioni aventi connotati pubblici per verificare se la fisiologica anfibia derivante dalla

¹ Sul punto, v. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 1966, Milano, p. 113.

commistione degli elementi propri dei due modelli disegni un sistema in grado di veicolare efficacemente il retrostante interesse pubblico, ovvero, un sistema comunque coerente con la natura delle specifiche funzioni assolte.

L'ORGANIZZAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI NON TERRITORIALI

SOMMARIO: **1.** *L'amministrazione per enti. Pluralità dei modelli organizzativi e delle spiegazioni della dottrina.* **2.** *La tendenziale corrispondenza dei modelli organizzativi alla tipologia degli interessi tutelati.* **3.** *Gli assetti giuridici dei modelli organizzativi fra discipline speciali e tentativi di uniformazione del modello per via legislativa.* **4.** *I controlli interni nella disciplina del d.lgs. 286/99.* **5.** *Il sistema di contabilità degli enti pubblici e i controlli esterni.* **6.** *I controlli della Corte dei conti: il sistema dei controlli della legge n. 20/1994 e il controllo di cui alla legge n. 259/58.* **7.** *Una forma di controllo indiretto: la responsabilità amministrativa.*

1. L'amministrazione per enti. Pluralità dei modelli organizzativi e delle spiegazioni della dottrina.

Sebbene non manchino dei tentativi volti a far risalire le prime manifestazioni del fenomeno a esperienze assai lontane negli anni, è solo con l'avvento dello stato di polizia che si integrarono i presupposti necessari per operare degli utili accostamenti fra le figure più antiche e l'odierna conformazione degli enti pubblici².

² Per una ricostruzione sulla nascita e sviluppo dell'amministrazione per enti, v.: G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, 1991, Bologna, p. 23 ss.; B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di "ente pubblico" nell'esperienza italiana*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*; V. CERULLI IRELLI – G. MORBIDELLI (a cura di), Torino, 1994, p. 4 ss. Per un approfondimento specifico delle vicende ottocentesche, v. A. DE NITTO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche fra fine '800 ed inizi '900 in Itali. Alle origine del problema della "crisi dello*

Le forme di soggettività che hanno caratterizzato il periodo romano³, come pure le prime esperienze medievali⁴, pur presentando delle assonanze con le attuali forme di soggettività pubblica, mal si prestano a parallelismi troppo netti⁵. La ristrettezza delle funzioni allora assolte dallo Stato sembra infatti pregiudicare la fruibilità dei percorsi argomentativi volti a riscontrare un rapporto di continuità fra i diversi fenomeni che si sono susseguiti negli anni, che necessitano di rapportarsi alla diversa conformazione assunta dal «pubblico» nel corso degli anni⁶.

Con l'avvento dello stato di polizia, il mutamento di prospettiva dettato dal perseguimento del bene comune ha comportato un ampliamento della sfera di intervento dello Stato a cui ha fatto riscontro un corrispondente incremento delle figure deputate a tali scopi⁷.

Allo stadio iniziale del processo di affermazione del fenomeno, si manifestarono delle nuove forme di soggettività sviluppatesi sulla base delle organizzazioni corporative tardo medievali. Tali entità, operando in una

Stato», in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-83), p. 631 ss..

³ Sul punto, v. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, Torino, 1968, ove nonostante gli ampi riferimenti e le assonanze riscontrate con i fenomeni odierni, il tema viene prevalentemente affrontato per affermare la relatività storica delle nozioni giuridiche.

⁴ Sul punto, v. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari, 1970, p. 166, ove si rileva che «nello Stato patrimoniale gli istituti necessari al conseguimento di fini sociali, all'infuori delle limitate prestazioni effettuate dal principe, erano da conseguirsi dagli interessati mercè l'uso delle proprie forze». Per un'analisi sullo sviluppo delle corporazioni nel periodo tardo medioevale e sulla graduale attribuzione di compiti di natura politica fino alla loro progressiva evoluzione verso elementi costitutivi della comunità territoriale, v. WEBER, *Economia e società*, p. 73.

⁵ Così, G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 25

⁶ Sul punto, v. RANELLETTI, *Concetto di persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubb.*, 1916, I, p. 354, ove, rilevando che il problema della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private risulta posto solo dopo la metà del diciannovesimo secolo, si ricollegava una tale circostanza al problema della distinzione del «diritto obiettivo in pubblico e privato e l'ammissione del concetto della persona giuridica nell'uno e nell'altro ordinamento»

⁷ Per i caratteri essenziali dello Stato di polizia, v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, p. 22 ss.; ID., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, III, pp. 231. Per un approfondimento, cfr. pure BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, cit., p. 260; ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Torino, p. 259 ss.

posizione di più o meno marcata ingerenza da parte del sovrano⁸, venivano chiamate ad assolvere prevalentemente delle funzioni di polizia sulle attività professionali⁹.

Le attività oggetto di intervento erano però sottoposte ad una minuziosa regolamentazione statale e le forme di autonomia che venivano riconosciute avevano una portata circoscritta ai profili di carattere finanziario.

L'autonomia di bilancio di cui godevano tali entità assumeva il carattere di un privilegio di derivazione sovrana e, conseguentemente, mal si conciliava con i principi ispiratori delle esperienze rivoluzionarie che da lì a poco si sarebbero manifestate¹⁰.

Nel nuovo contesto ideologico dettato dall'emersione dei valori liberali si verificò un arretramento della sfera pubblica, considerato più funzionale allo sviluppo di un libero mercato. Le posizioni di autonomia fino ad allora riconosciute a tali entità furono soggette ad un inevitabile ridimensionamento che tuttavia non si spinse sino all'integrale soppressione

⁸ Cfr. RAVA', *Le associazioni sindacali riconosciute e il concetto di persona giuridica pubblica*, in *Studi in onore di Cammeo*, 1933, p. 358, che rinveniva nel processo di incorporazione nell'amministrazione statale il principale fattore che ostacolava l'individuazione di persone giuridiche pubbliche diverse dallo Stato. Sul punto, v. però CESARINI – SFORZA, *Per una storia dei rapporti tra lo Stato e le corporazioni*, in *Arch. St. corp.*, 1938, p. 4054, ove si rilevava che tale processo di assorbimento non sempre fu effettivamente realizzato.

⁹ Sul punto, v. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolamentazione dei rapporti economici*, in *La nuova Costituzione economica*, Padova, 1977, p. 39 che collega un tale fattore alla progressiva perdita di potere della classe mercantile.

¹⁰ Emblematica in tal senso l'esperienza francese. Sul punto v. l'organico processo di soppressione operato dalla legge *Le Chapelier* del 1791 che vietò ogni forma di associazione per la tutela di interessi comuni sul presupposto di una loro contrarietà ai principi di uguaglianza. Esplicita in tal senso anche la formulazione del testo provvisorio adottato dall'Assemblea costituente francese nel 1789, ove si affermava che «tutti i privilegi particolari delle province, dei principati, città, corpi e comunità, si pecuniari sia di ogni altra natura sono aboliti *sans retour* e restano confusi nei diritti di tutti i francesi». Il principio si trova poi ribadito nella Costituzione del 1848 ove all'art. 1 si afferma che «nessuna porzione di popolo può attribuirsi l'esercizio di sovranità». Sul punto, v. G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., da cui sono stati tratti i riferimenti indicati. Per un approfondimento v. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, I, *L'antico regime e la rivoluzione*, trad. it., Torino, 1968, p. 761 ss.; BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 431 ss.

di tali enti¹¹. Il processo di rivisitazione dell'assetto istituzionale, presupponendo l'eliminazione di ogni forma di privilegio, il più delle volte comportò solo un assorbimento nello Stato delle entità che avevano trovato una qualche forma di riconoscimento. In questo modo si assicurava il mantenimento delle rispettive porzioni di sovranità in capo alla titolarità statale e i vari enti esistenti assolvevano una più ampia funzione di rappresentanza dell'intera collettività nazionale.

Parallelamente a tale processo di incorporazione, si registrò, nondimeno, un progressivo incremento degli enti che incarnavano l'anima liberale della rivoluzione. Si trattava principalmente di ordini e camere professionali che, come espressione della nuova società borghese, trovarono modo di svilupparsi ed integrarsi nel nuovo contesto istituzionale.

Le profonde divergenze ancora esistenti in merito alla detenzione della ricchezza favorirono le prime contrapposizioni fra le classi sociali che, in un certo senso, furono favorite dall'emersione dei principi liberali. I detentori del potere economico, che riuscirono progressivamente ad imporsi con organizzazioni rappresentative degli interessi di categoria, ostacolavano ogni forma di aggregazione che potesse far fronte ai bisogni dell'emergente classe operaia.

Non a caso proprio verso la fine dell'800 si collocarono emblematiche discipline espressive di tale ambivalenza. L'interessamento mostrato per i fenomeni sociali sorti per iniziative dei singoli comportò un parziale ampliamento dei casi di riconoscimento di tali entità, ma si trattava di interventi che oscillavano fra tendenze volte, da un lato, al contenimento e, dall'altro, allo stimolo dei fenomeni aggregativi¹².

¹¹ V. ancora G. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 33, il quale rileva che «come era già avvenuto nello Stato assoluto, si registra una consistente distanza fra le enunciazioni normative di carattere generale e il diritto sostanziale»

¹² Così il Codice civile de 1865 all'art. 657 prevedeva la possibilità per i proprietari di istituire consorzi «al fine di provvedere all'esercizio, alla conservazione e alla difesa dei loro diritti» arrivando sino a prevedere delle forme di costituzione coattiva nell'eventualità in cui «i diritti comuni non fossero divisibili senza grave danno», (v. SALERNI, *La teoria generale dei consorzi amministrativi*, Roma, 1920). Per gli interventi sulle associazioni di usi civici la normativa fu alquanto contraddittoria in quanto la legge 24 giugno 1888, n.

Le discipline introdotte, infatti, erano prevalentemente volte ad assicurare che il loro sviluppo non si ponesse in aperto conflitto con gli indirizzi dell'autorità e, pertanto, la regolamentazione del fenomeno aveva carattere settoriale ed era sostanzialmente volta ad introdurre particolari forme di controllo o, più in generale, a garantire una razionalizzazione del modello organizzativo.

Ciò è avvenuto con riguardo agli organismi sorti per iniziativa dei gruppi sociali nei settori dell'assistenza e della previdenza, ove l'intervento statale assumeva un carattere prettamente residuale e la normativa si limitava ad introdurre un parziale controllo volto a regolamentare alcuni profili del caotico assetto organizzativo che caratterizzava tali enti¹³.

Se per gli istituti di credito la disciplina veniva delineata sulla falsariga degli enti assistenziali, garantendo però degli ampi margini all'autonomia statutaria¹⁴, per gli ordini professionali, la disciplina, pur

5489 abolì nelle province dell'ex Stato Pontificio le servitù esercitate dagli associati sui terreni altrui, mentre la legge 4 agosto 1894, n. 397, ha introdotto una disciplina dei domini collettivi che fu letta come un riconoscimento delle forme di associazionismo sviluppatosi in ambito agricolo al di fuori di un contesto normativo che le legittimasse. Per tali aspetti, cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, 1969, Milano, p. 180 ss.; FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 62, e più in particolare GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977, pp. 315 ss.. Per ulteriori interventi settoriali, cfr. la legge 6 luglio 1862, n. 680 che ha introdotto una disciplina delle «camere di commercio ed arti» che erano chiamate a rappresentare presso il Governo e per promuovere gli interessi commerciali ed industriali», ove il controllo di matrice statale si limitava all'approvazione dei regolamenti interni e ad alcuni profili di carattere finanziario fra cui la determinazione delle tasse imposte agli esercenti. Più in particolare, su quest'ultimo punto, v. STRAZZULLA, *Le camere di commercio e industria*, Città di Castello, 1916.

¹³ Sul punto, v. la legge 3 agosto 1862, n. 753 sulla disciplina delle opere pie che in ragione dell'elevata diffusione di tali istituti ha predisposto una disciplina volta alla regolamentazione dei profili dell'amministrazione, mentre nel caso specifico dei comuni, all'art. 29 ha previsto che le congregazioni di carità istituite presso gli stessi erano chiamate all'amministrazione «tutti i beni destinati genericamente a pro dei poveri in forza della legge». In tale contesto si inseriscono anche le casse mutue assistenziali create dallo Stato in favore dei suoi dipendenti: con legge 16 dicembre 1878, n. 4646 fu istituito il Monte pensioni per gli insegnanti elementari, il R.D. 7 aprile 1881, n. 134, ha provveduto all'istituzione della Cassa delle pensioni civili e militari a carico dello Stato, e il R.D. 8 luglio 1883, n. 1473 ha disciplinato la Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro. Per ulteriori riferimenti, v. G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 40, che ricollega l'intervento pubblico nelle attività assistenziali a più o meno esplicite intenzioni di contrasto ai monopoli ecclesiastici.

¹⁴ Cfr. la legge 15 luglio 1888, n. 5446 che operava un ampio rinvio alla disciplina statutaria prevedendo all'art. 18 che eventuali modifiche all'assetto determinato dagli statuti stessi dovessero essere operati «allontanandosi il meno possibile dalle intenzioni dei

premurandosi di dar conto della preesistenza del fenomeno alla sua istituzionalizzazione, ha finito per introdurre una compiuta regolamentazione dei poteri e dei meccanismi di nomina degli organi direttivi¹⁵.

Per le accademie culturali l'intervento normativo assunse, invece, un carattere più episodico e differenziato in ragione del settore di pertinenza dell'ente¹⁶. Così, talvolta si limitò ad imporre delle particolari modifiche statutarie¹⁷, mentre in altre occasioni si introdussero dei più penetranti meccanismi di nomina degli organi apicali finanche a prevedere la sottoposizione ad un generico atto di assenso per l'introduzioni di nuovi soci¹⁸.

L'espansione delle forme di soggettività collegate alla sfera pubblica non subì però un significativo incremento fino all'epoca giolittiana. La diversa consistenza assunta dal fenomeno in tale periodo è infatti apprezzabile sotto un duplice profilo.

Sotto un primo aspetto, si registra un ulteriore e significativo ampliamento della sfera di intervento statale che ha dispiegato i suoi effetti sia nell'ottica di un rafforzamento del carattere pubblico di enti già esistenti,

fondatori». Per un approfondimento, v. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., pp. 234 ss. Diversa la disciplina della Cassa depositi e prestiti, che figurava come unico organismo di diritto pubblico a struttura istituzionale creato nel periodo successivo all'unificazione (1863) che a seguito delle riforme adottate nel 1875 assunse la funzione di credito a lungo termine per le opere pubbliche degli enti locali.

¹⁵ A mero titolo esemplificativo, cfr. la legge 25 luglio 1975, n. 2786 volta a disciplinare l'ordine dei notai. Emblematica appare infatti l'enunciazione contenuta nell'art. 3 ove, a rimarcare la preesistenza del fenomeno all'opera di riconoscimento legislativo, si afferma che «in ogni distretto (...) vi è un collegio di notai»

¹⁶ Sul punto v. MAZZAROLLI, *L'autonomia delle università e delle accademie nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Amorth*, Milano, 1982, pp. 375 ss.

¹⁷ Così, ad esempio, lo statuto della Deputazione di Venezia (R.D. 20 febbraio 1908, n. 114, lasciava sostanzialmente intatti i poteri dell'assemblea dei soci a cui era rimessa la nomina del presidente e dei membri del consiglio.

¹⁸ Cfr. lo statuto della Deputazione Emiliana (R.D. 6 luglio 1962, n. 451) che prevedeva che l'elezione dei soci fosse sottoposta ad un sistema di approvazione sovrana (art. 8), operante, tra l'altro, anche nell'eventualità dell'attivazione di meccanismi sanzionatori contro i soci stessi (art. 12). Al Governo spettava inoltre la nomina del presidente su proposta della stessa Deputazione.

che nel contesto di operazioni di statalizzazione imposte ad interi settori dell'economia¹⁹.

Tuttavia, l'apporto più innovativo che s'inserisce in contesto storico non è apprezzabile in termini puramente quantitativi.

Le forme di soggettività riconducibili alla sfera pubblica si erano affermate sulla base di un lento processo di interazione fra un retrostante fenomeno sostanziale, sorto per autonoma iniziativa dei gruppi, e un più o meno esplicito atto di riconoscimento. In altri termini, fino ad allora i pubblici poteri si erano limitati a riconoscere e a disciplinare dei preesistenti fenomeni sociali, ma mai si erano spinti sino a creare autonomamente delle forme di soggettività accessorie all'amministrazione tradizionale.

Nell'epoca giolittiana, invece, si registra la prima emersione di organismi a struttura istituzionale, ossia di enti che non avevano trovato una legittimazione da un precostituito gruppo sociale.

Si tratta di un fenomeno che normalmente viene ricondotto alla creazione dell'Istituto nazionale delle assicurazioni. La legge 4 aprile 1912, n. 305, istitutiva dell'INA, infatti, mirava a costituire un ente pubblico strumentale alla realizzazione di un fine statale che potesse figurare come parte separata e al contempo integrante della pubblica amministrazione. L'obiettivo che si perseguiva era evidentemente quello di sottrarre l'organismo in questione dai vincoli allora esistenti per la pubblica amministrazione, vigenti soprattutto in materia finanziaria e contabile²⁰.

In tal modo, dunque, l'ente pubblico incominciò ad assumere la consistenza di una variabile organizzativa dell'amministrazione tradizionale

¹⁹ In tale periodo, non a caso, si registrano alcuni fra i più significativi interventi di incremento della sfera pubblica, sul punto, v. la legge 17 luglio 1890, n. 6972, ossia, la legge Crispi sulle istituzioni pubbliche e di assistenza; la legge 10 agosto 1893, n. 449, relativa all'istituzione della Banca d'Italia; la legge 26 luglio 1902, n. 245 che istituì l'Ente autonomo per l'acquedotto pugliese; La legge 12 febbraio 1903, n. 50, relativa al Consorzio autonomo del Porto di Genova; la legge 22 aprile 1905, n. 137, relativa all'Azienda autonoma ferrovie dello Stato; la legge 2 gennaio 1908, n. 5, relativa agli istituti autonomi per le case popolari.

²⁰ V. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 250; ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 47; CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, cit., p. 37.

e fu sempre più frequentemente utilizzato in connessione ai processi di ampliamento della sfera pubblica che seguirono nel tempo.

Di un tale atteggiamento si ebbe un primo riscontro nel periodo fascista ove il ricorso a varie forme di enti pubblici costituì il modo naturale in cui si è concretizzato l'ampliamento delle funzioni statali. Gli interessi settoriali che di volta in volta emergevano erano sempre più frequentemente affidati alla cura di singoli enti pubblici il cui personale venne progressivamente assimilato a quello statale²¹.

Contemporaneamente, per effetto dell'approccio statalista proprio del regime, le organizzazioni sociali che si erano progressivamente affermate furono soggette ad un imponente processo di statalizzazione che trovò poi un rinnovato vigore negli eventi che caratterizzarono gli anni '30.

Per effetto della crisi economica emerse, infatti, l'esigenza di predisporre una serie di interventi che potessero far fronte alle emergenze manifestatesi. Lo strumento prescelto per l'intervento nell'economia fu quello degli enti pubblici economici che, in ragione del trattamento più snello a cui erano sottoposti, assicuravano una maggior elasticità nella gestione della crisi²².

²¹ Il processo di progressiva assimilazione del rapporto di impiego del personale degli enti pubblici con quello statale iniziò con la legge 3 aprile 1926, n. 563. Emblematiche le esperienze di espansione connesse alle organizzazioni sindacali e alle associazioni che si svilupparono riproponendo il modello dei consorzi obbligatori. Per le prime v. la disciplina della legge 3 aprile 1926, n. 563, fra le quali furono inquadrati anche gli ordini professionali, lo stesso Partito nazionale fascista (legge 9 dicembre 1928, n. 2693) e anche le altre associazioni a questo affini. Per le seconde v. la legge 16 giugno 1927, n. 1132, relativa all'Associazione nazionale per il controllo della combustione; la legge 21 dicembre 1931, n. 1785 relativa all'Ente nazionale risi; il R.D.L. 11 dicembre 1933, n. 1699 per l'Ente zolfi italiano; il R.D. 13 giugno 1935, n. 1453, per l'Ente nazionale per la cellulosa e la carta; il R.D.L. 31 ottobre 1935, n. 2084, per l'Ente nazionale della moda; il R.D.L. 24 aprile 1937, n. 10571'Ente tessile nazionale. Per un approfondimento v. ancora GIANNINI, *op. ult.cit.*, p. 252 ss. e ROSSI, *Enti pubblici associativi*, Tra il 1925 e 1927 si poi provveduto a riorganizzare nella veste di enti pubblici uffici già presenti presso l'amministrazione statale. Sul punto, v. l'Amministrazione autonoma delle Poste e dei Telegrafi (D.L. 23 aprile 1925, n. 520); l'Azienda dei servizi telefonici di Stato (D.L. 14 giugno 1925 n. 884); l'Azienda di Stato delle foreste demaniali (D.L. 17 febbraio 1927, n. 324), l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (D.L. 8 dicembre 1927, n. 2258) e l'Azienda nazionale autonoma per le strade – ANAS (legge 17 maggio 1928, n. 1094).

²² In quest'ottica si colla l'istituzione dell'Istituto italiano (IMI) avvenuto con R.D.L. 13 novembre 1931, n. 1398 e dell'Istituto italiano per la ricostruzione (IRI), avvenuto con R.D.L. 23 gennaio 1933, n. 5

In conseguenza della vertiginosa espansione delle forme di soggettività pubblica gli altri enti furono invece sottoposti a delle più stringenti forme di controllo che trovarono attuazione con le leggi 19 gennaio 1939, n. 129 e 26 luglio 1939, n. 1037, introduttive di una particolare forma di controllo sul bilancio degli enti, con obbligo di presentazione al Ministro delle finanze e al Parlamento.

La caduta del regime fascista, non determinò un'analoga sorte dell'assetto organizzativo che ne era espressione. La consistenza numerica degli enti non subì alcun significativo ridimensionamento in quanto furono soppressi solo gli enti che più palesemente incarnavano la visione autoritaria del regime, mentre la maggior parte di questi fu semplicemente sottoposta ad un lento processo di adeguamento al mutato contesto istituzionale.

Le preoccupazioni derivanti dal costante incremento della spesa pubblica, peraltro già manifestatesi durante il regime, riuscirono comunque a trovare un esplicito riconoscimento nel testo costituzionale attraverso la previsione del controllo della Corte dei conti (art. 100) che, tuttavia, è stato attuato solo a distanza di poco più di un decennio mediante la legge 259/1958²³.

La percezione delle problematiche generate dall'eccessiva proliferazione degli enti trovava ormai riscontro nei primi interventi legislativi volti al contenimento del fenomeno²⁴.

Nel periodo compreso fra gli anni '60 e '70, l'espansione della sfera pubblica dettata dalle esigenze di ricostruzione non si caratterizzò tanto per il numero degli enti, quanto piuttosto per la loro rilevanza qualitativa apprezzabile sia sotto il profilo dimensionale che nell'ottica di una maggiore snellezza operativa.

²³ Nella medesima ottica si colloca la disposizione dell'art. 11 del D.L. lgt. C.p.S. 1944/778 che prescrive l'approvazione del Ministero vigilante, di concerto con quello del Tesoro, per i regolamenti organici degli enti.

²⁴ In tal senso, v.: la legge delega 11 marzo 1953, n. 150, poi rimasta senza seguito; la legge 4 dicembre 1956, n. 1404 sulla «soppressione e messa in liquidazione di enti di diritto pubblico». Tuttavia, come si può riscontrare dalla nota ricerca del CIRIEC, *Gli enti pubblici italiani*, Milano, 1972, p. 1033, i risultati furono piuttosto esigui, in quanto, a dieci anni dall'introduzione dell'intervento normativo furono soppressi solo 14 enti.

Risale infatti a questo periodo, tra l'altro, l'istituzione del Comitato Nazionale per l'Energia Nucleare (CNEN), avvenuta con legge 11 agosto 1960, n. 1265, dell'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL), recata dalla legge 6 dicembre 1962, n. 1643, dell'Ente Autonomo di Gestione per le Partecipazioni de Fondo di Finanziamento all'Industria Meccanica con d.P.R. 27 gennaio 1962, n. 38 e dell'Azienda di Stato per gli Interventi nel Mercato Agricolo (AIMA), disposta con legge 13 maggio 1966, n. 303.

Ciò nonostante, secondo i dati riportati nella nota indagine anagrafica condotta dal CIRIEC nei primi anni '70²⁵, gli enti pubblici in Italia erano ben 59.680. Tra questi, 12.902 figuravano come enti locali territoriali e 31.699, tra locali e centrali, erano enti di assistenza sociale. In ragione di una loro articolazione su base locale erano poi presenti alcune migliaia di ordini professionali.

Da lì in poi, l'esigenza di contenimento della numero degli enti, fino ad allora solamente avvertita, si fece più pressante. Ed infatti, è dagli anni '70 in poi che, seppur con scarso successo, furono avviate le più svariate iniziative volte alla loro soppressione²⁶. Dagli anni '70 agli anni '80, nonostante il consistente aumento della sfera pubblica, «non si è registrato il parallelismo nella dimensione quantitativa delle sue espressioni»²⁷.

A partire dagli anni '90, il fenomeno ha iniziato la sua fase discendente per l'affermazione del modello societario, dapprima utilizzato in sostituzione dell'ente pubblico economico e, poi, apprezzato come modello standard. Salvo alcuni interventi sporadici tesi a rispondere a delle esigenze di razionalizzazione dell'intero sistema degli enti pubblici, tutti gli

²⁵ CIRIEC, *Gli enti pubblici italiani*, cit., 1033.

²⁶ Sul punto v. la legge 20 marzo 1970, n. 75 ove prevedeva che fossero soppressi tutti gli enti pubblici al di fuori di quelli tassativamente indicati e non dichiarati "necessari allo sviluppo economico, sociale e culturale del paese" con apposito decreto. Tuttavia, la normativa fu per molti versi fallimentare perché furono soppressi solo 57 enti. Sul punto, v. CIRIEC, *Gli enti pubblici italiani*, cit., 1173; G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 57. Per una critica a questo tipo di approccio normativo v. già M. S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, Napoli 1970 (estr.), 43; D. SERRANI, *Il potere per enti*, Catania 1978; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 109.

²⁷ Letteralmente, G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 58.

interventi normativi che hanno investito il fenomeno, e che tutt'oggi continuano ad occuparsene, si sono caratterizzati per la volontà di un suo contenimento numerico.

L'atteggiamento assunto dalla dottrina al cospetto del fenomeno fu per lungo tempo influenzato dal concetto di sovranità e dal rapporto sussistente fra lo Stato e le strutture corporative. Il terreno su cui si confrontarono le diverse impostazioni dogmatiche fu essenzialmente quello della personalità giuridica, ma la tematica trovava una più ampia collocazione nella contrapposizione fra diritto pubblico e diritto privato²⁸.

L'opera di classificazione delle nozioni giuridiche operata dalla dottrina privatistica condizionò per molto tempo la percezione del fenomeno²⁹.

I primi approcci risentivano, infatti, della limitatezza degli strumenti del diritto romano di cui si avvaleva la pandettistica che difficilmente si prestavano ad un'immediata trasposizione in ambito pubblicistico. Invero, pur avvertendosi la diversa consistenza assunta dalla soggettività dello Stato³⁰, le ricostruzioni operate da tale scuola, concentrandosi sugli aspetti

²⁸ Per una oculata ricostruzione delle problematiche e delle diverse impostazioni dogmatiche, v. G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 62 ss.; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 1986. Sul punto, v. pure R. ORESTANO, "Il problema delle persone giuridiche" in *diritto romano*, Torino 1968; FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1915; RANELLETTI, *Concetto di persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubb.*, 1916, I, p. 354; GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche e dei corpi morali*, Firenze, 1889, vol. I; S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di una teoria dell'organizzazione*, in *Tratt. dir. amm.* diretto da G. SANTANIELLO, Padova 1996. Fra i contributi di teoria generale forniti dalla dottrina privatistica italiana, v. i lavori di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., 3, e la voce *Capacità*, dell'*Enc. dir.*, 1960, e ancora di T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Saggi*, cit., 130 e di F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 553.

²⁹ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., Torino, 1954. Per un'analisi sull'opera di Savigny, v. oltre ai contributi di A. MASSERA, *op.ult. cit.*; ORESTANO, *op. ult. cit.*, anche RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo de' Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny (1898)*, in *Scritti minori*, Milano, 1936; FIORAVANTI, *Savigny e la scienza di diritto pubblico del XIX secolo*, in *Quaderni fiorentini*, n. 9, Milano, 1980, pp. 319 ss.

³⁰ Sul punto, v. SAVIGNY, *op. ult. cit.*, p. 244, ove si rilevava che «non viene affatto a dirsi che le persone giuridiche realmente esistenti abbiano soltanto questo unico carattere o che

patrimoniali della personalità giuridica, finivano per enfatizzarne il carattere fittizio³¹.

Del resto, si trattava di un approccio in parte giustificato dal particolare periodo storico in cui si contestualizzava. L'imputazione della sovranità ad una soggettività distinta dal sovrano, infatti, avrebbe finito per mettere in discussione il rapporto di coincidenza tra la personalità di quest'ultimo con quella dello Stato³².

Il radicale mutamento di prospettiva fu frutto dell'elaborazione di matrice statalistica operata dalla dottrina tedesca³³.

Per la prima volta la personalità dello Stato, non solo veniva apertamente riconosciuta e sganciata dalla rilevanza puramente patrimoniale in cui era stata relegata dalla dottrina privatistica, ma assumeva l'indefettibile carattere di «premessa di ogni costruzione giuridica del diritto pubblico»³⁴.

Disconoscendo in partenza il carattere fittizio della personalità giuridica dello Stato, si poteva, dunque, operare una scissione dello Stato dalla personalità del sovrano cosicché la sovranità potesse imputarsi direttamente al primo in modo del tutto impersonale.

Per tale via, vennero poste le premesse per la dialettica fra le impostazioni statalistiche e quelle più affini ad un approccio pluralistico che segnò il dibattito intorno all'intera materia.

esso ne sia l'unico importante. Al contrario quella capacità presuppone sempre un qualche scopo per sé stante, differente da essa, il quale deve essere conseguito per mezzo della capacità giuridica patrimoniale, e che per se stesso è sempre molto più importante. Solo per il sistema del diritto privato tali persone non sono assolutamente altro che soggetti capaci di patrimonio, ed ogni altro loro carattere esce completamente dai confini di quello»

³¹ Affermava SAVIGNY, *op. ult. cit.*, p. 241 ss., che «è ai soli rapporti del diritto privato che può riferirsi l'artificiale capacità delle persone giuridiche» e sebbene si riteneva che «anche nel ramo del diritto pubblico nulla è più frequente del caso in cui un ramo del potere pubblico possa essere esercitato da più persone in comune, ossia da una "collettività"», si finiva per concludere che «l'essenza di quest'ultima è la capacità giuridica patrimoniale»

³² Questa l'analisi di GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it., Torino, 1943, p. 145. Sul punto, v. anche RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo de' Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny*, cit., pp. 21 ss.

³³ V. GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, Leibniz (1865), trad. it., Milano, 1971

³⁴ Letteralmente, GERBER, *op. cit.*, pp. 91 ss.

Anche le ricostruzioni ispirate da una logica pluralista proponevano un superamento del problema del carattere fittizio della personalità giuridica. Tuttavia, diversamente dalle impostazioni statalistiche, di cui si criticava la scarsa attenzione per i profili inerenti alla fonte del potere, tali ricostruzioni legavano la soggettività dello Stato al suo carattere di formazione sociale³⁵.

In particolare, nell'opera di Gierke la personalità giuridica dello Stato, al pari di ogni altro fenomeno associativo, trova una compiuta legittimazione dal retrostante corpo sociale.

Si poteva così affermare l'effettiva esistenza di organismi portatori di finalità che trascendono quelle dei singoli senza ricorrere alla teoria della finzione e, al contempo, si superavano le obiezioni mosse alle teorie di matrice statalistica che finivano per assumere il potere statale come postulato³⁶.

La sostanziale identità dei presupposti legittimanti l'esistenza del potere comporta un parziale ridimensionamento della posizione dello Stato che condivide con ogni altra persona collettiva il carattere di fenomeno associativo.

Così, anche ulteriori forme di soggettività potevano essere titolari di posizioni giuridiche proprie e distinte da quelle dei singoli membri del gruppo rappresentato, ed i profili di legittimazione al godimento dei diritti non venivano ancorati ad un atto di attribuzione dello Stato, ma ad un semplice riconoscimento che lasciava presupporre la preesistenza del fenomeno sostanziale.

Il rapporto che si veniva ad integrare fra formazione sociale e Stato non assumeva carattere antitetico, in quanto quest'ultimo era chiamato ad assolvere una funzione unificante fra la pluralità di fattispecie esistenti

³⁵ Fra le molteplici opere di v. GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, cit.; ID., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprengung*, Berlin, 1887; ID., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 voll., 1868, 1873, 1881, 1903.

³⁶ Questa fu infatti la critica dell'impostazione di GIERKE alla ricostruzione operata dal GERBER.

secondo delle variabili che di volta in volta potevano ispirarsi ai criteri dell'articolazione o dell'unità.

Il pregio di tale impostazione era quello di fornire una compiuta spiegazione dell'articolazione della sfera pubblica secondo una pluralità di modelli organizzativi distinti. La compresenza di rapporti di ingerenza ad intensità variabile rispecchiava le diverse esigenze emerse nell'esercizio della funzione unificante assoluta dallo Stato.

Le persone giuridiche esistenti potevano essere così ricondotte alla sfera pubblica o privata sulla base di un criterio di prevalenza degli elementi corporativi o istituzionali, in modo da rilevare la preponderanza degli elementi di diretta espressione del retrostante corpo sociale, ovvero di quelli eteronomamente espressi da un organismo superiore.

La distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private che conseguiva da una tale impostazione fu poi il presupposto da cui si svilupparono le ulteriori correnti dogmatiche, che, pur abbracciando un approccio ideologico diverso, non poterono prescindere dal contributo offerto da Gierke.

Le successive impostazioni, facendo leva sul concetto di autarchia³⁷, si orientarono verso una diversa giustificazione dei profili di legittimazione del potere. In questa prospettiva, il carattere delegato delle funzioni assolte dalle ulteriori forme di soggettività veniva, dunque, a legittimare degli interventi di natura sostitutiva da parte dello Stato che, pur non configurandosi come l'unica figura pubblicistica, finiva per essere considerato come la "fonte e la misura del pubblico"³⁸.

La natura pubblica delle figure giuridiche veniva quindi ricollegata alla tipologia dei fini perseguiti dalle singole forme di soggettività,

³⁷ Così, per LAMBAND, *Das staatrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, IV Voll., 1876-1882, I, pp. 98 ss, l'autarchia implicava la possibilità che lo Stato si sostituisse agli altri soggetti nell'esercizio delle funzioni a questi assegnate in considerazione del carattere delegato del potere che derivava integralmente dallo Stato.

³⁸ Così, ROSSI, *Enti pubblici*, cit. p. 78

operandosi così un rapporto di integrale corrispondenza fra fini statali perseguiti e natura pubblica dell'ente³⁹.

La c.d. teoria del fine, pertanto, fu ulteriormente sviluppata per conformarsi alle impostazioni di carattere pluralista. Ciò è avvenuto essenzialmente attraverso l'imputazione in capo agli enti pubblici di un doppio fine, uno proprio e uno statale, con un conseguente obbligo nei confronti dello Stato di perseguire il fine proprio. Il legame finalistico con lo Stato trovava riscontro nei reciproci rapporti di diritti e doveri, per cui l'associazione, assolvendo un dovere nei confronti dello stato, realizza un proprio interesse⁴⁰.

Anche le impostazioni ispirate da una logica statalistica finirono per riconoscere la titolarità di diritti di signoria in capo alle varie associazioni esistenti, sottolineandone però la natura derivata in contrapposizione alla posizione riconosciuta allo Stato che era l'unico titolare di un «diritto all'*imperium*». Conseguentemente, il rapporto che legava tali associazioni allo Stato era ricostruito in termini di «obbligo di servizio»⁴¹.

I successivi orientamenti dottrinari non si discostarono di molto dalle impostazioni fin qui descritte e finirono per oscillare fra tendenze

³⁹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II voll., Munchen-Leipzig, 1914-1917, secondo cui gli enti pubblici erano da considerarsi come delle parti della pubblica amministrazioni caratterizzati dal perseguimento di finalità particolari che fanno comunque riferimento ai fini assunti dallo Stato. Per una spiegazione dell'impostazione del MAYER, v. pure GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 1972, p. 179 ss.; MASSERA, *op. ult. cit.*, p. 72 ss.

⁴⁰ ROSIN, *Das recht der offentlichen Genossenschaft*, cit., p. 17ss., il quale affermava che «mentre l'associazione di diritto privato è autonoma nell'attuazione del suo scopo, l'associazione di diritto pubblico si collega allo Stato nel momento dell'adempimento de suo scopo; in breve è soggetto allo Stato nel conseguimento del suo scopo». Sul punto, v. ROSSI, *op.ult.cit.*, p. 79.

⁴¹ JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, trad. it., Milano, 1949, p. 195 ss. che con riferimento all'opera del Rosin rilevava che questi «col solo fatto di imporre un obbligo, di qualunque natura esso sia, non si crea un soggetto di diritto pubblico. Allorché lo Stato impone come obbligo ad una associazione l'adempimento di scopi sociali, esso certamente riconosce indirettamente questi come scopi ai quali dovrebbe esse stesso provvedere, o che perlomeno devono essere oggetto della sua attenzione. Con ciò, per altro, l'attività dell'associazione diretta a tali scopi non acquista per nulla carattere pubblico. Essa è un'attività pubblica nel senso del vantaggio generale; ma ciò non basta, perché un'attività può essere in generale caratterizzata con sicurezza come di diritto pubblico soltanto in considerazione dei mezzi che essa adopera, non degli scopi che persegue»

statalistiche e pluralistiche proponendo talvolta commistione dei profili afferenti all'una o all'altra impostazione ideologica⁴².

Nella dottrina amministrativistica si è potuta registrare una tendenziale prevalenza dell'impostazione statale volta a ricollegare la soggettività pubblica alla natura statale dell'interesse perseguito.

Tuttavia l'elemento finalistico è apparso sempre più evanescente e la dottrina si è progressivamente concentrata sull'analisi degli elementi caratterizzanti il rapporto con lo Stato.

Si riteneva infatti che «il criterio per la qualificazione di una persona giuridica come pubblica è dato da un duplice elemento: la destinazione dell'ente alla soddisfazione di fini pubblici, cioè ai fini dello Stato; e la costituzione di un rapporto fra lo Stato e l'ente, nel senso che lo Stato si avvalga dell'ente appunto per soddisfare i propri fini»⁴³.

Il rapporto con lo Stato, da elemento accessorio, oggetto di valutazione congiunta con il fine perseguito, ha quindi assunto un'importanza sempre maggiore fino ad assurgere, seppur con qualche contraddizione, ad unico parametro di individuazione del fenomeno⁴⁴.

⁴² Sul punto particolare la posizione di S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1930, ID., *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Scritti minori*, Milano 1950, p. 299 ss. Più nello specifico l'Autore pur mutuando dal Rosin la tesi del doppio fine, però la criticò nella parte in cui configurava l'obbligo verso lo Stato di adempiere i loro compiti. Per un'ulteriore impostazione volta a bilanciare le due impostazioni, v. O. RANELLETTI, *Il concetto di «pubblico» nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXXIX, 1905, p. 346, per il quale la realizzazione dello scopo proprio dell'ente volto a soddisfare bisogni collettivi di un gruppo di persone viene posta dallo Stato tra i suoi fini «in modo che gli scopi di quegli sono scopi propri anche dello Stato»

⁴³ Così, DONATI, *I caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche e la giurisdizione esclusiva dei tribunali amministrativi nelle controversie in materia di rapporto di impiego*, in *Temi Emiliana*, 1930, I, 1, p. 470 ss.

⁴⁴ Questa la visione di VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Francia e in Italia*, Modena, 1928, che riduceva il carattere pubblico dell'ente al profilo del controllo. Per GIROLA, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche*, in *Temi Emiliana*, 1930, I, p. 1399, pur qualificando il criterio del controllo come l'unico certo per stabilire la natura pubblica dell'ente, affermava che «la persona giuridica è pubblica quando è destinata a soddisfare interessi pubblici, vale a dire interessi che sono tra i fini dello Stato»

L'ente pubblico veniva quindi inteso come un figura «che si trova con lo Stato in un particolare rapporto di diritto pubblico» che comporta un «assoggettamento continuo e regolare alla potestà dello Stato»⁴⁵.

Le successive impostazioni dottrinarie hanno invece cercato di svincolarsi dal parametro del rapporto, facendo ricorso a diverse argomentazioni.

Si è così cercato di operare un primo disconoscimento del rapporto di coincidenza fra pubblico e statale avvalendosi di un concetto di pubblicità non statutale, ma riferibile alla Repubblica come «organizzazione globale della comunità nazionale che è presupposto e fondamento della stessa pubblicità statutale»⁴⁶.

Altra parte della dottrina ha optato per un approccio più articolato. Segnatamente, partendo dal presupposto che l'ordinamento può attribuire determinate potestà a varie forme di soggettività prescindendo dall'esistenza di un rapporto con lo Stato-persona, si è soffermata sulla diversa rilevanza da attribuire alle varie relazioni fra quest'ultimo e i singoli enti pubblici. In particolare, si rileva che «l'attività di un altro ente può essere soltanto rilevante per lo Stato, ossia l'ente può svolgere una sua propria attività e avere quindi una propria sfera d'interessi, però nel contempo deve avere un fine statale; o, infine, l'ente è titolare di un *munus* che è esclusivamente statale e perciò la sua attività è posta per intero al servizio dello Stato con la conseguenza che i suoi interessi sono altresì dello Stato, con cui coincidono senza residuo»⁴⁷.

Si tratta di un approccio per molti versi sintomatico della moltiplicazione delle forme di soggettività e dell'esistenza di una pluralità di variabili organizzative che difficilmente potrebbero essere sintetizzate secondo un unico itinerario argomentativo.

⁴⁵ MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 10 ss. e p. 72.

⁴⁶ NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. Stato*, 1977, p. 8 ss.

⁴⁷ Così, OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, 1959, Padova, p. 22.

Non a caso, anche la dottrina privatistica si è progressivamente preoccupata di dar conto della pluralità di tali formule ed è approdata all'elaborazione di una nozione di persone giuridiche di diritto singolare, assumendo che l'unico tratto unificante di tali forme di soggettività consista proprio nella prevalenza di profili specifici, derogatori rispetto al diritto comune⁴⁸.

Si tratta di un approccio che rispecchia le difficoltà di sintetizzare secondo un unico itinerario argomentativo l'eccessiva moltiplicazione di formule soggettive in vario modo legate alla sfera pubblica.

La progressiva scomparsa di tratti che consentano di attribuire consistenza caratterizzante al fenomeno è stata evidenziata anche dalla dottrina amministrativistica che, ponendo l'accento proprio sull'assenza di elementi sufficientemente omogenei, ha progressivamente spostato l'analisi su singoli gruppi di enti⁴⁹.

In tal modo, si è prediletto un approccio al fenomeno diversificato in ragione della pluralità dei modi di atteggiarsi del carattere pubblico dell'ente e si è preferito, quindi, operare una serie di classificazioni in ragione del rapporto intercorrente con lo Stato⁵⁰, ovvero, sulla base di altri parametri⁵¹.

Dopo questa fase di presa di coscienza dell'eterogeneità delle fattispecie astrattamente riconducibili al fenomeno, la dottrina, prendendo atto della pluralità degli effetti giuridici che discendono dalla riconducibilità

⁴⁸ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, p. 249; ID., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, 2, Padova, 1987, p. 113 ss.; SOPRANO, *Per uno studio sugli enti pubblici*, VIGNOLA, *La distinzione fra ente pubblico e privato nella più recente evoluzione dottrinarica*, in *Riv. amm.*, 1979, I, pp. 1 ss.

⁴⁹ Così, tra gli altri, v. D'ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 14; CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, cit., p. 108; SERRANI, *I poteri per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Catania, 1978, p. 9.

⁵⁰ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 189 ss.; BENVENUTI, *L'amministrazione indiretta*, cit.; ID., *Gli enti funzionali*, in *Arch. ISAP*, I, Milano, 1962, p. 746.

⁵¹ GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, cit., p. 259.

o meno alla figura degli enti pubblici, si è comunque sforzata di fornirne una definizione⁵².

La ricomposizione della fattispecie non poteva che avvenire secondo un approccio metodologico differente. Accantonata l'ipotesi di una definizione dell'ente pubblico come figura unitaria, tale dottrina si è, dunque, posta in una prospettiva d'indagine differente volta all'individuazione del «minimo comun denominatore» delle figure pubbliche.

Si è quindi constatato che, al di là delle possibili varianti, ogni figura pubblica si caratterizza per la presenza «di una valutazione da parte dell'ente territoriale nel senso della necessità dell'esistenza di tale figura, dal che deriva un rapporto con l'ente territoriale che assume carattere coesistente della natura pubblica»⁵³.

L'ente pubblico si qualifica così come l'ente la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale. Si tratta di una valutazione di necessità che non è rimandata ad un atto discrezionale degli amministratori, ma che necessita di manifestarsi con atto normativo.

⁵² Sul punto, v. ancora G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit.; ID., *Diritto amministrativo*, p. 249, ove si rileva che « La tesi che gli enti pubblici non avrebbero significativi tratti comuni non regge alla verifica di diritto positivo: vi sono varie leggi che fanno riferimento agli enti pubblici dettando specifiche discipline. Tali sono: a) le norme del codice civile che stabiliscono che i beni degli enti pubblici non territoriali, se destinati a un pubblico servizio, fanno parte del patrimonio indisponibile e non possono quindi essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi: artt. 828-830 cod. civ.; b) l'art. 2221 dello stesso codice che sottrae gli enti pubblici che esercitano attività commerciali dalle procedure del fallimento; c) l'art. 692 che consente la sostituzione fedecommissaria a favore di enti pubblici e gli artt. 2458 e 2459 che conferiscono alcuni privilegi, nella nomina degli amministratori, agli enti pubblici che hanno partecipazioni in S.p.A.; d) l'art. 316 bis del codice penale che punisce la malversazione a carico dello Stato o di enti pubblici; e) l'art. 1 n. 9 del d.l. 688/1985 che consente la cessione, per determinati fini, dei crediti vantati nei confronti di enti pubblici; f) quella che stabilisce la procedura coattiva per la riscossione delle entrate degli enti pubblici (r.d. n. 639/1910); g) la legge 2006/1939 che stabilisce l'inalienabilità degli atti e documenti degli enti pubblici.»

⁵³ Questa l'impostazione accolta da G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., e poi riproposta in *Diritto amministrativo*, Vol I, p. 252.

2. La tendenziale corrispondenza dei modelli organizzativi alla tipologia degli interessi tutelati.

Le tipologie di enti pubblici che si sono progressivamente affermate nella realtà sostanziale appaiono comunque suscettibili di una pluralità di criteri di classificazione al punto che la stessa nozione mostra un innegabile carattere prismatico tale da far sì che il fenomeno possa assumere connotati differenti a seconda del punto di fuga prospettico attraverso il quale lo si analizza⁵⁴.

Ai fini dell'indagine, i profili che meritano una maggior attenzione sono quelli attinenti al rapporto con l'ente territoriale di riferimento e al grado di autonomia di cui dispongono i singoli enti. Pertanto, si prenderanno prevalentemente in considerazione questi aspetti, trascurandone altri che, per quanto rilevanti, assumono un'importanza marginale in rapporto all'oggetto della presente analisi.

Così, ad esempio, le distinzioni in ordine alla tipologia e all'oggetto dell'attività, assunti come parametro distintivo da una parte della dottrina⁵⁵, verranno esaminati solo in ragione della loro capacità di riflettersi sul versante organizzativo.

E' questo il caso della distinzione fra enti previdenziali ed enti che non operano in tale settore, ove l'ambito operativo dell'attività dei singoli

⁵⁴ Come opportunamente rilevato da G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., p. 107, ognuna delle distinzioni può essere adottata, purché sia dotata di un'intrinseca coerenza e operi sulla base di parametri omogenei. Significative in tal senso le riserve espresse dall'Autore in ordine alla contrapposizione fra enti strumentali e di servizi operata da parte della dottrina (v. SERRANI, *I poteri per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, cit.) in quanto la prima classificazione, sostanzialmente, finisce per esprimere il rapporto con l'ente territoriale di riferimento mentre la seconda si riferisce all'oggetto dell'attività.

⁵⁵ GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema della partecipazioni statali, enti regionali*, cit., gli enti vengono sostanzialmente distinti in quattro categorie che gravitano intorno alla tipologia di funzione esercitata. Secondo l'Autore è quindi possibile individuare enti deputati all'esercizio di una funzione amministrativa, di una funzione normativa, di una funzione di servizi e di una funzione imprenditoriale.

enti viene assunto come parametro per l'assoggettamento a discipline di rango organizzativo differenziate⁵⁶.

Analogamente, i profili attinenti alla contrapposizione fra enti pubblici economici e non economici verranno esaminati in rapporto alle forme di autonomia e ai condizionamenti che possono derivare dall'imposizione o meno di un determinato assetto organizzativo interno⁵⁷.

L'analisi si soffermerà preliminarmente sul rapporto sussistente fra i vari enti pubblici e l'ente territoriale di riferimento e in secondo luogo si esaminerà, ove possibile, l'articolazione delle funzioni interne al modello, per poi verificare l'esistenza di particolari forme di controllo esterno. A fronte dell'indeterminata varietà di forme e di particolarismi che caratterizzano ogni figura (soprattutto per gli enti pubblici non economici), si è cercato più volte di intervenire a livello legislativo per conferire omogeneità ai profili che non possono intendersi come imprescindibili elementi di differenziazione fra gli stessi. Così, si sono registrati più interventi che, tendendo una funzione razionalizzatrice, hanno lasciato sostanzialmente immutata la disciplina delle funzioni e dei fini degli enti medesimi, introducendo, tuttavia, una prima disciplina unitaria per il personale (l. n. 29/1993), i controlli (l. n. 20/1994) e, in parte, la finanza (l. n. 94/1997)⁵⁸.

La molteplicità di variabili in cui possono articolarsi le forme di raccordo con l'ente territoriale di riferimento non sembrano riconducibili entro parametri dotati di un'effettiva consistenza caratterizzante.

Si tratta di rapporti sviluppatisi secondo schemi non sempre lineari che non di rado hanno finito per accordare prevalenza a formule speciali o

⁵⁶ Come si vedrà meglio in seguito, la distinzione fra enti operanti o meno nel settore previdenziale assume rilevanza per esclusione dall'ambito di applicazione del d.lgs. 419/1999.

⁵⁷ La riconducibilità alla categoria dell'ente pubblico economico assolve un ruolo strumentale alla delimitazione della disciplina inerente alla contabilità pubblica, mentre, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziale, sembra aver assunto un ruolo recessivo con riferimento alla questione della responsabilità amministrativa.

⁵⁸ Cfr. C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, I, cit., p. 306

comunque dedicate, che vengono complicate da una crescente commistione fra strumenti di rango organizzativo e procedimentale.

Funzioni di vigilanza, indirizzo e controllo si compendiano di strumenti specifici quali autorizzazioni, approvazioni, poteri di nomina, di designazione e di proposta, che sempre più spesso si accompagnano a non meglio definiti obblighi di coordinamento e di consultazione ovvero a generiche allusioni a intese e via dicendo.

Elementi, questi, che già sotto il profilo semantico esprimono una certa ambiguità di fondo che non rende di certo apprezzabile entro schemi univoci la gradazione dell'influenza che può essere in concreto esercitata sull'ente pubblico⁵⁹.

Anche se sarebbe opportuno scindere i meccanismi di raccordo che investono l'ente pubblico attraverso strumenti di rango organizzativo da quelli che operano sulla base di schemi essenzialmente procedimentali,

⁵⁹ Così, DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, p.254, evince l'esistenza di un rapporto di derivazione della funzione di vigilanza dalla direzione, mentre, AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1931, si spinge fino a far coincidere le due nozioni. Più diffuse le ricostruzioni che propongono un'identificazione della vigilanza con il controllo, sul punto, v.: BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica*, Milano, 1957, p. 207 ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, pp. 193 e 308 ss.; NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, cit., p. 98 ss.. Propende per una ricostruzione della vigilanza come figura autonoma, ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, 1984, che la qualifica in termini di «strumento col quale si tende ad assicurare l'interesse al mantenimento della visione integrata del fine pubblico e del ruolo degli uffici o soggetti, che ne promuovono l'esecuzione». Sul punto v. pure E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, p. 33 che, pur individuando l'esistenza di un'autonoma attività di indirizzo che si affianca a quella di direzione e vigilanza, con riferimento all'autonomia di indirizzo degli enti pubblici afferma che «non è possibile risolvere in termini omogenei il problema (...), perché non esiste una nozione di ente pubblico in generale, ma una serie di moduli positivi, ciascuna con propria struttura e funzione». Con riguardo alla nozione di autonomia, v. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, cit., p. 111, il quale rileva che la stessa «non esprime una singola posizione giuridica, né si esaurisce nei diversi concetti che derivano dalla sua ampia e multiforme qualificazione, ma si rileva come una formula organizzatoria complessa, che comincia a configurarsi allorché si verificano alcune condizioni minime (che la differenziano da altre posizioni giuridiche o formule organizzatorie) e che può essere tipizzata anche in rapporto a diversi gradi, a seconda del più o meno ampio concorrere dei suoi elementi costitutivi». Sul punto, v. anche GIANNINI, *Sostanze e modi delle autonomie nel diritto pubblico*, in *Studi Sassaesi*, 1970-1971, p. 63 ss. che evidenziando la molteplicità di forme dell'autonomia, afferma che la nozione appare «assai oscura». Su tali problematiche, v. anche G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit.; MARONGHIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1965; MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit.

l'operazione non sempre è possibile o utilmente praticabile, giacché la maggior parte delle volte i due aspetti si intrecciano vicendevolmente e le differenziazioni operate finiscono per rispondere a delle esigenze puramente descrittive.

Infatti, è pur sempre vero che l'organizzazione nel suo insieme non può prescindere da una considerazione unitaria di tali elementi, la cui sintesi esprime i tratti caratterizzanti di quel complesso di relazioni sistemiche che caratterizza una determinata organizzazione. La fitta trama delle relazioni che caratterizzano un dato modello organizzativo si realizza anche mediante strumenti procedimentali⁶⁰.

Si procederà quindi all'analisi congiunta dei due aspetti nella consapevolezza che, al di là delle diverse modalità con le quali si potrebbe attuare il collegamento con l'ente territoriale, non si può assumere in astratto alcun automatismo di sorta fra la natura dello strumento utilizzato e l'intensità del vincolo che questo può determinare. Così, anche attraverso l'ausilio di semplici strumenti di natura procedimentale, destinati ad operare attraverso la logica episodica del singolo atto, si potrebbero determinare condizionamenti ben più invasivi di quanto non potrebbe farsi attraverso più strutturati meccanismi di nomina dei componenti degli organi apicali dell'ente⁶¹.

Le difficoltà di un'analisi che si incentri sul riscontro degli strumenti di rango organizzativo si imbatte inevitabilmente con i rilievi già formulati dalla dottrina che ha rilevato che si tratta di parametri scarsamente utilizzabili al fine di una tipizzazione⁶².

Al di là delle costanti che possono presentarsi, l'ampia gamma di soluzioni organizzative prodotte consente di esprimere delle valutazioni

⁶⁰ NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit.

⁶¹ Sul punto, v. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980; G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., p. 228 ss.; BALOCCHI, *Nomine degli enti pubblici e controllo parlamentare*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 331; BARDUSCO, *Il controllo parlamentare sulle nomine governative negli enti pubblici*, cit., p. 106; ID., *Preferenza politica e requisiti di idoneità nella nomina governativa degli amministratori di enti pubblici*, in *Scritti in onore di Giannini*, III, Milano, 1988, pp. 124 ss.

⁶² G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 230 ss.

solamente tendenziali, e per molti versi approssimative, ma comunque espressive delle modalità con cui si è storicamente affermata la presenza degli interessi negli organi apicali degli enti.

I profili in esame sono il più delle volte legati alle modalità di affermazione dei relativi interessi e risentono della diversa influenza che ha avuto l'apparato pubblico sulla genesi degli enti.

In via di prima approssimazione, si può infatti rilevare che la relazione organizzativa tende ad atteggiarsi diversamente a seconda dell'esistenza o meno di un sottostante gruppo sociale organizzato. Così, si può assumere che questa tenderà ad affievolirsi ove gli enti siano esponenziali di determinati interessi di categoria che si già siano autonomamente affermati nel contesto sociale, mentre si dispiegherà con maggior intensità ove l'ente tragga origine da un'autonoma valutazione dell'ente territoriale di riferimento⁶³.

Nella prima ipotesi, gli enti sono nati per iniziativa di un determinato gruppo sociale organizzato, rappresentativo degli interessi di categoria. Fra il fenomeno sostanziale ed il dato normativo si viene a determinare un rapporto simbiotico per cui l'uno e l'altro sono reciprocamente influenzati. In tale ipotesi, si parla di enti pubblico-collettivi per accostare al carattere pubblico dell'ente la sua esponenzialità di interessi imputabili ad una organizzazione rappresentativa. Si tratta di una regolamentazione postuma di fenomeni che avevano già avuto un riscontro empirico nel corpo sociale di appartenenza. Pertanto, nonostante il riconoscimento della pubblicità dell'ente operato dalla norma, questa finisce per modificare sotto vari aspetti il fenomeno, ma non si spinge fino al punto di assorbirlo integralmente⁶⁴.

⁶³ Parte della dottrina, in proposito, contrappone gli *enti ad autonomia funzionale*, esponenziali di interessi di categoria, in genere nati per iniziativa stessa delle categorie, agli *enti strumentali*. Sul punto, v. CERULLI IRELLI, "Ente pubblico": *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, p. 84 ss. e da ultimo in *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 108 ss..

⁶⁴ Per l'analisi esaustiva del fenomeno v. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit. p. 221 ss.; ID., *Enti pubblici*, p. 135 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, p. 224. Come rileva l'Autore, l'utilizzazione della formula dell'ente pubblico è solo una delle varianti con le quali si sono realizzate forme di autoamministrazione all'interno della sfera pubblica. Sul

L'esistenza di un substrato sostanziale che non trae legittimazione dal riconoscimento operato dalla norma fa sì che lo Stato, pur potendo incidere sull'assetto organizzativo dell'ente, non potrà disporre della sua esistenza.

In ragione della rappresentività di interessi di categoria, i vari enti pubblico-collettivi tendono quindi a cristallizzarsi in modelli organizzativi che siano rispettosi del retrostante fenomeno sociale, prediligendo così la formula degli enti associativi o quella di enti a struttura rappresentativa.

I fenomeni in questione, il più delle volte si articolano sulla base di meccanismi a stampo elettorale in modo che la nomina dei componenti degli organi si conformi alla base sociale di appartenenza. I poteri di nomina vengono, dunque, normalmente filtrati dall'assemblea dei soci in cui confluiscono anche gran parte delle decisioni fondamentali inerenti la vita dell'ente.

In seguito all'intervento statale, e in relazione al riconoscimento del carattere pubblico e al conferimento di specifiche funzioni, la libertà di organizzazione dell'ente viene però sostanzialmente compressa, o attraverso un intervento nei procedimenti di nomina che può articolarsi in modo differenziato, ovvero, in modo ancora più invasivo, ossia prevedendo l'immissione diretta di rappresentanti dell'amministrazione negli organi dell'ente medesimo. Strumenti, questi, che quasi sempre si accompagnano a poteri di scioglimento degli organi volti a garantirne la funzionalità⁶⁵.

punto si deve infatti rilevare una recente tendenza a trasformare in tali tipologie di enti in enti privati di interesse pubblico, lasciando però sostanzialmente immutato l'assetto dei controlli. A titolo esemplificativo può essere citata l'evoluzione degli enti previdenziali di professionisti e la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 509/1994. Per un'analisi della vicenda in una prospettiva più ampia, v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., che collega l'essenza dei diversi sistemi istituzionali alle caratterizzazioni del rapporto che si instaura fra le manifestazioni della vita collettiva e l'ente territoriale di riferimento. Per un approfondimento in ordine alle forme di autoamministrazione dei gruppi nell'ambito della sfera pubblica, v. pure i contributi di TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974, p. 77 ss.; DI SABATARO, *Organizzazione amministrativa e democratica nell'ordinamento*, Milano, 1966; CAMELLI, *L'amministrazione per collegi*, cit.

⁶⁵ Vengono normalmente ricondotti nella categoria degli enti pubblici associativi gli ordini e i collegi professionali, il CONI e, seppur con qualche incertezza definitoria, le associazioni sportive. Come rileva la dottrina, «affini a queste figure sono quelle che

Vi possono essere però dei fattori che non consentono, o che rendono estremamente complicato, un sistema di rappresentanza diretta. In questi casi gli organi apicali dell'ente vengono determinati attraverso meccanismi di rappresentanza mediata, che si fondano sull'esistenza di organizzazioni retrostanti. I motivi che rendono necessario il ricorso a tale tipologia di enti, definiti a struttura rappresentativa, possono essere tra i più vari, quali ad esempio l'esistenza di una collettività estremamente ampia (ad esempio, la comunità dei lavoratori con riferimento all'INPS), il carattere esponenziale di una molteplicità di collettività organizzate (come avviene con le università)⁶⁶, o, ancora, l'inesistenza di una struttura associativa base⁶⁷.

A tali tipologie di enti vengono tradizionalmente contrapposti gli enti che traggono origine da un'autonoma valutazione dell'ente territoriale e che non rispondono ad alcuna collettività determinata e stabile di destinatari. Queste organizzazioni, specificatamente create per assolvere funzioni proprie dell'ente territoriale di riferimento, sorgono in alternativa ad uffici dell'organizzazione interna di quest'ultimo.

Secondo quanto affermato dalla dottrina, si verrebbe a realizzare una comunanza di interessi fra l'ente pubblico e l'ente territoriale di

possono denominarsi associazioni improprie, nelle quali pur mancando l'assemblea dei soci vi è un consiglio di delegati o un'assemblea di secondo grado (come avviene in alcuni enti previdenziali) oppure nelle quali i membri del gruppo interessato nominano direttamente, attraverso elezioni, i titolari degli organi amministrativi dell'ente (per esempio le camere di commercio, secondo norme per altro non attualmente in vigore)». Sul punto, ancora G. Rossi, *Gli enti pubblici*, cit., p. 143.

⁶⁶ G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., p. 228 ss.

⁶⁷ Per tale ultima evenienza si può rinviare all'esperienza degli istituti di patronato e di assistenza sociale, qualificati come enti pubblici, ed emanazione delle associazioni di lavoratori. Per un'approfondimento specifico, v. CAMMELLI – COSI, *Il sindacato nello Stato*, Roma, 1981; MAZZAROLLI, *L'autonomia delle università e delle accademie nella Costituzione italiana*, cit., p. 375 ss. Per un approfondimento sulle analoghe figure nell'ordinamento francese, v. ORSONI, *Les personnes publiques participatives non territoriales*, in *Rev. dr. public*, 1979, pp. 87 ss.

riferimento⁶⁸ in modo che il primo rientri nella piena disponibilità del secondo.

Parte della dottrina propende a qualificare tali enti come enti strumentali. Tuttavia, si tratta di una qualificazione che può assumere rilievo giuridico solo se apprezzata in rapporto alla nozione di enti pubblico-collettivi e, quindi, in relazione all'esistenza o meno di un gruppo sociale organizzato⁶⁹.

Detti enti tendono ad essere dotati di una struttura istituzionale, per cui la nomina dei membri interni viene rimessa all'organo politico dell'ente territoriale, o comunque a soggetti esterni agli enti stessi e che quindi soggiaceranno a più marcate forme di raccordo organizzativo.

La connessione che sussiste fra le categorie descritte e il modello organizzativo che potranno assumere va però intesa in termini meramente tendenziali.

Da un lato, esistono infatti degli enti che, pur riproducendo una struttura di stampo associativo, non sono collegati all'esistenza di fenomeno sostanziale preesistente al riconoscimento del carattere pubblico. In questi casi, il modello viene utilizzato come uno «stratagemma organizzativo» di cui i singoli o gli enti si avvalgono per dar vita ad un ente ulteriore. Mancando un gruppo sociale organizzato, queste ipotesi non possono essere ricondotte alla categoria sostanziale degli enti pubblico-collettivi e, pertanto, vengono più propriamente classificate come «pseudo-associazioni».

Specularmente, non può escludersi che in ragione di una tutela rafforzata degli interessi di un determinato gruppo sociale, ovvero, in relazione al rilievo della funzione conferita all'ente che originariamente aveva espresso un autonomo rilievo sostanziale, si conferisca struttura istituzionale ad enti che ne erano originariamente privi⁷⁰.

⁶⁸ OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, cit. Per la distinzione fra il concetto di strumentalità e quello di ausiliarità e del rapporto di servizio, v. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, cit., p. 72.

⁶⁹ Sul punto v. G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 112.

⁷⁰ Sul punto, v. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., 323, e da ultimo in *Diritto amministrativo*, cit., ove rileva che «pur nelle diverse valenze che queste formule

Proprio per tali ragioni, parte della dottrina, ha rilevato l'infondatezza del corollario che vuole far discendere un'integrale coincidenza fra la natura dell'ente e il grado di autonomia e subordinazione di cui questo dispone. Sebbene in termini tendenziali sia possibile riscontrare una rilevante connessione (e non coincidenza) fra il modello organizzativo prescelto e il grado di autonomia di cui dispone l'ente, si tratta di profili che sono da mettersi in «connessione al rapporto fra lo Stato e il gruppo sociale esponente e non alle caratteristiche organizzative dell'ente esponente e quindi del suo carattere associativo o istituzionale»⁷¹.

Fermi restando i profili di tendenziale corrispondenza fra il fenomeno sociale e il modello organizzativo in cui questo si concretizza, occorre però rilevare che ognuna delle soluzioni organizzative ha risentito dei numerosi tentativi di riforma del complessivo assetto istituzionale.

Ispirandosi a politiche non sempre coerenti ed abbracciando dei criteri non sempre omogenei, il legislatore, nel tentativo di ridisegnare il complessivo assetto dei poteri dello Stato, ha canalizzato proprio in tale ambito i principali sforzi di ridimensionamento della sfera pubblica.

contengono, può dirsi infatti che le accomuna l'essere tutte destinate ad una tutela rafforzata degli interessi del gruppo; ciò spiega come il carattere pubblico sia stato per lo più attribuito a questi enti su richiesta delle categorie interessate e come queste richiedano la permanenza di tratti pubblicistici anche quando siano interessate da processi di privatizzazione. La natura di formazione sociale che questi enti mantengono anche dopo la qualificazione pubblicistica operata dalla norma, fa sì che permanga la garanzia costituzionale della loro esistenza, con la conseguenza che la norma può, certo, privatizzarli ma non sopprimerli» Si rileva quindi che «il legislatore ha percepito questo problema quando, nel disporre, con d.p.r. 616/1977, il trasferimento delle competenze agli enti locali, ha escluso dalla soppressione gli enti associativi disponendone la trasformazione in enti privati a seguito di determinate procedure, ma non ha compreso in tale previsione gli enti esponenti di gruppi che non avevano struttura associativa ritenendo erroneamente che solo gli enti associativi, potessero essere esponenti di formazioni sociali e che di quelli istituzionali il legislatore potesse disporre del tutto discrezionalmente. La Corte Costituzionale nella sentenza sulle IPAB (396/1988) ha risolto il problema dichiarando incostituzionale la legge Crispi del 1901 che le aveva pubblicizzate». Sul tema v. anche; M.L. SCHIAVANO, *Pubblico e privato negli enti pubblici associativi. Il caso della SIAE, Problemi di diritto interno e profili comparatistici*, Padova 1997; A. BARDUSCO, *Costituzione italiana ed enti pubblici*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di) *Ente pubblico*, cit., 122; J.M. DIAZ LEMA, *Tienen derechos fundamentales las personas juridico - publicas?* in *Rev. adm. publ.* 1989, n. 120, 79.

⁷¹ G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit. p. 135 ss.

I numerosi interventi legislativi che si sono susseguiti nel tempo, tuttavia, non hanno portato a soluzioni effettivamente appaganti.

Gli interventi che hanno inciso sull'assetto organizzativo degli enti pubblici, il più delle volte introdotti in complesse discipline volte alla loro soppressione o trasformazione in soggettività formalmente private, sembrano oscillare fra due opposte polarità.

In ragione di più o meno evidenti specificità attinenti all'interesse da curare, le diverse discipline si sono, infatti, alternativamente ispirate ai contrapposti criteri dell'omogeneizzazione e differenziazione della regolamentazione del fenomeno.

Si tratta di interventi che talora hanno comportato l'introduzione per via legislativa di nuove categorie di enti, altre volte hanno cercato di individuare categorie di enti da accomunare per determinati aspetti, e (più raramente) hanno comportato una regolamentazione di più ampio respiro volta ad avere un'applicazione quasi generalizzata.

Verranno pertanto esaminati gli strumenti di raccordo che, in ragione della diversa regolamentazione offerta dagli interventi legislativi, hanno caratterizzato il sistema istituzionale degli enti pubblici a partire dagli anni '70 fino ai giorni nostri. Si procederà così all'esame delle discipline volte ad avere un'applicazione tendenzialmente generalizzata, integrando l'analisi, per quanto possibile, con la regolamentazione di tipo settoriale e dedicata a singole categorie di enti.

3. Gli assetti giuridici dei modelli organizzativi fra discipline speciali e tentativi di uniformazione del modello per via legislativa.

Tra i primi interventi che si collocano in quest'ottica, la legge 20 marzo 1975, n. 70, ovvero, la c.d. legge sul «parastato»⁷², rappresenta uno

⁷² L'espressione è entrata nel lessico comune soprattutto per l'opera della dottrina fino a interessare anche il legislatore. Sul punto v. U. FORTI, *Enti parastatali*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, 311, ove si rileva che «la formula ha avuto successo nel campo legislativo ed è stata più volte adottata in leggi e regolamenti, di solito nell'intento di

dei primi tentativi volti a supplire il disorganico quadro normativo che da sempre ha caratterizzato la materia.

Sebbene la normativa appaia prevalentemente orientata alla regolamentazione del personale degli enti pubblici non economici e alla soppressione dei c.d. enti inutili, l'ampiezza dell'intervento ha condotto anche ad una significativa omogeneizzazione della disciplina afferente al rapporto sussistente con l'ente territoriale.

L'ambito di applicazione della normativa risulta però estremamente eterogeneo in quanto viene dettata una disciplina uniforme per figure che non presentano delle effettive caratteristiche comuni. Si tratta, del resto, di figure che apparivano ontologicamente distinte già nell'originario disegno di riforma. La situazione è stata poi complicata dal riconoscimento in capo al Governo del potere di incidere sull'assoggettamento o meno alla relativa disciplina e dai successivi interventi normativi che, sulla base di parametri sostanzialmente arbitrari, ne hanno ampliato o ristretto l'ambito di applicazione palesando l'assenza di un'effettiva ragione unificante.

La categoria di enti in esame, per quanto possa apparire priva di un consistente spessore dogmatico, assume comunque rilievo in ragione dell'esplicito riconoscimento operato in via legislativa che muove proprio dall'esigenza di arginare la frammentazione del quadro normativo di riferimento. Emerge quindi una categoria di enti che, come meglio specificato nel prosieguo, non di rado viene assunta quale parametro di riferimento per l'assoggettamento ad ulteriori discipline, ma che, per i fini che qui più direttamente interessano, consente di individuare alcuni profili di uniformità direttamente imposti dalla stessa legge 20 marzo 1975, n. 70.

elencare in modo esauriente le varie categorie di persone giuridiche, analogamente a quanto si era fatto con il decreto del 1924 e con analoghe formule, ma talvolta anche allo scopo di definire la natura di un ente, intento che non può dirsi raggiunto se la formula usata è, a sua volta, di molto incerto significato. Ed è probabile che nello stesso senso sia usata un'altra formula ancor meno felice di "enti semistatali" che ha fatto anch'essa un'inattesa e timida apparizione nella nostra terminologia legislativa».

Tralasciando gli aspetti relativi al trattamento economico del personale che, come detto, rappresentano il corpo centrale della normativa⁷³, i profili più significativi che meritano di essere evidenziati in questa sede si sostanziano nell'adozione di una disciplina omogenea per quanto concerne le procedure di nomina, revoca e conferma degli amministratori. Si tratta di una disciplina che, pur sancendo una regolamentazione sostanzialmente uniforme per tutti gli enti interessati dal provvedimento, finisce per accordare ampi margini alla normativa specifica riguardante i singoli enti.

L'art. 33 della legge 20 marzo 1975, n. 70, infatti, afferma che «quando la nomina dei presidenti e dei membri dei consigli di amministrazione degli enti pubblici previsti nella presente legge rientra nella competenza dei Ministri e del Consiglio dei Ministri, di essa deve essere data comunicazione ufficiale alle Camere contenente l'esposizione dei motivi che giustificano la scelta e una biografia delle persone proposte con l'indicazione degli altri incarichi che eventualmente abbiano ricoperto o ricoprono».

La norma in esame, quindi, pur salvaguardando le specificità dei singoli enti, finisce per definirne in termini omogenei i meccanismi di nomina degli organi apicali, riconoscendone il potere in capo al Ministero vigilante e sancendo, al contempo, un obbligo di comunicazione della nomina alle camere per far sì che queste possano esercitare il consueto controllo politico.

Il raccordo diretto fra l'ente territoriale e l'ente pubblico che si instaura per effetto dell'allocazione del potere di nomina in capo al primo si accompagna poi a ben definiti poteri di scioglimento degli organi. L'art. 29 della medesima legge, invero, riconosce o un potere di scioglimento degli organi del consiglio di amministrazione dell'ente che potrà essere esercitato direttamente dal Ministero vigilante, ovvero, nell'eventualità in cui la

⁷³ Sul punto, v. CARDI, *Diritti sindacali e potestà organizzativa degli enti pubblici nella legge sul «parastato»*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, II, pp. 839 ss.; COSTANZA, *Riordinamento degli enti pubblici e statuto dei lavoratori*, in *Riv. soc.*, 1977, II, pp. 1407 ss.

competenza in materia trovi una diversa collocazione, un semplice potere di proposta in ordine allo scioglimento.

Si tratta di un potere che non si accompagna a puntuali obblighi di comunicazione volti ad assolvere una funzione strumentale all'esercizio di un corrispondente controllo politico, ma che è subordinato alla ricorrenza di specifici presupposti che si sostanziano in gravi e ripetute inosservanze delle disposizioni attinenti ai meccanismi di controllo previsti dal medesimo articolo con riferimento alle delibere degli enti.

Nel definire le procedure di controllo sugli atti degli enti, l'art. 29 stabilisce infatti che «le delibere con cui gli enti adottano o modificano il regolamento organico, definiscono o modificano la consistenza organica di ciascuna qualifica, il numero dei dirigenti degli uffici e degli addetti agli uffici stessi, sono rimesse a mezzo di raccomandata per l'approvazione al Ministero cui compete la vigilanza sull'ente e al Ministero del tesoro. Alla stessa approvazione sono soggette le delibere con le quali si provvede ad aumentare o modificare gli stanziamenti relativi a spese generali e di personale in conformità degli accordi sindacali approvati dal Governo»

Secondo il meccanismo di controllo indicato dal medesimo art. 29 «entro novanta giorni dalla data in cui la deliberazione risulta pervenuta, il Ministro cui compete la vigilanza, di concerto con il Ministro per il tesoro, l'approva o la restituisce all'ente con motivati rilievi per il riesame da parte dell'organo deliberante.

Trascorso il termine di novanta giorni dalla trasmissione dei rilievi che «sono comunicati, per conoscenza, anche al presidente dell'organo interno di controllo dell'ente» la delibera non restituita diventa esecutiva. Si specifica inoltre che «le delibere diventano comunque esecutive, qualora, nonostante i rilievi, siano motivatamente confermate con nuova deliberazione degli organi amministrativi dell'ente, sempreché i rilievi mossi non attengano a vizi di legittimità e alla consistenza degli organici».

Ulteriori forme di controllo sono legate agli aspetti attinenti alla gestione finanziaria e contabili. In tal senso, l'art. 30 stabilisce che «gli enti

disciplinati dalla presente legge sono tenuti ogni anno a compilare un bilancio di previsione ed un conto consuntivo, secondo norme uniformi di classificazione delle entrate e delle spese, da emanarsi con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per il tesoro, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge».

Trascorso il termine di dieci giorni dalla delibera di approvazione, ciascun ente deve provvedere alla trasmissione al Ministero vigilante e al Ministero del tesoro del bilancio di previsione con allegata la pianta organica vigente comprendente la consistenza numerica del personale di ciascuna qualifica.

Si specifica inoltre che «ogni anno entro il 31 del mese di luglio, ciascun Ministero trasmette al Parlamento una relazione sull'attività svolta, sui bilanci di previsione e sulla consistenza degli organici degli enti sottoposti alla sua vigilanza con allegati i bilanci di previsione stessi e le relative piante organiche e i conti consuntivi dell'esercizio precedente».

Di particolare importanza, infine, la previsione esplicita, contenuta nell'ambito dell'art. 30, che stabilisce che «tutti gli enti disciplinati dalla presente legge sono sottoposti al controllo della Corte dei conti, secondo le norme contenute nella legge 21 marzo 1958, n. 259».

Per risolvere i problemi sollevati in ordine alla compatibilità del sistema istituzionale con l'assetto derivante dall'art. 95 della Costituzione, il legislatore, con la legge n. 14 del 1978, ha introdotto un «controllo parlamentare sulle nomine negli enti pubblici» che è andato a modificare la disciplina dettata dall'art. 33, della legge 20 marzo 1975, n. 70.

In realtà, più che un controllo, la disciplina in esame finisce per introdurre una sorta di parere preventivo che necessita di essere richiesto alle commissioni parlamentari competenti per materia delle due camere per le nomine inerenti la figura di presidente o di vice presidente dell'ente. La richiesta deve contenere l'esposizione della procedura seguita per giungere alla indicazione della candidatura, dei motivi che la giustificano secondo

criteri di capacità professionale e degli eventuali incarichi precedentemente svolti o in corso di svolgimento, in relazione ai fini ed agli indirizzi che si intendono perseguire nell'ente (artt. 1, 2 e 3).

Differentemente, per gli amministratori diversi dal presidente o dal vicepresidente la procedura si riduce ad una semplice comunicazione alle camere che però riveste contenuto analogo alla citata richiesta di parere (art. 9, legge 14/1978).

Il presidente e il vicepresidente sono poi nominati con decreto del Presidente della Repubblica emanato su proposta del Presidente del Consiglio previa deliberazione del Consiglio dei ministri adottata su proposta del ministro competente secondo le procedure ora definite dall'art. 3, legge n. 400/1988.

Lo sforzo di conferire un minimo di omogeneità all'assetto degli enti pubblici non ha comunque condotto ai risultati attesi⁷⁴.

Le critiche mosse agli interventi indicati, sia nel senso di un'eccessiva omogeneizzazione di fattispecie assai diverse, che nel senso opposto, in ragione dell'arbitrarietà dei criteri selettivi adottati, ha disegnato un quadro istituzionale per molti versi incerto che si è trascinato per molti anni.

La progressiva emersione di discipline derogatorie e speciali ha infatti per lungo tempo indotto il legislatore ad accantonare progetti di riforma di ampio respiro per prediligere un intervento di carattere episodico, dettato da esigenze contingenti che di volta in volta si manifestavano con riferimento al singolo ente pubblico.

La legislazione seguente ha quindi contribuito ad accrescere la complessità della materia, al punto che per i successivi interventi ad ampio raggio bisognerà attendere il processo di riforma avviatosi agli inizi degli anni novanta.

⁷⁴ Tra gli ulteriori interventi che riposano su una logica di ampio respiro, va segnalata l'introduzione nel sistema di programmazione finanziaria il riferimento al settore pubblico allargato con la legge 5 agosto 1978, n. 468. Mentre con la legge 29 ottobre 1984, n. 720 si è provveduto ad istituire un sistema di tesoreria unica per gran parte degli enti pubblici.

Le ragioni che hanno animato le iniziative legislative che si collocano in tale periodo sono molteplici e i diversi interventi normativi lasciano trasparire la diversa base ideologica da cui muovono.

I primi disegni organici di intervento si sono prevalentemente concentrati sugli enti pubblici economici, avviandone il processo di privatizzazione sia formale che sostanziale⁷⁵. Altri interventi, invece, hanno avuto un carattere più settoriale, come ad esempio quelli volti al riordino del settore previdenziale e assistenziale, attuati con il d.lgs. 30 giugno 1994, n. 479.

In un contesto più ampio si iscrive la legge 15 marzo 1997, n. 59, che delegava il governo a «riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dall'assistenza e previdenza, nonché gli enti privati, controllati direttamente o indirettamente dallo Stato, che operano, anche all'estero nella promozione e nel sostegno pubblico al sistema produttivo nazionale».

Differentemente dai precedenti interventi normativi, animati in misura prevalente dagli evidenti obiettivi di contenimento della spesa pubblica, la manovra in esame aspirava ad una più immediata razionalizzazione dell'intero sistema istituzionale⁷⁶.

⁷⁵ V. *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P.G. MARCHETTI, Milano, 1995, e nei volumi di F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996, ID., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001; si veda anche R. WEIGMANN, *Dall'intervento dello Stato nelle imprese alle privatizzazioni*, in *Privatizzazioni e regioni*, a cura di V. BUONOCORE e G. RACUGNO, Milano, 2003, p. 17 ss. Per un bilancio, C. SCOGNAMIGLIO, *Le privatizzazioni in Italia a dieci anni dall'avvio della riforma*, in *Economia italiana*, 2001, n. 1, p. 19 ss. Più recentemente, v. i contributi pubblicati in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, a cura di M. CAMMELLI e G. SCIULLO, Rimini, 2004. Per un'analisi sulle motivazioni che hanno indotto ad avviare il processo di privatizzazione v. F. CAVAZZUTI, *Privatizzazioni imprenditori e mercati*, Bologna, 1996, p. 15 ss. e, più recentemente, M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, p. 100.

⁷⁶ Sul punto cfr. l'art. 14, comma 1, lett. b, della legge 15 marzo 1997, n. 59 ove tra i criteri direttivi imposti al Governo si individua la «trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico nonché di altri enti per il cui funzionamento non é necessaria la personalità di diritto pubblico; trasformazione in ente pubblico economico o in società di diritto privato di enti ad alto indice di autonomia finanziaria; per i casi di cui alla presente lettera il Governo é tenuto a presentare contestuale piano di utilizzo del personale ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera s), in carico ai suddetti enti»

Sulla base della predetta delega sono state quindi adottate una serie di misure di riordino del sistema che, tuttavia, non hanno avuto un impatto di carattere generalizzato⁷⁷. Per questo motivo, sulla base della medesima delega contenuta nell'ambito degli artt. 11 e 14, della legge 15 marzo 1997, n. 59 è stato quindi emanato il d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 419, volto, come noto, al riordino degli enti pubblici nazionali diversi dagli enti previdenziali⁷⁸.

Dall'ambito di applicazione del decreto sono espressamente escluse le istituzioni di diritto privato e le società per azioni controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nella promozione e nel sostegno pubblico al sistema produttivo nazionale, mentre per gli enti di ricerca si

⁷⁷ Per le misure di razionalizzazione che hanno inciso sull'assetto organizzativo degli enti esistenti senza comportarne una modificazione della natura giuridica v. Decreto Legislativo 29 ottobre 1999, n. 540, "Riordino delle stazioni sperimentali per l'industria"; Decreto Legislativo 30 luglio 1999, n. 284, "Riordino della Cassa depositi e prestiti"; Decreto Legislativo 20 luglio 1999, n. 258, "Riordino del Centro europeo dell'educazione, della biblioteca di documentazione pedagogica"; Decreto Legislativo 23 luglio 1999, n. 242, "Riordino del Comitato olimpico nazionale italiano - CONI"; Decreto Legislativo 30 gennaio 1999, n. 36, "Riordino dell'Ente per le nuove tecnologie, l'energia e l'ambiente - ENEA"; Decreto Legislativo 30 gennaio 1999, n. 27, "Riordino dell'Agenzia spaziale italiana - A.S.I."; Decreto Legislativo 30 gennaio 1999, n. 19, "Riordino del Consiglio nazionale delle ricerche". Per le misure che hanno comportato una trasformazione dell'ente in fondazione, v. Decreto legislativo 18 novembre 1997, n. 426, "Trasformazione dell'ente pubblico «Centro sperimentale di cinematografia» nella Fondazione «Scuola nazionale di cinema»; decreto legislativo 29 gennaio 1998, n. 20, Trasformazione in Fondazione dell'ente pubblico «Istituto nazionale per il dramma antico»; Decreto Legislativo 20 luglio 1999, n. 258, "Trasformazione in Fondazione del museo nazionale della scienza e della tecnica «Leonardo da Vinci», a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59". Per le trasformazioni che hanno comportato l'assunzione della veste societaria v. il Decreto Legislativo 20 ottobre 1999, n. 442 "Trasformazione dell'ente autonomo "Mostra d'oltremare e del lavoro italiano nel Mondo" in società per azioni"; Decreto Legislativo 17 agosto 1999, n. 304, "Trasformazione dell'Ente autonomo esposizione universale di Roma in società per azioni"; Decreto Legislativo 11 maggio 1999, n. 141, "Trasformazione dell'Ente autonomo acquedotto pugliese in società per azioni"; Decreto Legislativo 21 aprile 1999, n. 116, "Riordino dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ai fini della sua trasformazione in società per azioni". Più limitati, invece, gli interventi che hanno comportato una trasformazione in associazione, sul punto v. Decreto Legislativo 30 luglio 1999, n. 285, "Riordino del Centro di formazione studi (Formez)". Per una recente analisi del processo di trasformazione degli enti pubblici v. E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, 2004. Sul punto cfr. anche G. NAPOLITANO, *Gli enti pubblici: disegni di riforma e nuove epifanie*, relazione al Convegno di studi su "La riforma dell'amministrazione centrale", Università degli studi della Tuscia, Viterbo, 2 dicembre 2004.

⁷⁸ Per un commento al d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 419, v. E. FRENI, *la complessa riforma degli enti pubblici nazionali tra nuovi e vecchi modelli*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2000, p. 535 ss.

prevede un'applicabilità limitata ai profili non in conflitto con la disciplina sancita nel d.lgs. 5 giugno 1998, n. 204 e ai decreti legislativi di cui all'art. 18, della legge 15 marzo 1997, n. 59. Le disposizioni trovano invece un'applicazione facoltativa per gli enti pubblici economici, per gli enti parco e gli enti pubblici nazionali la cui organizzazione sia stata disciplinata con gli ulteriori decreti legislativi adottati in attuazione della legge n. 59 del 1997. Si tratta di una limitazione che può essere agevolmente giustificata, oltre che in ragione della disciplina appositamente dedicata a tali tipologie di enti, anche in funzione della necessità di salvaguardare le particolari esigenze organizzative che si collegano alla natura economica dell'attività esercitata⁷⁹.

Tra le norme ad applicazione generalizzata contenute nel citato d.lgs. 419 del 1999, l'art. 13 è quella che, ai fini della presente indagine, riveste una maggiore importanza.

La disposizione in esame disegna infatti una più chiara definizione delle competenze dei singoli organi dell'ente regolando in modo sostanzialmente omogeneo i rapporti con il ministero vigilante.

Secondo il meccanismo utilizzato dal citato provvedimento in esame le innovazioni apportate all'originario modello organizzativo necessitano di essere filtrate da una conforme modificazione dello statuto dell'ente. Le amministrazioni dello Stato che esercitano la vigilanza sugli enti pubblici interessati dal provvedimento sono così chiamate a promuovere le revisioni statutarie in grado di conformarne la struttura alle previsioni dettate dal medesimo art. 13 in modo da rispettare la normativa vigente per ciascun ente⁸⁰.

⁷⁹ E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, cit., p. 101.

⁸⁰ Particolarmente severe le conseguenze connesse ad una mancata revisione statutaria nel termine del 30 giugno 2001. Per effetto del comma 3 dell'art. 13 del d.lgs. n. 416/1999 agli enti «relativamente ai quali la revisione statutaria non sia intervenuta alla data del 30 giugno 2001, si applicano, con effetto dal 1° gennaio 2002, le seguenti disposizioni: a) i consigli di amministrazione sono sciolti, salvo che risultino composti in conformità ai criteri di cui al comma 1, lettera a); il presidente dell'ente assume, sino a che il regolamento non è emanato e i nuovi organi non sono nominati, i poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria, salva la possibilità dell'autorità di vigilanza di nominare un commissario

La configurazione degli organi dell'ente viene rapportata all'esigenza di contenimento del numero dei soggetti chiamati a rivestirne le cariche apicali.

Le funzioni inerenti ai poteri di programmazione, indirizzo, nonché il relativo controllo strategico vengono attribuite al Presidente dell'ente, che di norma non può restare in carica per il tempo eccedente a due mandati.

Nondimeno, si ammettono delle deroghe nell'eventualità in cui il carattere monocratico dell'organo non sia adeguato alla dimensione organizzativa e finanziaria, non risponda al carattere prevalentemente tecnico dell'attività svolta, ovvero, non trovi comunque giustificazione dall'inerenza dell'attività svolta a competenze spettanti alle regioni o agli enti locali. Solo in presenza di tali presupposti, trova legittimazione la possibilità di assegnare le medesime funzioni ad un apposito consiglio di amministrazione, composto da un numero di membri variabile da due a otto, in relazione al rilievo e alle dimensioni organizzative e finanziarie dell'ente.

Anche in tale ultima ipotesi permangono comunque in capo al presidente i poteri di rappresentanza dell'ente e i poteri di convocazione del consiglio di amministrazione. La figura del vicepresidente (salve le ipotesi di gratuità dell'incarico) riveste un carattere meramente eventuale ed è rimessa alle ipotesi di enti di grande rilievo o di rilevante dimensione organizzativa e finanziaria.

La disciplina in esame interviene anche sulle procedure di nomina dei componenti del consiglio di amministrazione prevedendo che questa avvenga con decreto del Ministro vigilante tra esperti di amministrazione o dei settori di operatività dell'ente. Per evitare una commistione fra il ruolo di vigilante e vigilato (e più in generale, dei potenziali conflitti di interesse) viene espressamente esclusa la possibilità che possano essere chiamati a

straordinario; *b*) i collegi dei revisori, ove non conformi ai criteri di cui al comma 1, lettera *h*), sono sciolti e le relative competenze sono esercitate, sino alla nomina del nuovo collegio, dai soli rappresentanti del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e dell'autorità di vigilanza, ove presenti, ovvero, in caso contrario, dal solo presidente del collegio».

ricoprire una tale carica rappresentanti del medesimo ministero vigilante o di altre amministrazioni pubbliche, di organizzazioni imprenditoriali, sindacali e di altri enti esponentziali.

Quando l'ente opera in ambito regionale o locale, per garantire una maggior rappresentatività degli interessi territoriali sono state poi previste delle forme idonee ad assicurare un'adeguata presenza negli organi collegiali di esperti designati dai medesimi enti territoriali ovvero dalla Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato e le regioni di cui al d.lgs. 28 agosto 1998, n. 281⁸¹.

Il medesimo articolo, alla lettera *e*), prevede che la definizione del quadro programmatico generale o di sorveglianza, nonché eventuali funzioni consultive, possano essere attribuite anche ad organi assembleari, composti da esperti designati da amministrazioni e organizzazioni direttamente interessate all'attività dell'ente.

Si prevede, inoltre, che ogni statuto debba contenere la previsione delle ipotesi di commissariamento dell'ente stabilendone i tempi di durata massima a pena di scioglimento dell'ente e i poteri del commissario straordinario, la cui nomina normalmente spetta all'autorità vigilante, ma che per gli enti di notevole rilievo (o particolare dimensione organizzativa e finanziaria) è rimessa ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta della medesima autorità vigilante⁸².

Per quanto riguarda la disciplina della figura del direttore generale, si esclude che lo stesso possa rivestire la qualifica di organo dell'ente, e si prevede che allo stesso, e agli altri dirigenti dell'ente, siano attribuiti dei poteri coerenti con il principio di distinzione tra attività di indirizzo e attività di gestione di cui al d.lgs. 23 febbraio 1993, n. 93 e ss.mm.ii..

⁸¹ Per la determinazione del compenso eventualmente spettante ai componenti degli organi di amministrazione dell'ente, si prevede che questo venga determinato con decreto del Ministro competente per materia adottato di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica sulle base delle direttive eventualmente impartite dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

⁸² Per gli enti di notevole rilievo o dimensione organizzativa e finanziaria la lettera q) prevede espressamente la facoltà di nominare oltre al commissario straordinario anche uno o più sub commissari.

Per quanto riguarda i rapporti interni, si prevede l'istituzione di un collegio dei revisori composto di tre membri, ovvero di cinque per gli enti di notevole rilievo o dimensione organizzativa e finanziaria, uno dei quali di rappresentanza dell'autorità ministeriale e gli altri scelti tra gli iscritti al registro dei revisori contabili o tra persone in possesso di specifica professionalità. A tali revisori vanno aggiunti uno o due membri supplenti (sempre in ragione del rilievo dell'ente).

In aggiunta all'organo di revisione si prevede che debba essere adottato un sistema di controlli interni coerente con i principi fissati dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

I rapporti con l'autorità vigilante vengono invece ridefiniti secondo una più netta articolazione dei poteri in grado di garantire l'effettiva autonomia dell'ente, ferma restando l'attribuzione, in capo all'autorità di vigilanza, del potere di approvazione dei bilanci e rendiconti, nonché, per gli enti finanziati in misura prevalente con trasferimenti a carico dei bilanci pubblici, di approvazione dei programmi di attività⁸³.

Per salvaguardare le «esigenze specifiche degli enti a struttura associativa», occorre comunque rilevare che l'art. art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 419/1999, esclude l'applicazione agli stessi dei criteri adottati in via generale per gli statuti degli enti pubblici, che non siano coerenti con la natura e l'attività degli stessi.⁸⁴

⁸³ Ulteriori previsioni si collegano alle previsioni di cui alle lettere m), n) e p) dell'art. 13 del d.lgs. 419/1999 ove si prevede « m) istituzione di un ufficio per le relazioni con il pubblico, ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni; n) determinazione del numero massimo degli uffici dirigenziali e dei criteri generali di organizzazione dell'ente, in coerenza alle esigenze di speditezza, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, rinviando la disciplina dei residui profili organizzativi, in funzione anche delle dimensioni dell'ente, a regolamenti interni, eventualmente soggetti all'approvazione dell'autorità di vigilanza, ovvero ad altri atti organizzativi; p) previsione della facoltà di attribuire, per motivate esigenze ed entro un limite numerico predeterminato, incarichi di collaborazione ad esperti delle materie di competenza istituzionale;

⁸⁴ Si pongono nella direzione di valorizzare l'autonomia degli associativi, la legge n. 580/1993 e il d.lg. n. 112/1998 (art. 37) sulle Camere di commercio industria, artigianato e agricoltura, ove l'autonomia degli enti ha trovato un nuovo riconoscimento nell'attribuzione della potestà statutaria, nella limitazione del controllo ministeriale, nonché nella nuova definizione dei rapporti con gli enti locali.

Come già accennato la riforma di cui al d.lgs. 416/1999 prevedeva un'esplicita esclusione dal proprio ambito applicativo degli enti pubblici operanti nel settore previdenziale ed assistenziale.

Tali categorie di enti, infatti, erano stati già disciplinati dal d.lgs. 30 giugno 1994, n. 479 in attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 32, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, in materia di riordino e soppressione di enti pubblici di previdenza e assistenza⁸⁵.

L'art. 1, comma 2 del citato decreto legislativo, ha previsto che, per gli aspetti non direttamente disciplinati, l'ordinamento degli enti pubblici assoggettati alla relativa disciplina sia determinato sulla base di appositi decreti del Presidente della Repubblica, adottati su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con i Ministri della funzione pubblica e del tesoro, emanati ai sensi dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400⁸⁶.

L'art. 3 indica quali organi degli enti il presidente, il consiglio di amministrazione, il consiglio di indirizzo e vigilanza, il collegio dei sindaci e il direttore generale, definendo accuratamente le funzioni ad ognuno attribuite⁸⁷.

⁸⁵ Oltre agli aspetti più direttamente incidenti sull'assetto organizzativo, la legge delega individuava tra i criteri e i principi direttivi a cui il legislatore delegato avrebbe dovuto uniformarsi in sede di attuazione anche l'eliminazione delle duplicazioni organizzative e funzionali con conseguente soppressione degli enti sovrabbondanti. Tali obiettivi dovevano essere perseguiti preliminarmente attraverso operazioni di eliminazione, fusione o incorporazione per gli enti gravanti sulla finanza pubblica. Per gli enti che non usufruivano di finanziamenti pubblici, invece si prevedeva un trattamento privilegiato, in quanto non solo venivano esclusi dai provvedimenti di soppressione, ma, ferme restando le finalità istitutive dell'ente, venivano privatizzati e finivano per godere di una maggiore autonomia gestionale, organizzativa e contabile. Sulla privatizzazione degli enti previdenziali v. S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 1995, p. 122; G. SCARTOZZI, voce *Privatizzazioni (privatizzazioni degli enti previdenziali)*, in *Enc.giur.*, Roma, XXIV, p. 1 ss.; P. BOZZAO, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *La riforma del sistema previdenziali*, Padova, 1995, p. 327 ss.

⁸⁶ Il regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'INPS è stato emanato con il DPR 24 settembre 1997, n. 366; il regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'INAIL è stato emanato con il DPR 24 settembre 1997, n. 367; il regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'INPDAP è stato emanato con il DPR 24 settembre 1997, n. 368; il regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'IPSEMA è stato emanato con il DPR 19 gennaio 1998, n. 27.

⁸⁷ Gli organi di cui al comma 2, con esclusione del direttore generale, durano in carica quattro anni e possono essere confermati una sola volta. I membri degli organi collegiali

In particolare, al presidente si attribuisce la rappresentanza legale dell'istituto che si accompagna al potere di convocazione del consiglio di amministrazione, da lui stesso presieduto, e dalla facoltà di assistere alle sedute del consiglio di indirizzo e vigilanza. Viene inoltre riconosciuto il potere di nomina, d'intesa con il consiglio di indirizzo e vigilanza, dei componenti dell'organo interno di controllo.

La maggior parte dei poteri vengono però ripartiti fra consiglio di amministrazione e consiglio di indirizzo e vigilanza.

La definizione dei programmi e l'individuazione delle linee di indirizzo dell'ente è rimessa a tale ultimo organo che è chiamato, nell'ambito delle proprie funzioni di programmazione generale, alla determinazione degli obiettivi strategici e pluriennali, emanando, se del caso, direttive di carattere generale relative all'attività dell'ente.

Nell'esercizio delle proprie funzioni il consiglio di indirizzo e vigilanza dispone di autonomia regolamentare, potendo definire la propria organizzazione interna e le modalità con cui si articolano le funzioni ad esso attribuite. Particolare attenzione è dedicata alla funzione di vigilanza, per la quale si prevede la facoltà di avvalersi anche dell'organo di controllo interno, istituito ai sensi dell'art. 20, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e ss. mm. ii., al fine di acquisire i dati e gli elementi necessari per verificare la realizzazione degli obiettivi fissati in sede di programmazione, nonché la corretta ed economica gestione delle risorse.

Spetta sempre a tale organo, entro sessanta giorni dalla deliberazione del consiglio di amministrazione, l'approvazione in via definitiva del

cessano dalle funzioni allo scadere del quadriennio, ancorché siano stati nominati nel corso di esso in sostituzione di altri dimissionari, decaduti dalla carica o deceduti.

Il comma 10 dell'art. 3, prevede inoltre che per l'INPS continuano ad operare i comitati amministratori delle gestioni, fondi e casse di cui all'art. 2, comma 1, punto 4), della legge 9 marzo 1989, n. 88 e si stabilisce che il comitato di cui all'art. 38 della predetta legge è composto, oltre che dal presidente dell'Istituto, che lo presiede, dai componenti del consiglio di amministrazione scelti tra i dirigenti della pubblica amministrazione, integrati da due altri funzionari dello Stato, in rappresentanza, rispettivamente, del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e del Ministero del tesoro.

bilancio preventivo e il conto consuntivo, nonché i piani pluriennali e i criteri generali dei piani di investimento e disinvestimento.

Il consiglio di amministrazione che è, dunque, chiamato alla predisposizione dei piani pluriennali, dei criteri generali dei piani di investimento e disinvestimento, del bilancio preventivo e del conto consuntivo e all'approvazione dei piani annuali nell'ambito della programmazione definita dal consiglio di indirizzo e vigilanza, delibera, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative del personale, i piani d'impiego dei fondi disponibili ed il regolamento organico del personale nonché l'ordinamento dei servizi, la dotazione organica e i regolamenti concernenti l'amministrazione e la contabilità, e, da ultimo, i regolamenti di cui all'art. 10, della legge 29 febbraio 1988, n. 48.

Oltre alle funzioni espressamente assegnate, al consiglio viene riconosciuta una competenza residuale in ordine all'esercizio di ogni altra funzione che non sia compresa nella sfera di competenza degli altri organi dell'ente.

Per assicurare uno stretto raccordo tra il consiglio di indirizzo e vigilanza e il consiglio d'amministrazione si prevede che quest'ultimo debba trasmettere con cadenza trimestrale una relazione sull'attività svolta, con particolare riferimento al processo produttivo ed al profilo finanziario, e qualsiasi altra relazione che venga richiesta dal consiglio di indirizzo e vigilanza.

Il direttore generale ha la facoltà di partecipare alle sedute del consiglio di indirizzo e vigilanza e del consiglio di amministrazione, disponendo, in tale ultima sede, anche del diritto di voto che, tuttavia, ha valore prettamente consultivo. Conformemente ai principi di separazione fra politica e amministrazione incombe su tale soggetto la responsabilità dell'attività diretta al conseguimento dei risultati e degli obiettivi e, a tal fine, egli è chiamato a sovrintendere al personale e all'organizzazione dei servizi, assicurandone l'unità operativa e di indirizzo tecnico-

amministrativo ed esercitando i poteri di cui agli articoli 12 e 48, della legge 9 marzo 1989, n. 88⁸⁸.

Al collegio dei sindaci viene rimesso l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 2403 c.c..

I meccanismi di raccordo con lo Stato vengono assicurati prevalentemente attraverso i poteri di nomina degli organi, anche se non mancano delle ipotesi che legittimano un intervento diretto del Ministro competente per materia.

Al Ministro del lavoro e della previdenza sociale viene infatti riconosciuto il potere di approvare in via definitiva il bilancio preventivo ed il conto consuntivo al fine di dirimere i conflitti eventualmente sorti in tale sede fra consiglio di amministrazione e consiglio di indirizzo e vigilanza.

⁸⁸ In particolare l'art. 12 della legge 9 marzo 1989, n. 88 ha provveduto a modificare l'articolo 8 del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1970, n. 639, stabilendo quanto segue: «Il Direttore generale dell' INPS sovrintende all' organizzazione, all' attività e al personale dell' Istituto, assicurandone l' unità operativa e di indirizzo tecnico-amministrativo, nel rispetto dei criteri generali e delle direttive stabilite dal Consiglio di amministrazione; partecipa con voto consultivo alle sedute del consiglio di amministrazione, del Comitato esecutivo e dei Comitati amministratori delle Gestioni, Fondi o Casse con facoltà di iniziativa e proposta e dispone l' esecuzione delle deliberazioni dagli stessi adottate. 2. Il Direttore generale formula proposte in materia di ristrutturazione operativa dell' Istituto, consistenza degli organici e promozione dei dirigenti ed esercita ogni altro potere attribuitogli dal Presidente, dal consiglio di amministrazione, dal comitato esecutivo o dai comitati di gestione, speciali o di vigilanza. 3. Il Direttore generale è scelto tra i dirigenti generali dell' Istituto ovvero tra esperti delle discipline attinenti ai compiti dell' Istituto stesso ed è nominato con decreto del Presidente della Repubblica promosso dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, su proposta del Consiglio di amministrazione, per un periodo di cinque anni rinnovabile. 4. Il trattamento economico del Direttore generale è determinato con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, su proposta del consiglio di amministrazione dell' Istituto. 5. In caso di assenza o di impedimento, il Direttore generale è sostituito dal dirigente generale che esplica le funzioni di vicario, che ne assume tutte le funzioni comprese quelle delegate, salvo diversa determinazione dell' organo delegante. 6. In caso di vacanza dell' ufficio di Direttore generale, il Presidente convoca il consiglio di amministrazione entro il termine di trenta giorni per la proposta di competenza. Fino alla nomina del nuovo Direttore generale, le funzioni sono assunte dal dirigente generale che esplica le funzioni di vicario». L'art. 48 della legge 9 marzo 1989, n. 88, prevede che « 1. L' esecuzione delle decisioni adottate dai comitati di cui al primo comma, numeri 3 e 4, dell' articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1970, n. 639, come sostituito dall' articolo 2 della presente legge, sui ricorsi di loro competenza può essere sospesa da parte del direttore generale dell' Istituto, ove si evidenzino profili di illegittimità. Il provvedimento di sospensione deve essere adottato nel termine di 5 giorni ed essere sottoposto, con l' indicazione della norma che si ritiene violata, al consiglio di amministrazione, il quale entro novanta giorni decide o l' esecuzione della decisione o il suo annullamento. Trascorso tale termine la decisione diviene esecutiva».

I meccanismi di nomina degli organi degli enti soggiacciono ad un trattamento parzialmente differenziato, comunque caratterizzato da una prevalente partecipazione del Ministro competente per materia.

Il presidente è nominato ai sensi della legge 24 gennaio 1978, n. 14, con la procedura di cui all'art. 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, ossia mediante deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro.

Il consiglio di indirizzo e vigilanza è nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base di designazioni delle confederazioni e delle organizzazioni, secondo quanto disposto dal comma 4, dell'art. 3, del d.lgs. 479/1994.

Il consiglio di amministrazione è nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro e con il Ministro della funzione pubblica. Per la nomina del collegio dei sindaci si rinvia alla disciplina dettata dall'art. 10, commi 7 e 8, della legge 9 marzo 1989, n. 88. Più in particolare, si stabilisce una commistione fra rappresentanti del Ministero del tesoro e del Ministero del lavoro e della previdenza sociale (con una lieve prevalenza di quest'ultimi), prevedendo che le funzioni di presidente debbano necessariamente essere assegnate ad uno dei rappresentanti del Ministero del lavoro e della previdenza sociale⁸⁹.

Da ultimo, il direttore generale è nominato su proposta del consiglio di amministrazione, con le procedure di cui all'art. 8, del decreto del

⁸⁹ In particolare il comma 7 dell'art. 3 del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 479 dispone quanto segue: « a) per l'INPS e l'INAIL da sette membri di cui quattro in rappresentanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e tre in rappresentanza del Ministero del tesoro; b) per l'INPDAP da sette membri di cui tre in rappresentanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e quattro in rappresentanza del Ministero del tesoro; c) per l'IPSEMA da cinque membri di cui tre in rappresentanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e due in rappresentanza del Ministero del tesoro».

Presidente della Repubblica 30 aprile 1970, n. 639, così come modificato dall'art. 12, della legge 9 marzo 1989, n. 88.

Ulteriori interventi di razionalizzazione dell'assetto organizzativo si inseriscono poi nell'ambito del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 che, nel dettare le «*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*», ha introdotto una serie di misure che incidono sull'assetto organizzativo interno di gran parte degli enti pubblici.

Nel delimitare l'ambito di applicazione della suddetta normativa, si prevede che la stessa debba essere applicata a tutte le pubbliche amministrazioni individuate ai sensi dell'art. 1, comma 2 del decreto legislativo da ultimo citato, e, dunque, secondo una nozione comprensiva, tra l'altro di tutti gli enti pubblici non economici, delle istituzioni universitarie, degli Istituti autonomi case popolari, delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni⁹⁰.

I principi introdotti da tale normativa, come noto, sono volti ad una più netta ripartizione del potere politico dalle funzioni di gestione ed incidono anche su aspetti che meritano di essere esaminati.

Più nel dettaglio, conformemente a quanto disposto dall'art. 4 del decreto, sono stati attribuiti all'organo di governo dell'ente i compiti di delimitazione degli obiettivi strategici e di verifica dei risultati, mentre ai dirigenti spetta l'attuazione delle scelte politiche attraverso la formulazione di programmi e progetti operativi, nonché la gestione delle risorse finanziarie, umane e strumentali, con le connesse responsabilità.

⁹⁰ In particolare l'art. 1 comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, chiarisce che «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

Inoltre, la disciplina prevede l'adozione di misure organizzative idonee a consentire la rilevazione dei costi e dei rendimenti dell'attività amministrativa delle decisioni adottate.

A tal fine, si prevede anche l'istituzione di un servizio di controllo interno, o nucleo di valutazione, cui è demandato il compito di verificare, mediante valutazioni comparative dei costi e dei rendimenti, la realizzazione degli obiettivi e la corretta ed economica gestione delle risorse pubbliche.

4. I controlli interni nella disciplina del d.lgs. 286/99.

Gli interventi normativi tesi alla regolamentazione dell'assetto degli enti pubblici presuppongono l'esistenza di un sistema di controlli interni come elemento connotato al modello organizzativo.

Talvolta si tratta di sistemi di controllo del tutto particolari, legati alle specificità dell'attività demandata alle singole categorie di enti disciplinati⁹¹, ma nella maggior parte dei casi, seppur nell'ambito dell'autonomia organizzativa propria dell'ente, sussiste una certa omogeneità dei sistemi di controllo interno.

La lettera l), dell'art. 13, del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 419, volto al «*Riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali*», infatti, prevede che gli enti da esso disciplinati siano tenuti all'istituzione, in aggiunta all'organo di revisione, di un sistema di controlli interni coerente con i principi fissati dalla normativa ad essi appositamente dedicata che, tra

⁹¹ Come avviene ad esempio per le Università con riferimento per le quali la legge 19 ottobre 1999, n. 370, sancisce l'obbligo di istituzione di nuclei di valutazione interna, con conseguenti sanzioni per l'eventuale omissione, chiamati ad un generico controllo di funzionalità afferente anche alle attività didattiche e di ricerca ed avente anche una certa rilevanza esterna connessa all'obbligo di trasmissione annuale al MIUR ed al Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario di una relazione sui risultati del controllo.

l'altro, costituisce un parametro di riferimento per tutte le amministrazioni pubbliche⁹².

La normativa sui controlli interni è contenuta nel decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 che ha attuato la delega legislativa conferita al governo dal comma 1, lett. c), dell'art.13,della legge 15 marzo 1997, n. 59, per «il riordino ed il potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle pubbliche amministrazioni».

La disciplina in parola ha modificato sensibilmente le disposizioni in tema di controlli, già contenute nel d.lgs. n. 29/1993, poi sostituito dal d.lgs. n. 165/2000, che aveva originariamente previsto l'istituzione in tutte le amministrazioni di «servizi di controllo interno» o «nuclei di valutazione» operanti in «posizione di autonomia», ma posti «alle dipendenze» dell'organo di indirizzo politico⁹³.

⁹² L'art. 10 del 30 luglio 1999, n. 286 stabilisce che «entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo le amministrazioni statali, nell'ambito delle risorse disponibili, adeguano i loro ordinamenti a quanto in esso previsto». Secondo il comma 2, dell'art.1 «la progettazione d'insieme dei controlli interni rispetta i seguenti principi generali (...) a) l'attività di valutazione e controllo strategico supporta l'attività di programmazione strategica e di indirizzo politico-amministrativo di cui agli articoli 3, comma 1, lettere b) e c), e 14 del decreto n. 29. Essa e' pertanto svolta da strutture che rispondono direttamente agli organi di indirizzo politico-amministrativo. Le strutture stesse svolgono, di norma, anche l'attività di valutazione dei dirigenti direttamente destinatari delle direttive emanate dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, in particolare dai Ministri, ai sensi del successivo articolo 8; b) il controllo di gestione e l'attività di valutazione dei dirigenti, fermo restando quanto previsto alla lettera a), sono svolte da strutture e soggetti che rispondono ai dirigenti posti al vertice dell'unita' organizzativa interessata; c) l'attività di valutazione dei dirigenti utilizza anche i risultati del controllo di gestione, ma e' svolta da strutture o soggetti diverse da quelle cui e' demandato il controllo di gestione medesimo; d) le funzioni di cui alle precedenti lettere sono esercitate in modo integrato; e) e' fatto divieto di affidare verifiche di regolarità amministrativa e contabile a strutture addette al controllo di gestione, alla valutazione dei dirigenti, al controllo strategico». Il comma 3 dell'art. 1 prevede inoltre che «le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura possono adeguare le normative regolamentari alle disposizioni del presente decreto, nel rispetto dei propri ordinamenti generali e delle norme concernenti l'ordinamento finanziario e contabile»

⁹³ La precedente disciplina non conteneva alcuna distinzione fra controlli interni diretti agli organi di indirizzo politico amministrativo e controlli interni con referenza ai dirigenti. La relazione di accompagnamento al d.lgs. 286/1999, chiarisce invece che con l'introduzione della suddetta disciplina si auspica di porre fine a due inconvenienti che avevano caratterizzato il previgente sistema di controlli e, segnatamente «la concentrazione, a carico di un'unica struttura, di compiti concettualmente diversi, taluni dei quali da svolgere a supporto degli organi di indirizzo politico, ma altri (controllo di gestione propriamente

Il d.lgs. n. 286/1999 ha quindi introdotto quattro forme di controllo interno ed ha esteso alle amministrazioni pubbliche alcuni schemi propri delle aziende private e, segnatamente, il controllo di regolarità amministrativa e contabile, il controllo di gestione, la valutazione sulla dirigenza e la valutazione e controllo strategico.

Si tratta di strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati delle attività svolte dalle amministrazioni pubbliche con finalità collaborativa e di supporto alle scelte decisionali dei vertici dell'amministrazione interessata. Infatti, le rispettive verifiche si concludono con la segnalazione delle eventuali disfunzioni riscontrate in modo tale da poter indirizzare i successivi interventi correttivi.

La disciplina è espressiva della tendenza, ancora in atto, di sostituire ai controlli formali delle modalità di riscontro di carattere gestionale, ossia prevalentemente incentrate sulla valutazione dei risultati conseguiti.

I controlli in parola, pertanto, più che orientarsi ad una valutazione del singolo atto, tendono a concentrarsi naturalmente su una valutazione complessiva dell'attività. I parametri adoperati per tali tipologie di controllo assumono, quindi, dei connotati assai distinti da quelli funzionali al riscontro di legittimità che mantengono però una certa portata, seppur circoscritta al c.d. controllo di regolarità amministrativa e contabile previsto dall'art. 2, del d.lgs. n. 286/1999.

A seguito del progressivo potenziamento dei sistemi di controllo interno e della contestuale riduzione di quelli di legittimità, quindi, si sta assistendo ad una «incolmabile divaricazione» tra il riscontro amministrativo operato in sede di gestione ed il sindacato giurisdizionale operato in sede di legittimità. E' stato infatti autorevolmente rilevato che «la legalità dell'azione amministrativa non rappresenta più preoccupazione e

detto) estranei a tale livello; la tendenza delle amministrazioni interessate, in assenza di una chiara mappa delle funzioni di controllo e, spesso, in assenza anche di un apposito servizio ispettivo, ad avvalersi degli uffici di controllo interno, in misura talora assorbente, per compiti ispettivi di verifica sulla legalità e regolarità dell'azione amministrativa». Sul punto v. G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Milano, Giuffrè, ried. 2003, p. 1352 e ss.

cura della stessa p.a., che non la persegue più attraverso un generale controllo orientato in tal senso»⁹⁴. Ciò comporta una discrepanza fra i risultati cui tendono i controlli interni e quelli di legittimità al punto che gli obiettivi di efficienza sottesi ad ogni meccanismo di controllo rischiano di essere del tutto vanificati dalla mancata predisposizione di adeguate forme di raccordo fra le diverse tipologie di controllo: attività che sono oggetto di una valutazione positiva nell'ottica del raggiungimento dei risultati, infatti, potranno essere invalidate da un riscontro di legittimità.

La peculiarità della disciplina in parola è data dalla collocazione delle varie funzioni di controllo in capo a strutture differenti in modo da evitare commistioni fra controlli a carattere collaborativi, da un lato, e controlli di carattere repressivo, dall'altro.

Il controllo di regolarità amministrativa e contabile è affidato all'organo di revisione interno dell'ente pubblico che è chiamato ad esercitarlo nei «principi generali della revisione aziendale asseverati dagli organi e collegi professionali operanti nel settore»⁹⁵.

Lo scopo di tale forma di controllo è di verificare la legittimità degli atti amministrativi e la regolarità contabile dei provvedimenti di spesa rispetto alle previsioni di bilancio. Normalmente si tratta di un controllo successivo che non produce effetti impeditivi sull'efficacia dell'atto oggetto di controllo⁹⁶. In alcuni casi, tuttavia, tale controllo può assumere carattere preventivo come avviene ad esempio nel caso disciplinato dall'art. 1, commi 9 e 10, del decreto legge 12 luglio 2004, n. 168, che impone un esame preventivo da parte degli organi di controllo dell'ente, degli affidamenti di incarichi di studio o di ricerca, di consulenze a soggetti estranei

⁹⁴ A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57 ss.

⁹⁵ Così, l'art. 1, comma 1, lett. a), e l'art. 2 del d.lgs. 286/1999.

⁹⁶ Sul punto, cfr. l'art. 2 comma 3 del d.lgs. 286/1999, il quale prevede che «Il controllo di regolarità amministrativa e contabile non comprende verifiche da effettuarsi in via preventiva se non nei casi espressamente previsti dalla legge e fatto salvo, in ogni caso, il principio secondo cui le definitive determinazioni in ordine all'efficacia dell'atto sono adottate dall'organo amministrativo responsabile»

all'amministrazione e delle spese inerenti alle missioni, attività di rappresentanza, ovvero relazioni pubbliche e convegni.

Per la natura tecnica dell'attività demandata all'organo di revisione, la normativa prevede che i membri siano nominati, almeno in misura maggioritaria, tra gli iscritti all'albo dei revisori dei conti.

Il controllo di gestione è demandato a strutture specialistiche, quali servizi di controllo interno, e società di revisione che assolvono una funzione di supporto all'unità dirigenziale, ed è volto a verificare l'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati.

Si tratta quindi di un controllo sui risultati della gestione che non si concentra su una verifica puntuale della regolarità dei singoli atti, ma che è volto all'analisi del grado di realizzazione degli obiettivi prefissati dagli organi responsabili dell'indirizzo politico⁹⁷.

Il controllo strategico assolve delle funzioni in parte analoghe al controllo di gestione, in quanto anch'esso mira a verificare la corrispondenza dei risultati conseguiti e gli obiettivi definiti dall'indirizzo politico. Esso è rivolto all'accertamento, in via sia preventiva che successiva, della «congruenza (...) tra le missioni affidate dalle norme, gli obiettivi operativi prescelti, le scelte operative effettuate e le risorse umane, finanziarie e materiali assegnate» (art. 6, comma 1, d.lgs. 286/1999).

Il controllo strategico assume quindi una portata più ristretta del controllo di gestione in quanto si limita all'esame dei soli profili di efficacia in quanto il parametro di riferimento è costituito dagli obiettivi definiti

⁹⁷ Sul punto, cfr. A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, p. 468, il quale rileva che «quanto all'efficacia, viene in rilievo il raffronto tra le finalità assegnate alle arie unità organizzative, quali risultano dagli obiettivi gestionali che ciascuna di esse deve conseguire, ed i risultati conseguiti, da rilevare mediante sistemi extracontabili. In ordine all'efficienza, vengono in rilievo i prodotti ed i costi sostenuti per produrli: alla base vi sono i *budget* (mediante i quali a ciascuna unità organizzativa sono assegnate le risorse ed affidati i risultati da conseguire in termini di prodotti) ed il sistema di rilevazione sia di tipo extracontabile (relativamente ai prodotti) che di contabilità analitica (relativamente ai costi e alla loro imputazione a ciascuna unità organizzativa)

dall'organo di indirizzo politico dell'ente. Proprio per tali connotazioni, gli organi preposti al suo esercizio fanno parte degli uffici di diretta collaborazione del consiglio di amministrazione dell'ente.

L'ultima forma di controllo disciplinata dal d.lgs. 286/1999 è quella che attiene alla valutazione della dirigenza che ha cadenza annuale ed ha ad oggetto le prestazioni dei dirigenti e i comportamenti relativi allo sviluppo delle risorse professionali umane e organizzative loro assegnate. Si tratta di un controllo che deve essere svolto in conformità a quanto stabilito dai contratti collettivi nazionali di lavoro, anche sulla base dei risultati del controllo di gestione. La valutazione della dirigenza assume importanza soprattutto in relazione alla possibile applicazione delle misure di responsabilità dirigenziale e all'eventuale riscontro di risultati negativi della gestione o al mancato raggiungimento degli obiettivi.

Per quanto riguarda la possibile rilevanza esterna di tali forme di controllo occorre rilevare che sia nel caso del controllo strategico che nel caso del controllo di gestione, gli organi che lo esercitano non sono soggetti ad alcun obbligo di denuncia alla Corte dei conti in relazioni agli eventuali profili di responsabilità eventualmente emersi. Tuttavia, ciò non comporta una rilevanza strettamente endogena del controllo stesso. Sebbene le strutture che esercitano il controllo sono tenute a riferire solo all'unità dirigenziale di riferimento o all'organo di indirizzo politico dell'ente, la Corte dei conti può avvalersene nell'esercizio della sua funzione di controllo sul funzionamento dei controlli interni. Solo per il controllo strategico si può escludere un'assoluta rilevanza esterna che si lega al carattere riservato del referto (art. 6, comma 2)⁹⁸

⁹⁸ Peraltro, occorre rilevare che è comunque riconosciuto ai dirigenti sottoposti alla valutazione dell'organo di indirizzo politico il diritto di accesso sui relativi atti. Sul punto, v. art. 1, comma 5 d.lgs. 286/1999.

5. Il sistema di contabilità degli enti pubblici e i controlli esterni.

Il sistema della finanza pubblica e dei controlli che vi si collegano è parzialmente differenziato a seconda che l'ente sia o meno qualificabile come ente pubblico economico⁹⁹.

Gli enti pubblici economici, infatti, non sono ricompresi nel novero della categoria di amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, e sono tendenzialmente sottratti all'obbligo di uniformarsi alle regole di contabilità pubblica per adottare dei modelli di bilancio basati sulle norme civilistiche e sulle tecniche economico-aziendali.

Per gli enti pubblici non economici, comprese le università, le camere di commercio e in genere tutti gli organismi pubblici individuati dal citato art. 1, comma 2, del d.lgs.165/20001, si registra, invece, una commistione fra discipline di stampo pubblicistico e privatistico, venendosi sostanzialmente a realizzare un sistema misto. Tali enti, infatti, sono sottoposti alle regole della contabilità pubblica per effetto del disposto dell'art. 1, comma 3, della legge 25 giugno 1999, n. 208, ma, al fine di migliorare la capacità di previsione e controllo dei flussi finanziari, patrimoniali ed economici, adottano, al contempo, un parallelo sistema di contabilità fondato su criteri civilistici. Per tali tipologie di enti, pertanto, la disciplina dei documenti di pianificazione e programmazione, sui quali transita la funzione autorizzativa tipica dei bilanci preventivi delle amministrazioni pubbliche, convive con l'adozione di principi civilistici e di tecniche economico aziendali.

Più in particolare, la normativa opera distinzioni ulteriori in base alla riconducibilità degli enti a singoli corpi normativi.

Così, per tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, per effetto del primo periodo dell'art. 1, comma 3, della legge 25 giugno 1999, n. 208, si prevede un generalizzato obbligo di

⁹⁹ Sull'ordinamento amministrativo e contabile degli enti pubblici, v. FIORENTINO – PEREZ (a cura di), *Il regolamento sull'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici*, Milano, 2005.

adeguamento al sistema di contabilità e alle tecniche di redazione del bilancio indicate nella legge 3 aprile 1997, n. 94 e al d.lgs. 7 agosto 1997, n. 279¹⁰⁰.

Invece, il terzo periodo dell'art. 1, comma 3, della legge 25 giugno 1999, n. 208, prevede che gli enti pubblici disciplinati dalla legge n. 70 del 1975 siano sottoposti ad un trattamento parzialmente differenziato. Il processo di adeguamento ai principi relativi al bilancio dello Stato si realizza, infatti, attraverso la rielaborazione del regolamento di amministrazione e contabilità di cui al d.P.R. 18 dicembre 1979, n. 696, avvenuta con d.P.R. 27 febbraio 2003, n. 97¹⁰¹.

Il Dipartimento della ragioneria generale dello Stato, nell'ambito delle sue funzioni di supporto per il Ministero dell'economia e delle finanze, è chiamato a riassumere e coordinare i risultati del controllo attraverso il flusso di informazioni provenienti dai collegi dei revisori e da questi riportate nei loro «verbali di verifica»¹⁰².

La normativa, infatti, assicura un controllo sugli andamenti di finanza pubblica, prevedendo che un funzionario del Ministero dell'economia e delle finanze sia presente nei collegi sindacali degli enti pubblici in cui non sia già prevista la presenza di uno o più componenti in rappresentanza del Ministero¹⁰³.

In tal modo, si stabilisce un raccordo diretto fra il Ministero stesso e i collegi dei revisori, prevedendo che questi ultimi possano adeguarsi agli adempimenti fondamentali stabiliti con apposite circolari da parte della Ragioneria dello Stato. Le circolari emanate nel corso degli anni, infatti, sono periodicamente consolidate in un documento che riassume un «insieme di principi di comportamento» del revisore designato dal Ministero dell'economia e delle finanze negli organi interni di riscontro degli enti

¹⁰⁰ Tra i principi indicati in tali corpi normativi figurano ad esempio

¹⁰¹ Sul punto, cfr. la circolare della Ragioneria dello Stato, 14 novembre 2003, n. 47.

¹⁰² Sul punto, v. L. FIORENTINO, *Evoluzioni e permanenze nei controlli della Ragioneria dello Stato*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, cit., p. 310 ss.

¹⁰³ Art. 8, d.l. 24 dicembre 2002, n. 27, conv. dalla legge 24 dicembre 2002, n. 282.

pubblici e, in via suppletiva, vengono richiamati i diritti e i doveri stabiliti dalla disciplina civilistica all'art. 2397 c.c.¹⁰⁴.

E' da segnalare che l'Ispettorato generale di finanza della Ragioneria generale esercita la propria attività di controllo su tutte le amministrazioni statali in base all'art. 22, della legge n. 468/1968.

6. I controlli della Corte dei conti: il sistema dei controlli della legge n. 20/1994 e il controllo di cui alla legge n. 259/58 .

Oltre alle forme di raccordo appena descritte, gli enti pubblici sono sottoposti al controllo della Corte dei conti sulla gestione patrimoniale e finanziaria (sia di bilancio che fuori bilancio)¹⁰⁵ e al c.d. controllo di funzionalità, che si vanno ad affiancare, ove ne ricorrano i presupposti, al controllo di cui alla legge n. 259/1958¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Tra i principi contenuti si possono segnalare.....

¹⁰⁵ Il controllo sulle gestioni fuori bilancio è disciplinato dall'art. 24 della legge n. 559/1993 che non è stata abrogata dalla legge n. 20/1994. Come chiarito dalla stessa Corte dei conti, sez. contr., 18 luglio 1997, n. 114, in *Riv. Corte conti*, 1997, n. 4, p. 20 ss. e Corte dei conti, sez. contr., 4 febbraio, 1999, n. 5, in *Foro amm.*, 1999, p. 2279 ss., le due discipline vengono ad integrarsi e pertanto permane il referto della Corte dei conti in sede di relazione annuale sul rendiconto generale dello Stato relativo all'insieme delle gestioni fuori bilancio.

¹⁰⁶ Per un'analisi dei caratteri generali del sistema dei controlli si veda più dettagliatamente G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Milano, Giuffrè, ried. 2003, p. 1352 e ss., in cui, con riferimento all'accessività della funzione di controllo, si sostiene appunto che «il "valore" giuridicamente apprezzabile del controllo è direttamente proporzionale al profitto che l'amministrazione ne può e ne deve trarre per lo svolgimento (o per il sempre migliore svolgimento) della sua attività». Si consultino inoltre, *I controlli nella pubblica amministrazione*, a cura di S. CASSESE, Bologna, Il Mulino, 1993 e *I controlli amministrativi*, a cura di V. ALLEGRETTI, Bologna, Il Mulino, 1995. Sulle vicende di riforma dei controlli alla fine del secolo scorso, si vedano: *I controlli nella pubblica amministrazione*, a cura di S. CASSESE, Bologna, Il Mulino, 1993; Corte dei Conti, *Sistema dei controlli e riforma della Costituzione (Atti del Convegno - Milano, 11-12 dicembre 1992)*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1995; Banca d'Italia, *Nuovo sistema dei controlli sulla spesa pubblica (Atti del Convegno - Perugia, 9-10 giugno 1994)*, Roma, Banca d'Italia, 1995; G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996; Banca d'Italia, *I controlli delle gestioni pubbliche (Atti del Convegno - Perugia, 2-3 dicembre 1999)*, Roma, Banca d'Italia, 1999; G. BERTI, N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1999, p. 457 ss. Più di recente: F. STADERINI, *La Corte dei conti nel processo di riforma amministrativa*, in *Foro It.*, 2000, V, 324 ss.; G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Milano, Giuffrè, ried. 2003, p. 1343 e

Ai sensi dell'art. 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, infatti, «la Corte dei conti svolge, anche in corso di esercizio, il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria, verificando la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione. Accerta anche in base all'esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa. La Corte definisce annualmente i programmi ed i criteri di riferimento del controllo».

L'ambito soggettivo del controllo in esame è assai ampio, giacché comprende tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, con esclusione dei soli enti pubblici economici. Si tratta di un ambito di applicazione che presenta alcune divergenze rispetto al controllo di cui alla legge n. 259/1958, in quanto, da un lato, comprende alcuni enti a cui quest'ultimo non si applica, e, dall'altro, è delimitato in modo diverso, giacché è la stessa Corte dei conti a determinare, mediante i propri programmi annuali di rilevazione, gli specifici enti da sottoporre a controllo¹⁰⁷.

Il controllo sulla gestione consiste in un confronto *ex post* tra la situazione effettivamente realizzata e quella ipotizzata come obiettivo da realizzare, in modo da verificare, ai fini della valutazione del conseguimento dei risultati, se le procedure e i mezzi utilizzati siano stati frutto di scelte ottimali dal punto di vista dei costi, della speditezza dell'esecuzione e dell'efficienza organizzativa, nonché dell'efficacia dei risultati.

ss.; M. DE BENEDETTO, *Controlli. II) Controlli amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2008, ad vocem.

¹⁰⁷ La Corte costituzionale, 30 dicembre 1997, n. 470, ha infatti chiarito che l'ambito soggettivo del controllo è sufficientemente precisato dal riferimento operato dall'art. 3, comma 4, della legge n. 20/1994, alle pubbliche amministrazioni per cui la Corte dei conti è semplicemente chiamata ad applicare la nozione di pubblica amministrazione come definita dal comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. 165/2001, e la sua discrezionalità è circoscritta alla definizione annuale del campione di enti da prendere in considerazione.

Come chiarito dalla Corte costituzionale, «il controllo dei risultati della gestione è, prima di tutto, diretto a stimolare nell'ente o nell'amministrazione controllati processi di autocorrezione sia sul piano delle decisioni legislative, dell'organizzazione amministrativa e delle attività gestionali, sia sul piano dei controlli interni»¹⁰⁸

Pertanto, conformemente alla natura collaborativa della funzione esercitata, il controllo si estrinseca in una relazione annuale che è diretta sia al Parlamento che agli organi apicali degli enti che vi sono sottoposti.

Nell'esercizio di tali funzioni, la Corte dispone di ampi poteri istruttori che le consentono di richiedere qualsiasi documento o notizia all'ente e ai suoi servizi di controllo interno, di operare degli accertamenti mediante un accesso diretto e ispezioni anche a mezzo della Guardia di finanza¹⁰⁹.

Le valutazioni operate in tale sede normalmente non hanno ad oggetto la legittimità di atti amministrativi ma si incentrano sulla gestione globalmente considerata.

Tuttavia, la Corte dispone inoltre di uno specifico potere di rilievo con riferimento a singoli atti ritenuti non conformi a legge. Ai sensi dell'art. 3, comma 8, quarto e quinto periodo, della legge n. 20/1994, infatti, può richiedere agli enti pubblici un riesame di tali atti, eseguito il quale l'ente comunica alla Corte stessa gli atti conseguentemente adottati e questa, ove rilevi il persistere di illegittimità, è tenuta a darne avviso agli organi di vertice dell'ente medesimo¹¹⁰.

¹⁰⁸ Così Corte cost., 25 gennaio 1995, n. 29, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3677.

¹⁰⁹ Si tratta di un potere che si estende anche presso «i terzi contarenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a destinazione vincolata». Sul punto v. art. 16, comma 3, legge 12 luglio 1991, n. 203, richiamato dall'art. 3, comma 8, legge n. 20/1994 per interposto rinvio all'art. 2, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 19.

¹¹⁰ Come è stato giustamente rilevato da F. BATTINI, *Il controllo sugli enti sovvenzionati*, in *I controlli amministrativi*, a cura di U. ALLEGRETTI, p. 177 ss., si tratta di una norma che riflette l'aspirazione della Corte a non abbandonare i vecchi controlli di legittimità che avevano caratterizzato il previgente assetto normativo. Il potere di rilievo in esame si conforma alla disciplina stabilita dall'art. 8 della legge n. 259/1958 che era stato originariamente abrogato, ma poi sostanzialmente ripristinato a seguito della pronuncia della Corte costituzionale. La permanenza del potere di cui all'art. 8 della legge 259/1958,

Tale potere è stato ulteriormente specificato da alcuni recenti interventi legislativi. L'art. 3, commi 60-64, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 ha potenziato il controllo della Corte dei conti, prevedendo che l'amministrazione che ritenga di non ottemperare ai rilievi formulati dalla Corte dei conti a conclusione dei controlli di gestione e di spesa o di entrata svolti ai sensi dell'art. 3, della legge n. 20/1994, debba adottare, entro trenta giorni dalla ricezione dei rilievi, un provvedimento motivato da comunicare alla presidenza delle Camere, alla Presidenza del Consiglio dei ministri e alla Presidenza della Corte dei conti.

La disposizione s'inserisce in un processo di riforma volto a conferire una maggior effettività al sistema di controlli disciplinato dalla l. 20/1994 il cui scopo è proprio quello di stimolare dei processi di autocorrezione dell'ente. Infatti, già la legge Finanziaria 2007 - legge n. 296/2006 -, all' art. 1, comma 172, aveva disposto che fosse dato riscontro alle relazioni della Corte dei conti entro sei mesi dalla data del loro ricevimento, sancendo così dei tempi precisi per l'accertamento.

La *ratio* di tali interventi si colloca nell'intento di evitare che alle osservazioni dell'organo di controllo, in mancanza di una sanzione o di una misura definita, non segua alcun adempimento dell'ente. Con le modifiche introdotte, invece, almeno in astratto, si consente che il controllo di gestione possa essere funzionale ad una più esplicita assunzione di responsabilità.

Come già accennato, al controllo previsto dalla legge n. 20/1994, si affianca un'altra tipologia di controllo che trova la sua disciplina organica nella legge n. 259/1958.

Si tratta di una disciplina rispetto alla quale è stata già da tempo sottolineata una "insospettata modernità"¹¹¹ laddove si configurava un

ha sostanzialmente fatto sì che la Corte dei conti si sia prevalentemente avvalsa di tale ultimo strumento. Sul punto, v. *infra*.

¹¹¹ G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 1484.

controllo sulla gestione finanziaria con caratteristiche che solo in epoca piuttosto recente sono state universalmente apprezzate¹¹².

Per effetto del disposto dell'art. 100, comma 2, della Costituzione, la Corte dei conti "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".

Nel dare attuazione a tale disposizione costituzionale, la legge n. 259/1958 ha stabilito la distinzione tra gli enti controllati ai sensi dell'art. 2, secondo le modalità stabilite dagli artt. 4-5-6 della medesima legge, e quelli controllati ai sensi dell'art. 12, secondo le modalità previste dalla medesima disposizione.

Al controllo *ex art. 2*, legge n. 259/1958 sono sottoposti gli enti, non ulteriormente qualificati che, con carattere di periodicità ricevano dalla p.a. contributi da oltre un biennio, ovvero, ancora, quelli cui sia continuativamente attribuito un potere impositivo. Quanto alle modalità, il controllo in questione si svolge secondo forme che consentono di riconoscergli un carattere cartolare e successivo.

La prima di tali modalità è data dall'invio, da parte degli enti che vi sono sottoposti, dei conti consuntivi, dei bilanci di esercizio e dei relativi conti economici corredati dalle relazioni degli organi di amministrazione e revisione; nonché dall'invio di ogni altra relazione dell'organo di revisione presentata nel corso dell'esercizio (art. 4).

¹¹² Sul punto, v. F. BATTINI, *Il controllo sugli enti sovvenzionati*, cit., p. 175, ove si rileva che il controllo previsto dalla legge n. 259/58 presenta tutte le caratteristiche tipiche di ogni controllo successivo su complessive gestioni e in particolare «flessibilità dei parametri; sufficiente attenzione ai poteri istruttori; disponibilità certa della documentazione di bilancio, istituzionalmente rappresentativa della gestione; libera acquisizione di ulteriori atti (delibere degli organi di amministrazioni, verbali degli organi di controllo, ecc.) e di notizie ritenute utili al controllo; finalizzazione esclusiva di quest'ultimo al referto, con conseguenziale esaltazione del carattere collaborativo del controllo stesso; assenza di poteri in qualche modo coercitivi ed interferenti con l'autonomia gestoria dell'ente; istituzionalizzazione di rapporti privilegiati con gli organi di controllo interno; possibilità, infine, di segnalare irregolarità o formulare osservazioni in qualsiasi momento, nella specie rivolgendosi ad altri organi "partecipanti" al controllo ed istituzionalmente abilitati ad interferire con l'attività del soggetto controllato».

La seconda modalità è, invece, costituita dalla richiesta di informazioni che la Corte dei conti può avanzare nei confronti dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche presenti nei collegi sindacali o di revisione degli enti controllati (art. 5).

Qualora gli elementi acquisiti attraverso tali canali informativi siano ritenuti insufficienti ai fini del controllo, la Corte è legittimata a richiedere ulteriori informazioni agli stessi enti ed ai Ministri competenti (art. 6).

Di contro, al controllo disciplinato dall'art. 12, sono invece sottoposti solo ed esclusivamente gli "enti pubblici" che ricevano dallo Stato una contribuzione in termini di "apporto al capitale" o di "concessione di una garanzia finanziaria".

Ai sensi del medesimo art. 12 il controllo, anziché nelle forme previste dagli artt. 5 e 6, è esercitato in corso di gestione "da un magistrato della Corte dei conti, nominato dal Presidente della Corte stessa, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione".

Per quanto sia svolto concretamente da un singolo magistrato, il controllo non appare direttamente imputabile al magistrato delegato per ogni singolo ente, in quanto, come chiarito dalla stessa Sezione competente (determinazione n. 45/1992) "il magistrato esplica attività istruttoria, per il controllo esercitato nella sede collegiale dalla Sezione medesima".

L'elemento unificante delle due forme di controllo qui sinteticamente ricostruite è rappresentato dalla finalità cui esso è teso, coincidente con lo svolgimento di un'attività di referto. In altri termini, il controllo previsto dall'art. 100, comma 2 Cost. e disciplinato dalla legge n. 259/1958 risulta finalizzato ad acquisire quegli elementi conoscitivi e valutativi atti a consentire al Parlamento l'esercizio delle proprie funzioni ispettive e di indirizzo. Ai sensi dello stesso art. 100, comma 2 Cost. e dell'art. 7 della legge n. 259/1958, infatti, la Corte dei conti è tenuta riferire alle Camere il risultato del controllo svolto.

Ulteriore canale di collegamento informativo tra Giudice contabile e l'autorità politica è quello previsto dall'art. 8 l. cit., il quale dispone,

attribuendo alla Corte dei conti un generale “potere di rilievo”, che la stessa “oltre a riferire annualmente al Parlamento, formula in qualsiasi altro momento, se accerti irregolarità nella gestione di un ente e, comunque, quando lo ritenga opportuno, i suoi rilievi al Ministro del Tesoro ed al Ministro competente”¹¹³.

Si discute se i due tipi di controllo (ex art. 2 o 12 l. cit.) implicino una differenza quantomeno nella intensità del controllo. Questa tesi può apparire supportata dalla diversità nei presupposti soggettivi e oggettivi. Di diverso avviso è invece la Corte dei conti, la quale è a favore dell’idea dell’unicità del controllo e ritiene che la differenziazione nella regolazione posta dalla legge n. 259/1958 si ponga esclusivamente sul piano dell’attività istruttoria.

In proposito la posizione interpretativa della Corte dei conti è, fra le tante, ben espressa nella premessa alla Relazione sulla Rai S.p.A. per gli esercizi finanziari 1997-2001, in cui si legge che “a mente della legge n. 259 esiste un solo tipo di controllo, quanto ad oggetto ed effetti, ed una differenziazione esiste solo per quanto attiene alle modalità di acquisizione dei dati e delle notizie (acquisizione che può ritenersi agevolata, ma non di portata più ampia, quando si tratta di ente cui si applica il menzionato art. 12)”.

Le modalità per l’attivazione risultano parzialmente differenziate a seconda che ricorrano, nei singoli casi, le condizioni previste dall’art. 2 o

¹¹³ La disposizione in esame è stata abrogata dall’art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 289/1999 (riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell’attività svolta dalle amministrazioni pubbliche), adottato in attuazione della delega posta dall’art. 11, comma 1, lett. c) l. n. 57/1997. Successivamente, la Corte dei Conti, ritenendo tale abrogazione lesiva di quel generale potere di controllo che l’art. 100, comma 2 Cost. le attribuisce, ha sollevato conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato nei confronti del Governo con Determinazione 10 febbraio 2000, n. 9. In sede di risoluzione di tale conflitto, la Corte Costituzionale, con la sent. 17 maggio 2001 n. 139, ha provveduto all’annullamento per eccesso di delega della disposizione incriminata, annullamento dal quale è discesa la reviviscenza (*ex tunc*) dell’art. 8 l. n. 259/1958. Per una lettura volta a rinvenire nella reviviscenza di tale disposizione un ritorno alla cultura del controllo preventivo di legittimità che aveva dominato gli orientamenti interni alla Corte dei conti fino a tutti gli anni Ottanta, v. G. D’AURIA, *op. ult. cit.*, p. 1484 ss.; F. BATTINI, *op. ult. cit.*, p. 181 ss.

dall'art. 12 della l. n. 259/1958. Le formule astrattamente ipotizzabili sono le seguenti: apposita norma di legge, solitamente contenuta nella fonte istitutiva; DPR/DPCM, eventualmente adottato su iniziativa della stessa Corte dei conti; ovvero, autonoma determinazione della Corte dei conti.

Nonostante la maggior invasività, normalmente accreditata in capo al controllo concomitante, la normativa di riferimento si occupa del solo controllo cartolare.

L'art. 3 l. 259/58 prevede al riguardo la necessità di un apposito D.P.R. di assoggettamento (poi sostituito con D.P.C.M. dalla l. 12 gennaio 1991, n. 13) adottato "su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto col Ministro del Tesoro e col Ministro competente".

A fronte del silenzio serbato dalla l. n. 259/1958 in ordine alle modalità di concreta attivazione del controllo ex art. 12 l. cit., la prassi seguita dalla Corte dei conti è stata tendenzialmente quella di attendere, anche in questo caso, la formalizzazione della sottoposizione a controllo ad opera del Governo.

In tal contesto si iscrive una nota inviata dal Presidente del Consiglio, datata 4 marzo 1995 (prot. 1.1.27/16281), ove è stato indicato che, in virtù della specifica qualificazione della Corte dei conti, i provvedimenti di assoggettamento a controllo potranno essere adottati oltre che per diretta iniziativa del Presidente del Consiglio, dietro motivata richiesta della stessa Corte dei conti¹¹⁴.

La procedura così delineata ricalca quella prevista per l'assoggettamento a controllo ex art. 2 l. n. 259/1958, differenziandosi da essa solo per l'autonomo atto d'impulso proveniente dal medesimo soggetto controllore.

Secondo l'interpretazione offerta dalla Corte residuerebbe comunque in capo alla stessa, sebbene non espressamente riconosciuto, il potere di attivare in via autonoma e diretta l'assoggettamento a controllo.

114A seguito dell'eventuale adozione del decreto, la Sezione controllo enti emana quindi una determinazione volta a disciplinare, nei confronti del singolo ente, le modalità di esecuzione.

Questa posizione interpretativa è stata recentemente esposta nella Determinazione n. 2/2005, ove si legge “che non è preclusa l’attivazione diretta – da parte di questa Sezione – del controllo sugli enti rientranti nelle specifiche previsioni dell’art. 12 della legge n. 259/1958, poiché detta norma non formula alcuna indicazione circa il procedimento della loro individuazione, allorché la contribuzione si configura come apporto al patrimonio”¹¹⁵.

Tuttavia, allo stato attuale, non risulta che un tale potere sia mai stato esercitato e, pertanto, non è dato rinvenire alcuna società o ente pubblico sottoposto a controllo a seguito di “attivazione diretta” da parte della Sezione controllo enti, mentre è possibile riscontrare un gran numero di sollecitazioni volte a stimolare l’attivazione del controllo medesimo secondo i consueti meccanismi del D.P.R.

E’ comunque possibile riscontrare l’emissione di apposite delibere con cui la Corte dei conti ha sollecitato il Governo all’emissione dei relativi decreti di assoggettamento al controllo¹¹⁶. Si tratta, tuttavia di fenomeno che ha interessato prevalentemente il controllo sulle società di proprietà pubblica e che, pertanto, verrà affrontati più avanti.

7. Una forma di controllo indiretto: la responsabilità amministrativa.

Una forma di controllo indiretto sugli enti pubblici si collega alla sottoposizione dei suoi amministratori e dipendenti all’istituto della

¹¹⁵ Affermazioni di analogo tenore sono contenute in tutte le determinazioni di sollecitazione per l’adozione dei D.P.C.M. di assoggettamento, nonché nell’ambito della Determinazione n. 4/2006.

¹¹⁶ Le richieste sono state avanzate per la SIAE, con Determinazione n. 35/2002; per l’Agenzia del Demanio, con Determinazione n. 25/2004; per l’ITT (Istituto italiano di tecnologia), con Determinazione n. 26/2004. In tali ipotesi il Governo ha dato seguito alla sola richiesta attinente all’Agenzia del demanio, emanando il D.P.C.M. 18 aprile 2005, per la quale è intervenuta in data 28 marzo 2006 la delibera n. 11/2006 relativa agli adempimenti necessari per una compiuta attuazione del controllo stesso.

responsabilità amministrativa per i danni da questi cagionati nell'esercizio delle loro funzioni all'amministrazione di appartenenza o ad altra amministrazione.

La disciplina dell'istituto trova ora una regolamentazione organica nell'ambito dell'art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20 che spoglia le amministrazioni danneggiate dalla titolarità dell'azione risarcitoria per attribuirle direttamente al procuratore regionale presso la Corte dei conti.

In ragione di un tale fattore il p.m. contabile viene sostanzialmente investito di un ruolo di controllo sui danni cagionati alla pubblica amministrazione per i quali potrà agire in una prospettiva risarcitoria attivando il relativo giudizio di responsabilità presso la stessa Corte dei conti alla quale è attribuita la giurisdizione in materia.

In ragione dell'azionabilità d'ufficio delle pretese risarcitorie la responsabilità amministrativa gode di una significativa efficacia deterrente legata al particolare carattere misto che la caratterizza. Si tratta infatti di una particolare forma di responsabilità che si compendia di elementi propri della tutela recuperatoria e altri di una più spiccata ispirazione sanzionatoria che non a caso hanno stimolato la dottrina in ordine al suo inquadramento dogmatico¹¹⁷.

Per i profili che qui più direttamente interessano si può rilevare che la giurisdizione della Corte dei conti risulta delimitata dalla presenza di due

¹¹⁷ Senza poter riportare in questa sede i termini del dibattito sull'inquadramento dell'istituto, si può semplicemente accennare all'esistenza di due correnti principali, la prima tendente ad accentuarne il carattere sanzionatorio e la seconda che preme per una sua configurazione in termini civilistici. A fianco a tale soluzioni si pone la soluzione intermedia di chi ritiene che si tratti di una «responsabilità *sui generis* irriducibile alla alternativa tra responsabilità privatistica-risarcitoria e responsabilità pubblicistica-sanzionatoria» (G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, cit., Vol. I, p. 274). Fra gli studi di carattere monografico che si sono di recentemente soffermati sul tema, v. L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, che propende per una ricostruzione dell'istituto in termini prevalentemente sanzionatori; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano 2003, che accoglie invece un prospettiva di matrice privatistica. I contributi sul tema sono comunque numerosissimi, *ex multis*, v.: F.G. COCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997; D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998; S. PILATO, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle ll. nn. 19/94, 20/94, 639/96*, Padova, 1999; L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001;

elementi: sotto il profilo soggettivo, si richiede la natura pubblica dell'amministrazione o dell'ente al quale l'agente era legato da un rapporto di servizio, mentre il profilo oggettivo riflette la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale si sia verificato l'evento fonte di responsabilità.

Se con riferimento agli enti pubblici non economici non sono mai sorti dubbi particolari, l'applicazione del regime di responsabilità amministrativa rispetto agli amministratori degli enti pubblici economici è stata invece oggetto di orientamenti giurisprudenziali non sempre uniformi. Sebbene i parametri originariamente accolti dalla giurisprudenza erano tali da ricomprendere nell'ambito della giurisdizione contabile gli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici¹¹⁸, a seguito dell'intervento operato con l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 1982, n. 1282, si registrò un significativo mutamento di prospettiva che ha finito per restare, poi, sostanzialmente immutato per poco più di un ventennio.

Fermi restando i presupposti precedentemente individuati, la Suprema Corte ritenne infatti di limitare, con riferimento agli enti pubblici economici, la giurisdizione della Corte dei conti alle sole ipotesi in cui il danno fosse provocato dall'esercizio di un'attività amministrativa in senso proprio¹¹⁹.

Si giunge quindi ad affermare una sostanziale incompatibilità fra responsabilità amministrativa e attività imprenditoriale, in quanto l'assunzione del rischio d'impresa, precluderebbe in partenza l'adozione di scelte vincolate dal rispetto delle regole della contabilità pubblica. Le ragioni di un tale approccio riposano sull'analisi dei profili genetici degli

¹¹⁸ Sul punto, cfr. la pronuncia della Corte di cassazione, 5 febbraio 1969, n. 363.

¹¹⁹ Più in particolare, v. quanto si afferma nell'ambito della pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 1982, n. 1282, ove si rileva espressamente che "se il carattere generale della giurisdizione della Corte dei conti non può essere messo in dubbio, quando ricorrano i due elementi, l'uno soggettivo che attiene alla natura pubblica dell'ente e l'altro oggettivo che riflette la qualificazione pubblica del denaro, tale giurisdizione va peraltro esclusa in relazione agli enti pubblici economici, con riguardo alle attività che si collocano nell'ambito dell'esercizio imprenditoriale che è proprio di tali enti."

enti pubblici economici e delle modalità operative che li contraddistinguono¹²⁰.

La giurisprudenza successiva si è tendenzialmente uniformata al principio espresso nell'ordinanza n. 1282/1982¹²¹, premurandosi, talvolta, di offrire un più articolato approfondimento delle ragioni che depongono per l'esclusione della giurisdizione della Corte dei conti¹²².

L'assenza di un modello comportamentale sufficientemente dettagliato, connessa al carattere economico dell'attività esercitata,

¹²⁰ Ancora significative appaiono le considerazioni espresse dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 1982, n. 1282. Si afferma infatti quanto segue: «gli enti pubblici economici svolgono funzione di regolamentazione dell'economia, e quindi perseguono finalità di carattere pubblico, attraverso un'attività di produzione per il mercato e d'intermediazione nello scambio al pari degli imprenditori privati. Essi normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato (art. 2093 e 2201 c.c.) e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell'imprenditore privato. La categoria degli enti pubblici economici è, infatti, sorta proprio per la necessità di realizzare un tipo di organizzazione più idoneo allo svolgimento di attività d'impresa, svincolata dalle regole troppo rigide della contabilità pubblica e sottoposta a forme più appropriate di controllo, e per rendere possibile il conseguimento di utili attraverso la partecipazione alla vita degli affari, di regola in regime di concorrenza con gli imprenditori privati del settore. Il conseguimento degli utili – cioè il fine di lucro – se non in chiave di pura redditività, dev'essere inteso come diretto a realizzare almeno quanto occorre per compensare i fattori produttivi impiegati e, se non costituisce lo scopo ultimo della creazione degli enti pubblici economici (rappresentato dalla pubblica finalità per la quale essi vengono costituiti), deve normalmente essere soddisfatto al fine di consentire all'ente di vivere ed operare, essendo gli utili connessi al modo in cui l'attività economica viene svolta»

¹²¹ Per ragioni di completezza appare opportuno sottolineare che l'orientamento espresso dalla Suprema Corte non è stato da subito oggetto di un pacifico accoglimento da parte del giudice contabile. A ridosso dell'ordinanza n. 1282/1982 la Corte dei conti, sez. I giur., 26 aprile 1982, n. 53, ha, infatti, affermato la sussistenza della propria giurisdizione sulla responsabilità di un funzionario dipendente da un ente pubblico economico. Nella pronuncia della Corte dei conti, sez. I giur., 16 settembre 1972, n. 103, si è invece sostenuta la giurisdizione contabile nei confronti di un ente di gestione delle partecipazioni statali, adducendo la maggior incidenza dei profili pubblicistici che contraddistinguerebbero tali tipologie di enti al cospetto dei normali enti pubblici. L'epilogo della vicenda è stato poi segnato dalla pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 14 dicembre 1985, n. 6328, che ha confermato l'orientamento dell'ord. n. 1282/1982.

¹²² Sul punto, cfr. l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 ottobre 1983, n. 6178, che ha incentrato il proprio apporto motivazionale sull'analisi della nozione di contabilità pubblica per negarne la riferibilità all'attività posta in essere da soggetti imprenditoriali. In particolare in tale pronuncia si rileva che «la nozione di contabilità pubblica, certamente differenziata, quand'anche legislativamente non definita, non può invero intendersi se non con riferimento al costituito sistema normativo pubblicistico che, per lo Stato e per altri Enti Pubblici, territoriali e non, tipicamente regola i modi di acquisizione, gestione, impiego e conservazione dei mezzi finanziari mediante i quali l'ente pubblico persegue e realizza i propri fini istituzionali, nonché i controlli sui comportamenti e le attività al riguardo dovuti o concretamente posti in essere dai soggetti che quei mezzi, sotto i profili e per i fini indicati amministrano»

pregiudica nella sostanza l'individuazione di parametri a cui poter rapportare la legittimità dell'attività imprenditoriale posta in essere¹²³.

Sulla base di tali considerazioni si finiva per contrapporre l'attività amministrativa a quella imprenditoriale, con la conseguenza che solo con riferimento alla prima si ammetteva la sussistenza di una giurisdizione specializzata qual è quella della Corte dei conti, mentre alla seconda conseguiva l'ordinario regime di responsabilità civilistica¹²⁴.

Nel corso degli anni, l'impostazione seguita dalla giurisprudenza non è stata oggetto di alcun significativo ripensamento e si è assestata sui principi richiamati¹²⁵, fino all'energica svolta segnata dall'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2003, n. 19667, che poi ha

¹²³ Ancora significative appaiono le considerazioni espresse dalla di Cassazione, Sezioni Unite, 21 ottobre 1983, n. 6178, ove si rileva che «costituisce ulteriore e indeclinabile presupposto per della giurisdizione della Corte dei conti in ordine ai giudizi di responsabilità l'esistenza di norme del sistema da cui nei sensi chiariti si deduce la nozione di contabilità pubblica che prefigurino uno schema di comportamento, nell'esercizio della propria funzione, del soggetto sottoposto a giudizio. Ciò è certamente per lo Stato e per gli Enti pubblici non economici (...) per la diretta immediata realizzazione degli istituzionali fini di interesse generale, con attività per ogni aspetto tipicamente e precisamente regolata, e rigidamente sottoposta a controllo; e invece non è per gli enti pubblici economici, al riguardo dell'attività imprenditoriale esercitata» che per le proprie «caratteristiche strutturali e funzionali, esula dalla materia della contabilità pubblica, e non è, e non può ritenersi regolata dal menzionato sistema normativo a quella pertinente»

¹²⁴ Sul punto cfr.. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 ottobre 1983, n. 6179, che si è soffermata maggiormente sulle caratteristiche essenziali che consentono di contrapporre l'attività amministrativa a quella imprenditoriale e i relativi regimi di responsabilità.

¹²⁵ Significativa la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione., sez. un., 2 ottobre 1998, n. 9780, in *Foro it.*, I, 1999, 575, ove si affermava che «a carico degli amministratori o funzionari di enti di gestione delle partecipazioni statali, come in genere di enti pubblici economici, la giurisdizione contabile della Corte dei Conti sussiste con limitato riguardo agli atti esorbitanti dall'esercizio di attività imprenditoriale ed integranti espressione di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero di funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici, perché, in caso contrario, non è configurabile un rapporto di servizio con lo Stato; pertanto, deve essere esclusa tale giurisdizione, ed affermata quella del giudice ordinario, nell'ipotesi di responsabilità risarcitoria di detti amministratori o funzionari per l'occultamento e l'illecita gestione di somme provenienti dalle attività di impresa delle società partecipate». E ancora che «il requisito della natura pubblica dell'ente doveva essere riferito agli enti pubblici non economici, poiché gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell'imprenditore privato», aggiungendo che «alla natura, agli scopi ed al modo di operare degli enti pubblici economici mal si addice il rigore del controllo della contabilità pubblica in senso stretto»

costituito l'anticamera per l'estensione di tale forma di responsabilità anche alle società pubbliche su cui si tornerà in seguito.

In tale ipotesi la Suprema Corte, mutando radicalmente la posizione assunta nell'ambito dell'ordinanza n. 1282/1982, è giunta ad affermare la sussistenza della responsabilità amministrativa e la conseguente giurisdizione della Corte dei conti, in un'ipotesi in cui il danno era stato prodotto nei confronti di un ente pubblico economico da un soggetto qualificato come «funzionario di fatto» dell'ente medesimo¹²⁶.

Collocando su un piano elettivo d'indagine i profili qualitativi del soggetto passivo, l'impostazione indicata finisce per delimitare le due giurisdizioni in funzione della natura pubblica, o privata, delle risorse impiegate.

Le ragioni di una tale scelta vengono giustificate da un'articolata riflessione che, prendendo le mosse dall'analisi del processo di privatizzazione, ha investito profili attinenti all'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione, al correlato incremento delle modalità operative di stampo privatistico e al mutato assetto normativo di riferimento.

Nell'ambito di tale pronuncia si perviene quindi ad una completa neutralizzazione della rilevanza del diritto privato che, ridotto ad una mera regola di svolgimento materiale dell'attività, si considera inidoneo a qualificare in senso giuridico l'attività stessa. Si ritiene infatti che «ancorché in forme privatistiche gli enti pubblici economici - soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura - svolgono dunque anch'essi attività amministrativa, rispetto

126 La soluzione accolta, appare preannunciata da Cass., sez. un., 19 gennaio 2001, n. 11 e da Cass., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8229, entrambe richiamate nel corpo della motivazione. In particolare, nella prima ipotesi si era dichiarata l'irrilevanza dell'utilizzo degli strumenti privatistici da parte di un ente pubblico non economico ai fini dell'individuazione della giurisdizione della Corte dei conti. Nella seconda, si rilevava che «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della corte dei conti non è limitata alla sola attività provvedimentale, ma comprende tutti i comportamenti commissivi o omissivi, imputabili a dolo o colpa grave, dai quali sia derivato un danno per lo stato o l'ente pubblico» (Mass., 2002).

alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato».

Dopo aver ripercorso l'ampliamento della giurisdizione contabile per effetto degli interventi legislativi degli anni Novanta, soffermandosi in particolare su quanto disposto dall'art. 1, u.c. l. n. 20/1994, la Corte giunge ad affermare che «il “discrimen” tra le due giurisdizioni risiede infatti unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura - pubblica o privata delle risorse finanziarie di cui esso si avvale (...), con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte dei conti presso la quale (...) è istituito il procuratore regionale abilitato a promuovere i relativi giudizi nell'interesse generale dell'ordinamento giuridico».

Questo nuovo orientamento sembra essere destinato a consolidarsi, come dimostrato da successive pronunce, quali Cass., sez. un., 25 maggio 2005 n. 10973, e 20 giugno 2006 , n. 14101, ove si ribadisce che, per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, ultimo comma, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, gli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici sono soggetti alla responsabilità erariale, poiché nell'attuale assetto normativo il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno¹²⁷.

¹²⁷ In senso contrario, invece, Cass. Civ., Sezioni Unite., 9 giugno 2004, n. 10979, che riprende l'orientamento tradizionale secondo cui la giurisdizione contabile è limitata, rispetto agli enti pubblici economici, agli atti posti in essere nell'esercizio di poteri autoritativi.

LE SOCIETA' PER AZIONI

SOMMARIO: **1.** La nascita e lo sviluppo del modello societario: il «privilegio» della responsabilità nella tipizzazione dei modelli legislativi. **2.** Le teorie istituzionalistiche e le teorie contrattualistiche nella nozione di interesse sociale. La contrapposizione fra l'interesse del socio e l'interesse della società **3.** I riflessi sull'assetto organizzativo delle diverse impostazioni dogmatiche nella conformazione dei poteri del socio. **4.** Il controllo di cui all'art. 2359 c.c. e l'«attività di direzione e coordinamento» nella contrapposizione fra poteri formali e situazioni di fatto. **5.** I modelli di governance nell'articolazione delle competenze degli organi sociali. **6.** I controlli interni immanenti al modello organizzativo. **7.** Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori.

1. La nascita e lo sviluppo del modello societario: il «privilegio» della responsabilità nella tipizzazione dei modelli legislativi.

L'emersione del modello della società di capitali affonda le sue radici in tempi lontani e viene normalmente ricondotto all'affermazione delle prime compagnie coloniali¹²⁸. Originariamente il modello veniva configurato come una sorta di privilegio che, sulla base di un retrostante patto concluso fra gruppi di imprenditori e il sovrano, consentiva ai primi di beneficiare della responsabilità limitata in ragione dell'iniziativa

¹²⁸ L'origine del fenomeno viene alternativamente collegata alla costituzione dell'*East India Company*, nata nel 1600 con atto della Corona britannica, ovvero alla *Oost indische compagnie*, costituita nel 1602 con *octrooi* degli Stati Generali delle Provincie Unite d'Olanda. Sul punto v. A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della «Company» inglese*, in *Riv. Soc.*, 1960, p. 633 ss. e ora anche in A. MIGNOLI, *Le società per azioni - problemi - letture - testimonianze*, Tomo II, Milano 2002, p. 13 ss.; G. COTTINO, *Il diritto che cambia: dalle compagnie inglesi alla grande società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 493 ss. p. 78, nota 15. Tuttavia non mancano pregresse esperienze nell'ambito della penisola italiana. Si tratta tuttavia di vicende episodiche che come rilevato dalla dottrina si fondano su presupposti assai differenti da quelli che poi condurranno all'emersione dell'attuale modello societario, sulle quali v. F. GALGANO, *Lex mercatoria.*, Bologna, 2001, p. 141 ss. al quale si rimanda anche per l'intero processo storico di affermazione del modello della società per azioni.

economiche intraprese nelle nuove terre e del conseguente accrescimento della potenza economica e politica dello Stato¹²⁹.

La suddivisione del capitale in azioni, consentiva poi di sopperire agli svantaggi connessi al ricorso alle più tradizionali forme di finanziamento esterno operate dai banchieri e facilitava, così, l'avvio di iniziative economiche che in ragione dell'elevato rischio, difficilmente sarebbero state intraprese dai commercianti¹³⁰.

La qualità di socio, una volta incorporata nel titolo, ossia l'azione, diveniva liberamente trasferibile e consentiva di concorrere alla distribuzione del lucro senza assumere alcun rischio illimitato¹³¹. L'azione diveniva così lo strumento che consentiva alla classe mercantile di mobilitare le risorse finanziarie degli altri ceti sociali che a loro volta potevano beneficiare della competenza professionale maturata da questa per assicurarsi una rendita più propizia rispetto agli investimenti tradizionali.

Nelle fasi iniziali di affermazione del modello, in ragione della commistione fra interessi dei mercanti, delle ulteriori classi sociali coinvolte nell'investimento e l'interesse del sovrano, finivano per prevalere forme statuarie speciali che si caratterizzavano per un marcato interventismo da parte sovrano, giustificabile in ragione del beneficio della responsabilità limitata che conseguiva dall'adozione del modello organizzativo.

Al di là delle apparenze, delle principali decisioni inerenti alla vita sociale non era investita l'assemblea degli azionisti, ma si prediligeva un

¹²⁹ In realtà il beneficio della responsabilità limitata non era estraneo alle precedenti esperienze degli ordinamenti nazionali, tuttavia aveva una valenza limitata e rimaneva sostanzialmente circoscritto al fenomeno delle società in accomandita. Tale modello organizzativo consentiva di conciliare la prospettiva speculativa propria della classe nobiliare con la gestione imprenditoriale propria dei commercianti. Per effetto del riconoscimento della responsabilità illimitata la classe nobiliare poteva assicurarsi una posizione sostanzialmente statica che si conformava alla posizione di privilegio da questa assunta al cospetto dei commercianti sui quali gravava la piena responsabilità dell'impresa. Sul punto, v. F. GALGANO, *op.loc.ult.cit.*

¹³⁰ Sulle differenze tra le forme di finanziamento legate all'investimento azionario, inteso come capitale di rischio, e gli inconvenienti legati al ricorso alle forme di finanziamento mediate dalle strutture bancarie v. GALGANO, *op.ult. cit.*

¹³¹ Sulla natura del bene azionario e le caratteristiche volte a conferire flessibilità allo strumento anche in ragione alla loro natura di titoli di credito v. *infra*.

assetto di poteri che legittimava vari meccanismi di intervento del potere pubblico.

Il modello, infatti, seppur con le innegabili differenze che ne hanno caratterizzato lo sviluppo nei vari paesi¹³², per lungo tempo è rimasto ancorato alla logica del privilegio di concessione sovrana e per questo motivo ha subito una prima fase di arresto in conseguenza dell'affermazione dei principi scaturenti dalla rivoluzione francese¹³³.

Per effetto del rinnovato quadro istituzionale, un tale strumento giuridico non è tuttavia scomparso, ma, piuttosto, ha finito per affrancarsi dall'originaria impostazione di privilegio speciale per assumere dei connotati universali che hanno portato ad un suo progressivo accostamento alle altre formule societarie fino ad allora esistenti.

Il *Code de commerce* del 1807 all'art. 19 stabiliva che «la legge riconosce tre specie di società commerciali: la società in nome collettivo, la

¹³² Per una contrapposizione fra i modelli olandesi e britannici, v. la completa analisi di A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della «Company» inglese*, cit., p. 633 ss. ove il primo viene considerato in ragione del «potere assoluto degli amministratori, nessuna possibilità di far sentire la loro influenza da parte degli azionisti, divisi (...) in “partecipanti principali” e in “sottopartecipanti” questi ultimi considerati come una specie di creditori». Il modello inglese veniva invece apprezzato in ragione della base democratica che presentava, in cui «la sovranità appartiene alla collettività dei partecipanti». Sul punto, v. però i rilievi critici di GALGANO, *op. ult. cit.*, ove si rileva che l'apparente contraddizione fra le due esperienze era legata alla diversa base azionaria che caratterizzava le diverse compagnie, infatti «l'interna “democraticità” della Compagnia [inglese] era, dunque, correlativa ad una sua non “democratica” chiusura esterna che precludeva ogni partecipazione della media e piccola borghesia (il cui apporto di ricchezza doveva a differenza che in Olanda, apparire superfluo) e concentrava il capitale sociale nelle mani dei mercanti più potenti e degli aristocratici più ricchi e influenti». Con l'evolversi del tessuto azionario inglese verso delle maggiori forme di apertura si riproposero i fattori che caratterizzarono l'esperienza olandese. Non a caso il modello olandese costituì la base di riferimento per il modello francese. In quest'ultimo, anch'esso caratterizzato dall'esclusione dei piccoli azionisti dalla partecipazione all'impresa, si caratterizzava per particolari formule di azioni di «nomina regia»

¹³³ A seguito della Rivoluzione, il decreto del 26 germinale dell'anno II stabilì infatti che tutte le società fossero sciolte. Tuttavia la legge 30 brumaio dell'anno IV revocò il provvedimento sulla e prevalse la considerazione che «è necessario favorire il commercio col rendergli la libertà che è stata fonte della prosperità francese». Un analogo mutamento di prospettiva si registra in Inghilterra con il *Limited Liability Act* del 1885. Negli Stati Uniti il processo di liberalizzazione dello strumento societario è avvenuto più rapidamente e si collega all'affermazione del principio del *general in corporation* introdotto nello Stato di New York nel 1811. Per un'analisi di tali aspetti, v. P. VERRUCOLI *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law* Milano 1964, p. 29, 75 ss.; P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. i dir. civ.*, 1961, I p. 442.

società in accomandita, la società anonima» e in tal modo il beneficio della responsabilità limitata e della suddivisione del capitale in azioni diventano il carattere predominante di un nuovo modello organizzativo universalmente utilizzabile.

Tuttavia, il fenomeno non rimane circoscritto alla sfera eminentemente privata dei soci, in quanto in ragione di un interesse alla «tranquillità pubblica», variamente collegato alla tutela degli azionisti e dei creditori, la costituzione della società rimane subordinata ad un'autorizzazione governativa volta a vagliare la serietà dell'iniziativa economica. Stabilisce infatti l'art. 37 che «la società anonima non può esistere se non con l'autorizzazione del Governo e con l'approvazione dell'atto che la costituisce. Tale approvazione deve essere data nella forma stabilita dai regolamenti di pubblica amministrazione»¹³⁴.

Per effetto della mediazione politico-amministrativa fra la classe imprenditoriale e la classe detentrica della ricchezza, permane quindi una forma di controllo sulla costituzione delle società per azioni che al contempo si accompagna ad riequilibrio dei rapporti interni alla società¹³⁵.

Con il processo di regolamentazione del modello si abbandona, quindi, il precedente sistema incentrato sull'«autorità», per realizzarne uno improntato alla ricerca del consenso.

Alla socializzazione del capitale, infatti, non aveva fatto riscontro una corrispondente socializzazione del potere economico interno alla società e questa continuava ad essere influenzata oltre modo dalle scelte operate dal sovrano.

¹³⁴ Un indirizzo politico analogo sarà poi formulato anche con riferimento al nostro codice di commercio del 1865, rispetto al quale la circolare del 26 novembre 1866 prevede che «il Governo veglia per tutelare l'interesse degli azionisti che confidano i loro risparmi a un ente anonimo, per seguire il movimento dei grandi capitali che governano il mercato per sicurezza dei terzi che contrattano con le compagnie anonime (...). Gli stati di contabilità e i bilanci saranno pubblicati per cura del Governo, il quale intende soccorrere con tutti i mezzi che la legge gli appresta ai legittimi richiami delle minoranze». Per tali riferimenti, v. C. DE CESARE, *Il sindacato governativo, le società commerciali e gli istituti di credito del Regno d'Italia*, Firenze 1867 pp. 45 ss.

¹³⁵ F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

Sul piano giuridico, questo mutamento dello spirito del modello si è tradotto nell'affermazione del principio di sovranità dell'assemblea: gli amministratori sono investiti di un potere di direzione limitato e di tipo derivato che trova legittimazione nel sottostante substrato sociale e nel rapporto di mandato che li lega all'assemblea. L'art. 31 del *Code de commerce* chiarisce infatti che gli amministratori non sono altro che «mandatari temporanei, revocabili, soci o non soci, salariati o gratuiti», pertanto, l'assemblea degli azionisti può imporre direttive e ordini condizionando a suo piacimento le scelte di gestione degli amministratori mandatari¹³⁶.

La supremazia dell'assemblea veniva assicurata garantendo a tutta la compagine sociale, anche di minoranza, il più ampio dibattito su ogni aspetto della vita sociale con il conseguente obbligo della maggioranza di riferire in contraddittorio su ogni scelta attinente alla gestione.

A partire dalla seconda metà dell'Ottocento anche il controllo governativo è stato progressivamente soppiantato da una più compiuta regolamentazione del modello organizzativo¹³⁷. Secondo l'emersione di un più definito principio di libertà di iniziativa economica, la protezione offerta dall'autorizzazione governativa viene quindi sostituita da un ampliamento degli strumenti volti a garantire l'attivazione di una tutela diretta degli interessati e prese quindi progressivamente corpo una disciplina dettagliata volta al rafforzamento della tutela degli azionisti soprattutto nell'ottica di consentirne una diretta partecipazione ai processi decisionali¹³⁸.

¹³⁶ Così rilevava M. DELANGLE, *Société commerciales*, in TROPLONG, *Du contract de société*, «se gli amministratori sono mandatari revocabili è del tutto evidente che i soci regolano a loro piacimento l'esercizio di un mandato che è loro opera»

¹³⁷ Sul punto, v. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 150, ove sono presenti i riferimenti normativi, anche in chiave comparata, che hanno condotto all'abbandono del sistema dell'autorizzazione governativa.

¹³⁸ F. GALGANO, *op. loc. cit.*, p. 150, rileva come «ciascun socio, anche di minoranza, era messo in condizione di interloquire con la gestione sociale e, anzi, su ciascun affare della società. La minoranza poteva, chiedendo la convocazione dell'assemblea, provocare un dibattito assembleare su qualsiasi argomento, anche il più dettagliato, attinente all'esercizio dell'impresa sociale; e la maggioranza era, di conseguenza, costretta a render conto in assemblea, in contraddittorio con la minoranza di ciascuna scelta compiuta nella direzione degli affari sociali».

Il consolidamento di una tale disciplina ha indotto a riscontrare un facile accostamento con il processo di allargamento del suffragio elettorale, fino a descrivere il modello societario ottocentesco in termini di «democrazia azionaria»¹³⁹.

Tuttavia, nonostante le misure adottate, lo strapotere del capitale di comando ha finito per imporsi e, in poco tempo, da fenomeno degenerativo si è tradotto in dato istituzionale.

Si vengono quindi a riproporre delle rinnovate forme di governo accentrato che, seppur ispirate a basi ideologiche non sempre omogenee, porteranno ad un graduale esautoramento del ruolo dell'assemblea degli azionisti.

Alla competenza sostanzialmente illimitata e generale che aveva caratterizzato l'assemblea della struttura societaria ottocentesca, si sostituiscono una serie di limitate competenze speciali e, non di rado, anche l'atto di nomina degli organi amministrativi veniva rimesso a particolari forme di cooptazione¹⁴⁰.

Tale processo di rivisitazione è stato fortemente condizionato dall'emersione delle dottrine istituzionalistiche sviluppatasi in Germania a partire dagli inizi del XX secolo.

Si tratta di un'impostazione teorica che influenzerà tutto il diritto societario degli anni a venire e che, nonostante le più recenti contrapposizioni sorte per effetto della progressiva affermazione delle c.d. teorie contrattualistiche, trova numerosi riscontri anche nell'attuale disciplina positiva.

¹³⁹ Sul punto, v. M. PESSCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, Roma, 1879., p. 43, il definiva i meccanismi societari come «una specie di Stato economico finanziario, il governo del quale debba essere ordinato con le forme degli Stati liberi e rappresentativi»

¹⁴⁰ Anche le garanzie legate all'atto dell'approvazione del bilancio, che permane comunque nelle prerogative assembleari, vengono sostanzialmente vanificate dalle modalità di redazione dello stesso: il bilancio è solo consuntivo e, quindi, pur descrivendo i risultati della gestione passata non rappresenta alcun orientamento sulle future scelte gestionali. Sul punto v. F. GALGANO, *op.loc.ult.cit.*

2. Le teorie istituzionalistiche e le teorie contrattualistiche nella nozione di interesse sociale. La contrapposizione fra l'interesse del socio e l'interesse della società

Il terreno su cui si sono confrontate le due opposte concezioni è stato, prevalentemente quello dell'interesse sociale, ma le implicazioni pratiche dell'accoglimento dell'una o dell'altra filosofia finiscono per riverberarsi su numerosi aspetti della vita sociale¹⁴¹.

In via di prima approssimazione, la linea di demarcazione fra le due correnti dottrinarie può dirsi segnata dalla permeabilità o meno dell'interesse sociale ad interessi che trascendano da quelli dei singoli soci.

L'impostazione istituzionalistica, almeno nel suo disegno originario, prendeva le mosse dall'osservazione dei fenomeni che accompagnano lo sviluppo della grande impresa sotto forma di società per azioni: staccandosi dai soci proprietari e dai loro interessi particolari, l'impresa di grandi dimensioni viene naturalmente attratta dall'economia collettiva fino a divenire un «saldo pilastro della conservazione e della difesa dello stato»¹⁴².

¹⁴¹ Per un'analisi delle diverse impostazioni dottrinarie, v. P.G. JAEGER, *Interesse sociale*, Milano, 1972; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss.; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 56 ss.

¹⁴² Così, W. RATHENAU, *La realtà delle società per azioni* (trad. it.), in *Riv. società*, 1960, p. 944. Sebbene l'Autore sia normalmente riconosciuto come il padre indiscusso della teoria dell'«impresa in sé», significative assonanze possono essere rinvenute nella precedente opera del KLEIN, *Die neuen Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Vienna, 1904, ove si rivengono i principali motivi in seguito sviluppati dalle teorie istituzionalistiche. La posizione dell'autore appariva infatti favorevole al consolidamento di posizioni preponderanti nell'assetto societario che venivano lette come una naturale evoluzione di un sistema fisiologicamente teso alla realizzazione di una «costituzione di stampo aristocratico o monarchico». Per tali ragioni si avversava la tendenza di imporre in ambito societario una sorta di costituzione democratica, in quanto si riteneva che una tale fattore avrebbe potuto annullare «il libero spirito di iniziativa» (p. 64). Sotto il profilo organizzativo, tali considerazioni si traducevano in un ridimensionamento ai principi di pubblicità degli affari sociali (p. 48), contrarie al segreto industriale che avrebbe dovuto imporsi ad ogni impresa, ma soprattutto, si contestavano le norme predisposte per tutelare la minoranza e i singoli azionisti. Si riteneva infatti che, nella regolamentazione del fenomeno societario, lo stato fosse chiamato a controbilanciare due interessi contrastanti. Sebbene lo stato debba preoccuparsi di vegliare sul patrimonio degli azionisti, emergeva un interesse originario e più forte a che il capitale investito possa esplicare la sua funzione e non ne venga frenata la produttività (p. 59).

Per tali ragioni si proponeva un sistema istituzionale in grado di favorire il naturale sviluppo dell'impresa sociale e quindi di orientarlo verso l'eliminazione di quegli istituti che in vario modo la ostacolavano. La tutela dei piccoli azionisti, proclamata a gran voce dai giuristi dell'epoca, veniva quindi notevolmente ridimensionata in ragione della prospettiva speculativa da questi naturalmente assunta¹⁴³.

Secondo tali impostazioni si veniva quindi ad affermare una prevalenza dell'interesse sociale, inteso come interesse in sé dell'impresa, sull'interesse dei soci. La presenza di un interesse superiore che trascende dall'interesse dei singoli soci viene quindi a ridimensionare l'aspirazione egoistica alla distribuzione degli utili, per favorire delle forme di autofinanziamento idonee ad assicurare il perseguimento di un interesse all'efficienza produttiva dell'impresa sociale in quanto tale.

Sotto il profilo organizzativo, l'impostazione si traduceva in un drastico ridimensionamento del ruolo dei soci e ad un progressivo esautoramento dell'assemblea dalle scelte fondamentali della vita sociale. Il controllo dell'impresa doveva infatti essere affidato a degli organi amministrativi stabili, resi il più possibile indipendenti dalle «mutedvoli maggioranze di mutedvoli azionisti»¹⁴⁴.

A questo scopo la dottrina dell'impresa in sé si dimostra particolarmente propensa a favorire la prassi, esistente in alcune grandi società, di emettere azioni a voto plurimo o di riservare il diritto di voto ad un numero relativamente esiguo di azioni.

¹⁴³ Sul punto v. quanto affermato da W. RATHENAU, *op. cit.*, che con riferimento ai piccoli azionisti di minoranza non si esimeva dall'esprimere giudizi morali definendoli come detentori di «possessi azionari puramente speculativi, e quindi senz'altro riprovevoli» (p. 392). Differentemente l'analisi della grande impresa lo induceva ad affermare che «pur nel vecchio involucro dell'affare commerciale privato, ha oltrepassato da tempo i limiti della pura economia utilitaristica e ha dovuto accollarsi compiti di natura economico-sociale, statale e politica (p. 936). Espressiva di tale concezione è la citatissima frase di un'amministratore della *Norddeutsche Lloyd* secondo cui «scopo della società non è dividere gli utili fra i soci, ma di far navigare i battelli sul Reno». Per una critica, v. le affermazioni di GRAZIANI, *Nominatività obbligatoria dei titoli azionari*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 632, secondo il quale «quell'amministratore (...) confessava ai suoi azionisti che egli tradiva in quel momento il mandato che gli era conferito»

¹⁴⁴ GÖPPERT, *Zum Aktienrechts-Entwurf*, in *Bank-Archiv.*, 1930, XXX, p. 25

Contestualmente, tutti i diritti riconosciuti agli azionisti venivano fortemente condizionati dall'interesse dell'impresa in sé e, conseguentemente, il diritto all'informazione, all'impugnazione delle deliberazioni assembleare, nonché lo stesso diritto agli utili necessitava di conformarsi al superiore interesse dell'impresa sociale.

Tale impostazione dogmatica, seppur con le diverse sfaccettature che ha assunto, ha finito per essere per molti aspetti implicitamente accolta dalla normativa tedesca sulle società per azioni.

Sia la legge del 1934 che la successiva legge azionaria del 1965 hanno accolto un sistema di *governance* in grado di svincolare quanto più possibile l'operato degli amministratori dall'assemblea. Secondo tale modello l'assemblea è chiamata a nominare un consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*), che, a sua volta, nomina l'organo amministrativo (*Vorstand*). Così facendo gli amministratori ricevono un'investitura di secondo grado e il rapporto diretto con i singoli soci si viene ad affievolire. Emblematica in tal senso anche la disposizione del par. 172 che sottrae all'assemblea l'approvazione del bilancio, salva una contraria disposizione degli amministratori stessi.

Nel nostro ordinamento la posizione assunta dalla dottrina è stata per molti versi differente.

Sotto l'impero del codice di commercio, i problemi della grande impresa industriale sulla struttura e sul funzionamento della società anonima venivano percepiti con particolare interesse¹⁴⁵.

¹⁴⁵ FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Dir. e prat. Comm.*, 1932, I, pp. 3 ss., 173 ss., 275 ss.; ARCANELI - ASCARELLI, *Il regime delle società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 159 ss. Sul punto v. pure ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime*, in *Foro it.*, 1936, IV, c. 19 ss. ove l'autore parlando di uno «spostamento in fatto dal piano privatistico al piano pubblicistico delle grandi anonime», continua affermando che «questo spostamento pone in prima linea la tutela del risparmio nazionale (sia investito in azioni, sia in credito delle anonime), ma insieme alle esigenze della potenza economica italiana e della massa di interessi morali e materiali che, anche al di fuori degli azionisti e dei creditori, sono concessi alle anonime; tali quelli degli operai e impiegati. Entro certi limiti pertanto la tutela del singolo non può che essere una tutela mediata e semra su questo piano possibile non solo la conciliazione dell'interesse individuale con l'interesse generale al quale deve essere subordinato e la eliminazione dei

L'azionariato di Stato, come particolare forma di intervento pubblico sull'economia, e tutte le forme di intervento sviluppatasi dopo la crisi del 1929 che condussero finanche all'istituzione dell'I.R.I. sollecitavano l'attenzione dei giuristi.

In ragione del corporativismo allora dilagante le zone di interferenza fra il diritto pubblico e il diritto privato aumentavano a dismisura coinvolgendo la disciplina dei rapporti di lavoro e quelli connessi alla direzione delle imprese.

Tuttavia la posizione assunta dalla dottrina italiana, che comunque postulava la presenza di interessi generali sostanzialmente ricondotti alla protezione del risparmio e dell'economia nazionale rifiutava di affidarne la tutela all'organo amministrativo sociale per il pericolo di una sopraffazione delle minoranze da parte dei gruppi di controllo¹⁴⁶.

Così il dibattito che si è sviluppato intorno al concetto di interesse sociale era essenzialmente asservito alla risoluzione dei problemi di tutela delle minoranze. Nel codice del 1882 mancava, infatti, una disposizione volta alla regolamentazione del conflitto di interessi del socio per cui la disciplina doveva essere desunta in via analogica attraverso un rinvio all'art. 150 volto alla regolamentazione del conflitto di interessi dell'amministratore¹⁴⁷.

pericoli connessi ad un troppo ampio riconoscimento dei diritti del singolo azionista, non sempre animato da scopi meritevoli di tutela, ma in definitiva una stessa più efficace tutela del singolo, quando i problemi economici e giuridici si pongono su un piano, le cui stesse dimensioni ripugnano da una visione individualistica»

¹⁴⁶ Sul punto v. ancora ASCARELLI, *op. loc. ult. cit.*, il quale rilevava che «la tutela dell' "impresa in sé" va riconosciuta sotto questo profilo (e cioè conciliando l'interesse individuale con l'interesse generale) soltanto, altrimenti finisce per risolversi nella tutela di un gruppo particolare di interessi, sicché la tutela dell'impresa in sé non sembra possibile se non sotto il riflesso della sua coincidenza con l'interesse generali».

¹⁴⁷ Sul punto v. ASQUINI, *Conflitto di interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 653 ss., il quale, tuttavia, considerava l'art. 150 come espressione di un principio generale per cui il titolare di un potere nell'interesse di un terzo deve esercitarlo per perseguire questo interesse e non può con l'esercizio dello stesso perseguire interessi personali eventualmente configgenti con esso. Sull'analogia operata in favore dell'art. 150 v. anche VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, V. ed., Milano, 1923, II, p. 230.

Per tale motivo l'impostazione dogmatica assunta dalla nostra dottrina per molti versi si è conformata ad una particolare corrente della dottrina istituzionalistica tedesca che, sotto l'influenza dell'opera del Gierke, fondava la propria impostazione dogmatica sulla personalità giuridica della società anonima.

Si riteneva infatti che la società si presenta nel mondo giuridico come un soggetto autonomo, indipendente dalle persone dei soci che la costituiscono. Pertanto, la stessa doveva intendersi portatrice di un interesse diverso e superiore a quello degli azionisti¹⁴⁸. Per effetto della valorizzazione della personalità giuridica la posizione del socio veniva assimilata a quella di un organo della società e, conseguentemente, si riteneva che ognuno di questi nell'esercizio del diritto voto dovesse perseguire l'interesse della società medesima.

Pur non negando che l'istituto della società commerciale continuasse a gravitare intorno all'orbita del diritto privato, si enfatizzava l'analogia sussistente con i rapporti fra individuo e collettività ricalcando un percorso argomentativo più consono alle impostazioni di stampo pubblicistico¹⁴⁹.

Ad una tale impostazione conseguiva che i poteri attribuiti agli individui venissero considerati funzionali alla tutela di un interesse alieno. Si osservava infatti che «quando l'organo esercita il potere in vantaggio di un interesse diverso da quello alla cui tutela è destinato, il potere è esercitato fuor dai suoi limiti (...) l'eccesso di potere si risolve senza dubbio nella violazione della norma che conferisce il potere»¹⁵⁰

¹⁴⁸ FERRI, *La tutela delle minoranze*, cit., p. 30, ove si rileva che «ammessa la personalità giuridica della società ci sembra necessario ammettere anche un'atuonomia di interessi (...) normalmente tale interesse sarà conforme a quello dei singoli soci, ma in ogni caso non potrà corrispondere alla somma di interessi singoli».

¹⁴⁹ Sul punto emblematiche le parole del CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni di assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176, il quale affermava che «si va sempre più verso il diritto pubblico quanto più si procede dall'interesse dei singoli all'interesse dei gruppi»

¹⁵⁰ CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 180. Illuminanti sul punto le considerazioni di T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, cit., p. 737: «ora, a me sembra, è principio generale di diritto quello che i diritti e i poteri che non sono concessi nell'interesse egoistico del soggetto, ma per un interesse diverso debbono appunto venir usati per quello scopo per quale sono stati concessi. Il diritto amministrativo ha

Conseguentemente ogni volta in cui il socio avesse fatto esercizio del proprio diritto di voto per perseguire delle finalità estranee all'interesse sociale, ci si sarebbe imbattuti in una ipotesi di violazione di legge per sviamento di potere.

In altri termini, solo l'interesse sociale giustifica l'esercizio del diritto o del potere e tale interesse va tenuto distinto da quello del singolo azionista e da quello risultante dalla somma degli interessi degli azionisti¹⁵¹.

Si tratta di un'impostazione di stampo istituzionalistico che concepisce il socio come organo della società e il potere attribuito al medesimo non come espressione dell'interesse del medesimo, ma nell'interesse della società¹⁵². Del resto configurando i soci, alla stregua degli amministratori, come dei veri organi della società, si consentiva di affermare l'esistenza di un obbligo di perseguimento dell'interesse sociale, argomentando sulla base di quanto stabilito dall'art. 161 del codice di commercio¹⁵³.

elaborato a questo scopo la figura del *detournement du pouvoir*, che noi traduciamo con sviamento e più genericamente come eccesso di potere: io direi meglio, nel caso del diritto privato, abuso di potere. Ma la nozione non è propria del solo diritto pubblico e questo concetto può venire applicato ogni qualvolta un potere venga conferito per un determinato fine e venga invece usato per un fine diverso» .

¹⁵¹ T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *RDCo*, I, 1930, p. 735; G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *DPC*, 2, 1932 ed oggi in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, III, t. I, p. 43.

¹⁵² Sul punto v. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni di assemblea delle anonime*, cit., p.180, che affermava quanto segue: «Per quanto riguarda i poteri degli organi sociali in genere e dell'assemblea dei soci in particolare, non v'è dubbio che siamo ormai fuori dal campo del *diritto suriettivo*. Appunto perciò l'assemblea, come il consiglio di amministrazione, è un *organo* della società. Insomma la legge attribuisce un potere alla maggioranza *affinchè faccia l'interesse di tutti i soci*, e così anche della minoranza, non perché faccia l'interesse proprio. Questo non è scritto in una apposita disposizione del codice; ma chi lo potrebbe negare? Se un principio generale si desume dal complesso delle norme, che costituiscono il regime delle anonime, il principio è questo». In senso analogo, v. G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, cit., 21 e 35)

¹⁵³ «Il diritto di voto non viene concesso all'azionista nel suo interesse particolare ed egoistico, ma invece nell'interesse generale della società, il socio che vota, vota quale organo sociale, esercita una funzione sociale e può perseguire il suo interesse solo in via mediata attraverso quello della società. Di questo ovvio principio, che risponde sicuramente alla comune coscienza, si trovano degli espliciti riconoscimenti in tutte le legislazioni: innanzi tutto in quelle che norme che disciplinano il voto di chi si trova in conflitto di interessi. Così il nostro art. 161 cod. comm.» : così, T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, cit., p. 737. Analogamente, v. G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, cit., 52; A. ASQUINI, *Conflitto di interessi fra il socio*

L'impostazione appena descritta, anche sotto la vigenza del Codice di commercio, riscontrava però autorevoli dissensi.

Più in particolare si riteneva che non era sindacabile la coerenza tra deliberazione assembleare e interesse sociale, in quanto non poteva ritenersi esistente un interesse sociale prima ancora della deliberazione assembleare. Secondo tale impostazione l'attribuzione della personalità giuridica doveva essere letta come il riconoscimento da parte dello Stato di un ordinamento giuridico capace di regolare normativamente i rapporti interni fra i soci. Pur non negandosi la presenza di un interesse sociale e l'impossibilità di una statica assimilazione con quello dei soci, la contrapposizione fra questi veniva fatta discendere dall'imputabilità dei vari interessi a soggetti diversi.¹⁵⁴

e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 653)

¹⁵⁴ Così, B. SCORZA, *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 649, il quale rilevava efficacemente «che un interesse sociale esista è indubbio, che si tratti di un interesse diverso da quello dei soci è anche indiscutibile, perché sono (la società e i soci) soggetti diversi» e poi rilevava che «nelle persone giuridiche (...) l'interesse verrà determinato dagli organi che danno vita alle manifestazioni di volontà dell'ente. Con la conseguenza che l'attività dell'organo non potrà per definizione essere contraria all'interesse della persona giuridica, perché non esiste un interesse astratto ed obiettivo dell'ente che l'organo debba rispettare, bensì solo l'interesse che in concreto determina l'organo con le sue deliberazioni. Interesse che, lasciato alla discrezionalità dell'ente – e quindi dell'organo –, comunque si atteggi, è insindacabile (Argomento questo condiviso pure dal DALMARTELLO, *Osservazioni sul problema della protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *Giur. it.*, 1934, IV, c. 54. sul punto v. pure L. Lordi, *L'azione di responsabilità contro amministratori di società anonima fallita*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 453 ss.; A. DONATI, *L'invalidità della deliberazione d'assemblea delle società anonime*, Milano, 1937; DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Commentario al codice di commercio diretto da Bolafio e Vivante*, IV ed., Torino, 1938, p. 392 ss.). Sulla base di tale impostazione l'insindacabilità rispecchiava la qualificazione dell'assemblea e dei soci come organi della società e della deliberazioni come espressione della volontà della società. Conseguentemente «l'attività dell'assemblea deve considerarsi, anzi che esercizio di un potere giuridico da parte del titolare nell'interesse di un terzo – la società –, esercizio da parte della persona giuridica di una propria facoltà» (B. Scorza, *op. ult. cit.*, p. 657). Sul punto v. però le affermazioni critiche del G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, cit., p. 53 ss., che già rilevava che il vizio dell'eccesso di potere riguarda i singoli voti e pertanto la deliberazione è viziata per effetto del venir meno dei voti determinati, però non si esime dall'ammettere come, nonostante la sua apparente logicità, la teoria in esame porti a conseguenze assurde, presupponendo non soltanto una visione particolare della personalità giuridica, ma una anche una concezione soggettivistica dell'interesse.

Successivamente all'avvento del codice del 1942 la dottrina italiana si è schierata pressoché unanimemente contro le teorie istituzionalistiche¹⁵⁵ e, segnatamente, contro quelle che ricollegavano la distinzione fra interesse dei soci e interesse della società facendo leva sulla personalità giuridica riconosciuta a quest'ultima.

Tuttavia, l'impostazione istituzionalistica ha finito per trovare accoglimento in alcune significative pronunce della Corte di cassazione che in modo più o meno esplicito sembrano fondarsi sull'impostazione istituzionalistica incentrata sulla personalità giuridica e sulla conseguente personificazione di un interesse superiore distinto da quello dei soci e, come tale, oggetto di autonoma tutela¹⁵⁶.

Alla teoria istituzionalistica che sotto la vigenza dell'abrogato codice di commercio godeva di numerosi consensi, si è quindi progressivamente contrapposta, soprattutto in Italia, la teoria volta a configurare la nozione di interesse sociale come «interesse comune dei soci».

Tale ricostruzione dogmatica punta sull'esaltazione della natura contrattuale del rapporto che lega i singoli soci e pertanto si ritiene lo stesso non possa coinvolgere alcun interesse alieno a quello delle parti contraenti. Ciò comportava una netta cesura con l'esperienza istituzionalistica in quanto si disconosceva esplicitamente l'esistenza di un interesse superiore che potesse condizionare l'operato della società.

¹⁵⁵ Isolata è rimasta la voce del MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, IV, *Società per azioni*, Padova, 1957, cap. V., *L'impresa anonima delle società per azioni*, p. 68 ss.; *Problemi attuali delle società per azioni*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 1 ss. che definendo la società come «organizzazione formale dell'impresa» finiva per operare una ricostruzione in cui l'impresa assumeva il ruolo di organismo istituzionale in cui lo stesso imprenditore assume la veste di organo e come gli altri soggetti che vi partecipano è tenuto ad agire per il bene superiore della comunità.

¹⁵⁶ Sul punto v. Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1150 ss. e in *Giur. it.*, 1958, I, c. 204 ss., ove si rilevava che «riconosciuta all'ente societario una propria personalità giuridica, esso si pone non come punto di riferimento di una comunione di interessi di cui sono soggetti i soci e soltanto i soci, sibbene come la personificazione di un interesse superiore distinto da quello dei singoli soci, oggetto come tale di un'autonoma tutela giuridica» In termini pressoché analoghi, Cass. 25 ottobre 1958, n. 3471, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1150 ss. e in *Giur. it.*, 1959, I, c. 869 ss. Con tale impostazione si riconosce quindi la possibilità che una deliberazione venga assunta da tutti i soci in conflitto di interessi con la società e la conseguente invalidità della delibera affetta da tale vizio.

L'impostazione conosce al suo interno numerosi correnti di pensiero volte a spiegare, con argomentazioni differenti, il contenuto della nozione di «interesse comune dei soci».

Infatti, a formula utilizzata appare per molti versi ambigua perché postula l'esistenza di un interesse comune che difficilmente si riscontra nella realtà delle società per azioni che sono caratterizzate da una fisiologica contrapposizione fra opposti interessi dei quali sono portatori i soci di maggioranza e quelli di minoranza.

Secondo una prima impostazione, l'interesse comune dei soci non è soltanto l'interesse dei soci attuali, ma andrebbe inteso in un'accezione più elastica in grado di conformarsi alla mutevolezza della compagine azionaria.

Si afferma infatti che «l'interesse sociale deve tener conto della variabilità dei soci nel tempo (...) e comunque dell'interesse anche non attuale, perché a lungo termine, dei soci attuali». In questo modo, come del resto viene riconosciuto dal suo più autorevole sostenitore, la teoria cerca di ricomporre la frattura con le impostazioni istituzionalistiche e, in effetti, sostanzialmente conduce ai medesimi risultati¹⁵⁷. Infatti, per tutelare i soci futuri o per garantire l'interesse a lungo termine dei soci attuali occorrerà praticare una politica di bassi dividendi e salvaguardare l'efficienza produttiva dell'impresa sociale, realizzando così un protezione privilegiata per il gruppo di comando a danno dei piccoli azionisti.

Una seconda impostazione, invece, esclude che gli interessi dei soci futuri ed eventuali possano assumere rilevanza ai fini dell'individuazione dell'interesse sociale che va riferito al solo gruppo di comando esistente in un determinato momento che è libero di determinarlo nei limiti dettati dalla causa del contratto di società¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Così ASQUINI, *I battelli del Reno* in *Riv. soc.*, 1959, p. 618.

¹⁵⁸ Più articolate le posizioni di AULETTA, *Il diritto assoluto d'esclusione nelle società di persone*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, Padova, 1950, III, p. 667 ss., che definisce l'«interesse sociale collettivo» come «l'interesse alla prosperità dell'impresa e quindi alla sua capacità di produrre utili». Tale interesse veniva tenuto distinto dall'«interesse sociale individuale» che consiste nel «rapporto più conveniente per ciascun socio tra l'utile realizzato mediante l'impresa sociale e il sacrificio che egli deve sopportare

Il concetto di interesse sociale nella sua accezione di interesse comune dei soci assume quindi la funzione di arginare il potere della maggioranza e si esclude ogni commistione fra interesse sociale e interesse pubblico all'efficienza dell'apparato produttivo. Alla base di questa impostazione vi è una netta contrapposizione fra l'interesse sociale e l'interesse extrasociale di cui sono portatori i soci¹⁵⁹.

L'interesse sociale viene quindi inteso come un interesse sostanzialmente «neutrale» che può concretizzarsi nelle più svariate politiche produttive con l'unico necessario limite di conformarsi alla causa del contratto di società¹⁶⁰.

Questa ricostruzione consente alla maggioranza di perseguire indistintamente sia politiche di bassi dividendi in favore delle prospettive future dell'impresa, sia politiche di alti dividendi che siano capaci di compromettere l'efficienza produttiva dell'impresa, ma non consente di abusare della posizione di socio per perseguire interessi extrasociali.

Nonostante la contrapposizione esistente fra le varie impostazioni, la dottrina ha rilevato che in realtà «nessuna delle due teorie è, da sola, in grado di dare adeguata ragione dell'attuale realtà delle società per azioni»¹⁶¹

per l'impresa sociale stessa». Sul punto v. pure DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sui iati delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 28 il quale rileva che «presso ciascuno coesistono (...) sin dalla fase di costituzione della società due interessi: quello individuale, contrastante con l'interesse individuale degli altri, in quanto ognuno mira a realizzare il massimo di utile proprio dalla combinazione sociale e quindi ad ottenere che il punto d'incontro e di composizione degli interessi sia il più vicino possibile al proprio interesse individuale; e l'interesse di partecipante all'organizzazione e all'impresa, che è il riflesso soggettivo dell'interesse comune, uguale in tutti, perché è afferente non all'individuo in quanto tale, ma all'individuo come elemento della comunità. In linea funzionale, questo interesse comune è strumentale rispetto all'interesse individuale quando si guarda la loro coesistenza dal punto di vista dell'individuo; è invece assorbente, domani nate rispetto all'interesse individuale, sì da esigerne il sacrificio, quando la coesistenza si veda dal punto di vista dell'organizzazione»

¹⁵⁹ Sul punto, v. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 132 ss.

¹⁶⁰ Questa la soluzione accolta da MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss.; JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 89 ss.; MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni in assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 445 ss.

¹⁶¹ Così, GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit. p. 60.

Proprio per questi motivi sembra possibile riscontrare la compresenza dei due filoni interpretativi anche nell'attuale assetto normativo.

3. I riflessi sull'assetto organizzativo delle diverse impostazioni dogmatiche nella conformazione dei poteri del socio.

Le diverse impostazioni dogmatiche che si sono contese il campo nella spiegazione dei fenomeni societari si sono riverberate sul versante organizzativo influenzandone notevolmente la disciplina.

Anche la recente riforma del diritto societario sembra risentire del dualismo derivante dalla contrapposizione fra teorie istituzionalistiche e contrattualistiche al punto che coesistono, seppur su fronti diversi, strutture normative ispirate a logiche contrapposte.

Un'accentuazione dei profili di derivazione contrattualistica è chiaramente rinvenibile nella fluidità della disciplina inerente al rapporto fra i singoli soci e negli ampi margini attribuiti all'autonomia statutaria che consente di optare fra un modello di *governance* tradizionale, monistico e dualistico¹⁶².

¹⁶² Tali le considerazioni di P. MONTALENTI, *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, M. RESCIGNO – A. SCIARRONE ALIBRANDI, Milano, 2004, p. 59 ss.; ID., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 57 ss.; ID., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Courmayeur CNPDS, 27-28 settembre 2002, Milano, 2003, p. 65 ss. Secondo l'Autore si registra un «superamento del dirigismo paternalistico che ha storicamente caratterizzato il nostro diritto societario che si può riscontrare nel significativo spazio che viene assicurato al carattere di negozialità del rapporto fra i soci». Oltre ad una maggiore semplificazione della disciplina e al favor manifestato per tecniche nuove di ricorso al mercato finanziario, appare infatti emblematica la disciplina del recesso che è «l'espressione più corposa di una visione dell'agire in comune dei soci come regolazione contrattuale del proprio rapporto, che in tanto persiste in quanto persiste il consenso e l'intesa si mantengono». La normativa previgente era infatti fortemente connotata «dalla tutela della continuità dell'impresa, al punto che nella società con quote senza mercato, il socio rimaneva prigioniero della società», mentre secondo l'attuale disciplina si registra una più ampia tutela dell'*exit* che trova la sua massima espressione nei casi in cui la società è a tempo indeterminato.

Numerose sono anche le disposizioni che lasciano intravedere una base concettuale di stampo istituzionalistico.

Possono infatti collegarsi ad una tale visione la disposizione dell'art. 2409 c.c., che riconosce al pubblico ministero dei poteri di iniziativa in relazione alle gravi irregolarità commesse dagli amministratori e dai sindaci, la legittimazione riconosciuta dall'art. 2377 c.c. ai sindaci e agli amministratori in ordine alla possibilità di impugnazione delle delibere assembleari e, più in generale, il rafforzamento dell'organo amministrativo della società conseguente alla nuova formulazione dell'art. 2364 c.c.¹⁶³.

Proprio sotto quest'ultimo aspetto si risente maggiormente dell'apporto di tale corrente dogmatica che ha influito sull'adozione di un nucleo di norme dotate di una forte imperatività per ciò che concerne la struttura del modello organizzativo prescelto¹⁶⁴.

Il d.lgs. n. 17 gennaio 2003, n. 6, in altri termini, ha operato nel senso di un netto rafforzamento della funzionalità della struttura societaria delineando una più chiara ripartizione delle competenze e delle responsabilità dei singoli organi.

Si tratta di una soluzione organizzativa che ha portato ad un rafforzamento della conformazione della visione dell'assemblea quale organo a competenza speciale che, entro certi limiti, era stata accolta anche dalla regolamentazione offerta dal codice civile del 1942.

Ciascuno dei tre modelli di *governance* presenta la stessa norma di apertura, la quale attribuisce in via esclusiva agli amministratori la gestione

¹⁶³ Individua in tali disposizioni l'esistenza di un substrato istituzionalistico F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, ..., p. 56 ss.

¹⁶⁴ Sul punto, v. ancora P. MONTALENTI, *op. loc. ult. cit.*, che rileva che la «riduzione di cause di nullità della società, restrizione significativa dell'area di invalidità delle delibere, rafforzamento dei poteri degli amministratori, costituiscono l'architrave di una prospettiva per molti versi innovativa volta a tutelare inderogabilmente la saldezza della struttura e dei suoi atti, ma palesano una sorta di deriva istituzionalistica».

della società (artt. 2380-*bis*, co. 1; artt. 2409-*novies*, co. 1, e 2409-*septiesdecies*, co. 1)¹⁶⁵.

Il d.lgs.n. 6/2003, inoltre, sopprimendo il n. 4 dell'art. 2364 c.c., ha inteso rimarcare ancor più radicalmente la netta contrapposizione delle competenze tra assemblea ed amministratori.

La norma, nella sua originaria formulazione, attribuiva all'assemblea la decisione sugli «oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori».

L'esplicita estromissione dell'assemblea da ogni decisione al riguardo, appare quindi inequivocabilmente tesa a riconoscere l'esclusiva attribuzione delle scelte gestionali agli amministratori, con la conseguenza che, per quanto qui più direttamente interessa, i soci non dispongono di alcuna forma di condizionamento diretto sull'operato degli amministratori e sulle scelte gestorie da questi compiute.

Ma ancora più significativa è la nuova formulazione dell'art. 2364 c.c. che nell'attribuire alla competenza dell'assemblea delle deliberazioni sulle «autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori» mantiene comunque «ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti».

La circostanza che tale autorizzazione non possa assolvere alcuna funzione esimente in ordine alla responsabilità degli amministratori, vale a confermare che la gestione, anche in tale evenienza e al di là di eventuali pressioni da parte della compagine sociale, spetta all'organo amministrativo, il quale ne appare come unico referente e titolare.

¹⁶⁵ La riduzione dell'incidenza dell'assemblea, e dunque della proprietà, sulla vita dell'ente societario è accentuata nel modello dualistico, che attribuisce ad un organo di matrice professionale, qual è appunto il consiglio di sorveglianza, scelte da sempre riservate all'assemblea, come la nomina e la revoca degli amministratori, ovvero l'approvazione del bilancio (art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. a) e b).

Pertanto, nel rapporto fra soci e società, le potenzialità di condizionamento dei primi sull'operato della seconda appaiono circoscritte dagli stessi elementi caratterizzanti lo strumento societario.

Si tratta di un meccanismo edificato sull'inscindibile corrispondenza fra gestione e responsabilità per cui la proprietà della società e la sua gestione sono naturalmente destinate ad operare su piani diversi e ciò al fine assicurare la funzionalità dello stesso modello organizzativo.

Ciò deriva in parte dalle stesse caratteristiche dello strumento azionario. L'azione infatti è un titolo di credito causale che nella sua funzione «rappresentativa» incorpora non solo un diritto di credito, ma una situazione giuridica complessa che sintetizza la posizione di parte del contratto di società¹⁶⁶. In conseguenza della titolarità dell'azione e alla correlata assunzione della veste di socio si vengono a realizzare una serie di diritti e doveri che fanno capo al suo titolare.

Alcuni di questi possono essere apprezzati in una prospettiva puramente patrimoniale, come avviene ad esempio in relazione al diritto alla percezione degli utili o alla quota di liquidazione, ovvero, ai doveri di eseguire i conferimenti promessi.

Altri appaiono invece maggiormente rappresentativi dell'idea di compartecipazione alla vita imprenditoriale della struttura societaria e vengono comunemente definiti come diritti amministrativi del socio.

¹⁶⁶ Dottrina e giurisprudenza appaiono sostanzialmente concordi nell'attribuire tali caratteri al bene azionario. Sul punto, v. ANGELICI, *Le azioni*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, p. 279; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Vol. 2, *Diritto delle società*, p., 222; FENUCCI-FERRETINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit. p. 17; MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e di titoli cambiari*, p. 60. Negano alle azioni la natura di titoli di credito JAEGER e DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, p. 244 ss., mentre parla di "titoli di partecipazione" G. FERRI, *Le società*, p. 466. Sul punto v. FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e la società*, Giuffrè, 2000, p. 405, il quale dubita dell'appartenenza dei documenti in questione alla categoria dei titoli di credito "perché l'azione non si riferisce solo ai crediti, ma anche agli obblighi incombenti al socio, alla posizione che egli ha nella società". Per un approfondimento cfr. anche G. VIDIRI, *Sulla mancanza di legittimazione del socio all'azione per danni cagionati da terzi ad una società di capitali*, in *Giust. civ.*, 1995, 10, p. 2423.

Si tratta di una molteplicità di strumenti che consentono delle forme di ingerenza sulla vita sociale fra i quali vanno annoverati il diritto di intervento e di voto in seno all'assemblea (artt. 2370 c.c. e 2351, comma 1 c.c.), il diritto di impugnare le delibere assembleari, limitatamente ai soci assenti o dissenzienti (2377 c.c.), il diritto di denuncia al collegio sindacale di gravi irregolarità (2408 c.c., 1), nonché una serie di diritti di consultazione dei documenti sociali quali il progetto di bilancio (art. 2429 c.c., 3), il libro dei soci e il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea (2422, 1).

Altri diritti vengono invece legati alla titolarità di una quota minima del capitale azionario della società. Così spettano ai soci che raggiungano da soli, o congiuntamente ad altri soci, una determinata percentuale del capitale, il diritto di richiedere la convocazione dell'assemblea (2367 c.c.), il diritto di impugnare le deliberazioni assembleari (2377, comma 3), il diritto a ottenere che il collegio sindacale indaghi su fatti denunciati (2408, comma 2), il diritto di denuncia al tribunale delle gravi irregolarità commesse dagli amministratori e dai sindaci (2409 c.c.)¹⁶⁷

I poteri più significativi che si ricollegano all'assunzione della veste di socio vengono quindi mediati dall'esercizio del diritto di voto in seno all'assemblea. Sebbene le caratteristiche del modello organizzativo finiscano per precludere ogni forma ingerenza assembleare sulle scelte gestionali, ciò non implica un'integrale sottrazione ad ogni forma di controllo da parte della compagine sociale.

Al di là delle soluzioni più drastiche, legate ad un'eventuale revoca della carica, una serie di strumenti coessenziali allo stesso modello organizzativo assicurano delle articolate forme di controllo sull'operato sociale. Si tratta di garanzie predisposte per la salvaguardia dello stesso strumento societario che verranno esaminate più avanti congiuntamente all'analisi dei diversi modelli organizzativi interni consentiti dalla riforma del diritto societario.

¹⁶⁷ Così, GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

Ulteriori forme di condizionamento dell'attività degli amministratori, non trovano invece una corrispondente formalizzazione nell'assetto interno alla società e vengono così a realizzarsi per effetto delle pressioni eventualmente esercitate dal capitale di comando che, travalicando i normali canali assembleari, riesce di fatto ad indirizzarne l'attività¹⁶⁸.

Questa attività di direzione, che deriva dalla "valorizzazione di potenzialità implicite nella forma giuridica delle società per azioni"¹⁶⁹, è alla base dell'affermazione del fenomeno del gruppo di società che rappresenta ormai la modalità organizzativa tipica della grande e media impresa¹⁷⁰.

Il legislatore del d.lgs. n. 6/2003 attraverso la regolamentazione di quella che viene definita come «attività di direzione e coordinamento di società» ha per la prima volta offerto una regolamentazione generale di queste modalità di ingerenza sulla vita sociale che, seppur il più delle volte sembrano presupporre un substrato dominicale di controllo azionario, possono sussistere anche a prescindere da un effettivo riscontro dei presupposti indicati all'art. 2359 c.c.

Si procederà quindi all'esame del fenomeno dei gruppi di società e al rapporto sussistente con la nozione di controllo, per poi esaminare nel dettaglio l'articolazione dei poteri degli organi sociali con i meccanismi di controllo previsti dall'ordinamento.

¹⁶⁸ Sul punto, v. GALGANO, *op. ult. cit.*, p.45, il quale rileva che «il fatto che l'assemblea non possa più, come in passato dare ordini agli amministratori produce questa sola differenza rispetto al passato: il gruppo di comando può oggi dare ordini agli amministratori al di fuori dell'assemblea e, quindi, al di fuori di ogni controllo della minoranza. Esso non gliene dà più ufficialmente, bensì segretamente o, se si preferisce, "confidenzialmente"» Su una prospettiva parzialmente diversa, v. FRE' – SBISA', *Società per azioni*, p. 569 c.c.

¹⁶⁹ Così, letteralmente Così, letteralmente, F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Vit. Not.*, 3, 2000, p. 1234. L'Autore sottolinea un «evidente rapporto di continuità» tra società per azioni e gruppi. Fra i due fenomeni tuttavia intercorre una sensibile differenza: solo l'avvento della società per azioni è riconducibile a un atto di produzione normativa.

¹⁷⁰ Significativi i dati sul fenomeno riportati in *Azienda Italia: Quali strategie per lo sviluppo della competitività? Dossier 2003*, consultabile sul sito www.unioncamere.it, ove si rileva che «il modello dei gruppi di impresa, a livello nazionale e con riferimento alle sole società di capitale, rappresenta il 77% del totale degli occupati, realizza il 66% del fatturato e produce il 61% del valore aggiunto. All'inizio del 2001, si contavano oltre 136.000 società appartenenti ai circa 51.600 gruppi di impresa italiani, con un netto incremento rispetto all'anno precedente (quando ne operavano poco meno di 122 mila per 42 mila gruppi)».

4. Il controllo di cui all'art. 2359 c.c. e l'«attività di direzione e coordinamento» nella contrapposizione fra poteri formali e situazioni di fatto.

Nella sua originaria impostazione il codice civile del 1942 non offriva alcuna regolamentazione del fenomeno dei gruppi di società e di una possibile attività di direzione esercitata al di fuori dei normali canali assembleari.

L'attenzione del legislatore si era infatti concentrata unicamente sulla formazione e l'integrità del capitale di tali società, traducendosi nella formulazione degli artt. 2359 e 2360 c.c., rispettivamente destinati a configurare le situazioni di controllo societario e ad evitare il rischio di annacquamento del capitale sociale¹⁷¹.

Il fenomeno del gruppo societario finiva quindi per assumere rilievo quasi unicamente per i suoi aspetti più statici, ossia, per i profili dominicali attinenti al possesso di azioni in grado di controllare l'assemblea della

¹⁷¹In particolare, cfr. l'art. 2359 c.c. che individua il concetto di controllo, postulandovi il sottostante concetto di influenza dominante. Il *controllo di diritto* (art. 2359; n. 1) viene incentrato sulla disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili in seno all'assemblea ordinaria. Attesa la facoltà per la controllante di nominare gli amministratori della controllata, in quanto si dispone della metà più uno del capitale di un'altra società, la possibilità di esercitare un'influenza dominante è nell'ordine degli eventi. Nel *controllo azionario minoritario*, o di fatto (art. 2359; n. 2), pur in presenza di una partecipazione minoritaria, la possibilità di esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria discende dalla dispersione dei voti, magari come conseguenza dell'assenteismo degli azionisti. Il *controllo esterno*, (art. 2359; n. 3) è quello della società che, indipendentemente da forme di controllo azionario, si trovi sotto l'influenza dominante di altra società in virtù di «particolari vincoli contrattuali». Il secondo comma dell'articolo in esame, prevede altresì una forma di controllo azionario indiretto, disponendo che ai fini dell'applicazione dei n. 1 e 2 si computino anche i voti spettanti a società controllate, società fiduciarie e a persona interposta, con esclusione dei voti spettanti per conto terzi. Sul concetto di controllo, cfr. L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società «controllate» e «collegate»*, in *La nuova disciplina dei bilanci di società*, a cura di M. BUSSOLETTI, Torino, 1993, p. 1 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di «controllo» e dei «gruppi» societari*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., p. 583 ss.; G. SBISA', *Società controllate e società collegate nel d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 334 ss.; P. FASCIANI, *I gruppi di società nella dottrina e nella giurisprudenza dagli anni 50 ad oggi*, Edizioni quasar, 1995, p. 8 ss.; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Holding e società di gruppo: rapporti tra controllante e controllata*, in *Il foro padano*, 2001, fasc. 2 (giugno), pt. 2, p. 128 ss.

società partecipata, senza toccare, se non indirettamente o in modo marginale, gli aspetti dinamici ed il profilo imprenditoriale vero e proprio del fenomeno. Secondo gli intenti palesati nella medesima Relazione al Codice civile, infatti, “il pericolo insito in quei raggruppamenti di imprese non sta nel loro funzionamento, ma può sorgere dalla formazione del capitale”¹⁷².

L’importanza dei profili concernenti non solo l’assetto proprietario, ma anche la concreta dinamica gestionale del gruppo è andata però progressivamente affermandosi, sia pure in modo frammentario e disorganico, in molteplici normative di settore¹⁷³, giungendo al proprio coronamento con l’introduzione del novellato Capo IX del codice, in cui è proprio tale profilo del fenomeno a occupare il primo posto nella scena delle disposizioni.

Con l’intervento del 17 gennaio del 2003, n. 6 che, è stata infatti introdotta una disciplina, dotata di una qualche organicità¹⁷⁴, di ciò che normalmente viene ritenuto il dato qualificante dei gruppi di società¹⁷⁵, ossia, l’attività di «direzione e coordinamento di società»¹⁷⁶.

¹⁷² Cfr. sul punto le illuminanti conclusioni di P. SPADA, *Gruppi di società*, cit., 221 ss., il quale rileva che “nel controllo è possibile rinvenire problemi «dominicali» e nelle aggregazioni di gruppo un problema di limiti del concorso di autonomia ed eteronomia decisionale della gestione delle società partecipate”.

¹⁷³ Cfr. la disciplina sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, dove, dalle disposizioni dell’art. 3, L. n. 95/1979 in tema di «direzione unitaria» di più imprese, si è passati al più organico complesso di norme che il D. Lgs. n. 270/1999 espressamente dedica al “gruppo”, definito anche attraverso la nozione di «*direzione comune*» delle imprese che ne fanno parte; ovvero, la disciplina dei gruppi bancari dettata dal D. Lgs. n. 385/1993 dove, è espressamente contemplata, sia pur solo a fini di dare attuazione alle istruzioni dell’autorità di vigilanza, la possibilità che la capogruppo impartisca disposizioni alle altre società “*nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento*”(art. 61, comma 4), e l’analoga disciplina prevista dagli artt. 11 e 12. D. Lgs. n. 58/1998 per i gruppi di società autorizzate all’intermediazione finanziaria.

¹⁷⁴ A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 772; A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell’organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 781, e dello stesso Autore, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit.

¹⁷⁵ A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell’organizzazione del gruppo di società*, cit.; U. TOMBARI, *op. ult. cit.*; A. PAVONE LA ROSA, *op. ult. cit.*; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2°, Padova, 1999, p. 651; G.

Tuttavia, le molteplici situazioni prese in considerazione dalla normativa, sembrano destinate a continuare a gravitare intorno al concetto di controllo come definito dall'art. 2359 c.c.¹⁷⁷, richiamato, nondimeno, anche dal nuovo art. 2497-*sexies* c.c.¹⁷⁸.

Effettivamente il rapporto sussistente fra la nozione di controllo, gruppo e attività di direzione e coordinamento di società è una delle tematiche che ha coinvolto i maggiori sforzi della dottrina civilistica.

La dottrina oscilla infatti tra posizioni tese ad un'identificazione della nozione di controllo col concetto di gruppo, o comunque propense a ravvisarvi l'esistenza di un rapporto di gradualità necessaria per cui il primo tenderebbe inevitabilmente a sfociare nel secondo, e posizioni in cui tale dato viene ricostruito come un semplice elemento sintomatico dell'esistenza della forma aggregativa in esame.

Così, pur nel rifiuto di una completa equiparazione della nozione di "gruppo" con quella di "controllo", autorevole dottrina¹⁷⁹ ha evidenziato come le due espressioni siano da intendersi implicitamente correlate da una necessaria strumentalità della seconda rispetto alla prima.

Le formule sarebbero destinate ad assolvere una funzione rappresentativa di un medesimo fenomeno economico, distinguendosi per la diversa prospettiva di analisi in cui si collocano: il controllo, come situazione espressiva di una posizione di potere nelle varie società, rappresenterebbe il momento "strumentale"; il gruppo, ovvero l'attuazione

ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia, Milano, 1996, p. 1131 ss.

¹⁷⁶ Come ora rubricato il Capo IX del titolo V del libro V del codice civile.

¹⁷⁷ V. note precedenti 8 e 12.

¹⁷⁸ Ove viene sancita la presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società nei confronti delle «società o enti tenuti al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controllano ai sensi dell'art. 2359».

¹⁷⁹ La teoria in esame, che vanta il suo antesignano in G. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in Atti del convegno di Bellagio, Milano, 1982, ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, p. 1355 ss., è stata successivamente ripresa da F. CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 257 ss.; Per una sua visione complessiva del pensiero del FERRI cfr. l'analisi critica di G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, p. 78 ss.

di un collegamento tra le società suddette per un'azione unitaria, il "momento finale".

Nella prospettiva del controllo la disciplina è essenzialmente diretta ad impedire che, per effetto dell'interferenza di un terzo nella sfera giuridica di un altro soggetto, si determini una deviazione nello svolgimento dei rapporti interni tale da sacrificare interessi che l'ordinamento intende tutelare.

Al contrario, nell'ottica del gruppo, trovando la forma di aggregazione fra più imprese una sua giustificazione economica, la disciplina risulta finalizzata all'individuazione delle modalità attraverso le quali si possono sacrificare gli interessi singolari che, se non contestualizzati nella logica di gruppo, troverebbero tutela nelle regole ordinarie.

Nel quadro complessivo di tale ricostruzione, l'assunto secondo il quale un rapporto di controllo costituisce l'indice di emersione del gruppo come organizzazione¹⁸⁰, non vale però ad affermare l'esistenza di una relazione biunivoca fra i due elementi: mentre ogni gruppo presuppone il controllo, non ogni controllo risulta strumentale al gruppo, ben potendosi configurare situazioni nelle quali l'aspetto statico sia inidoneo a tradursi nella dinamica organizzativa del gruppo¹⁸¹.

Il controllo necessita, quindi, di essere corroborato da un ulteriore criterio di identificazione da ricercarsi in un particolare «modello giuridico di struttura organizzativa» che consenta il perseguimento da parte di soggettività distinte di finalità e interessi ulteriori rispetto a quelli perseguibili da ciascuna, e la cui attuazione deve potersi realizzare anche

¹⁸⁰ Così F. CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo*, cit., 1983, I, p. 258.

¹⁸¹ Più radicale la posizione di F. GALGANO, *I gruppi di società*, cit., secondo il quale il controllo comporta una presunzione di direzione unitaria non suscettibile di prova contraria. Differentemente G. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, cit., p. 1360, rinviene una corrispondenza necessaria fra controllo e gruppo solo nell'ipotesi in cui l'influenza dominante si fonda su vincoli contrattuali, in quanto, in presenza di una situazione volutamente creata mediante contratto, «essa si crea per la realizzazione di un interesse ulteriore rispetto a quello delle singole imprese».

con preferenza rispetto all'interesse delle singole imprese¹⁸². Solo in presenza di siffatta attività, originariamente qualificata di «direzione unitaria», l'antecedente logico del controllo sarebbe idoneo a tradursi in gruppo.

Addentrando in una più compiuta analisi sul significato da attribuire al concetto di direzione unitaria, le soluzioni offerte dalla successiva dottrina, si sono sforzate di sintetizzare le caratteristiche di tale integrazione e di evidenziare come quest'ultima sia suscettibile di assumere gradazioni diverse: potrebbe arrestarsi al livello delle decisioni assembleari, come influenza esplicita mediante l'esercizio dei poteri istituzionalmente attribuiti ai soci, ed allora sarebbe inidonea a integrare i presupposti per l'esistenza di un gruppo. Ovvero, con forme più estese e penetranti, l'influenza della società dominante, potrebbe involgere aspetti rientranti nell'attività gestionale delle controllate che, se inseriti in una logica aggregante delle diverse entità, determinerebbe l'esercizio di una «direzione unitaria», con la conseguente riconduzione al gruppo¹⁸³.

Controllo e gruppo sarebbero quindi da intendersi come “distinte manifestazioni di potestà imprenditoriale”¹⁸⁴.

Il controllo implicherebbe l'esercizio dei normali poteri in seno all'assemblea ordinaria, il gruppo, qualificato dalla direzione unitaria, rappresenterebbe una manifestazione della libertà di iniziativa economica, sancita dall' art. 41 Cost., atta a conferire all'insieme delle imprese la «struttura organizzativa» più idonea per il conseguimento degli interessi delle unità aggregate e del gruppo nel suo insieme.

¹⁸² La definizione è ancora di G. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, cit., il quale rinveniva come fondamento testuale della sua tesi la disposizione della lettera c) dell'art. 3 della legge 3 aprile 1979, n. 95, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Tale disposizione, facendo riferimento all'esistenza di una «direzione unitaria», ancorava a tale elemento la responsabilità degli amministratori della capogruppo che, in solido con quelli della società controllata insolvente, erano tenuti a rispondere dei danni da questi arrecati alla società stessa. La disciplina è rimasta sostanzialmente immutata anche a seguito dell'adozione del d. lgs 270/99

¹⁸³ A. PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di <<controllo>> e dei <<gruppi>> societari*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., p. 600.

¹⁸⁴ Ancora, A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., p. 766.

Trasformando “il dato amorfo della pluralità di organismi giuridici indipendenti, ma collegati da una unità economica, in una categoria giuridica, quella della struttura organizzativa”¹⁸⁵, l’esercizio del potere di direzione unitaria, che la nozione di controllo prevede solo come potenziale¹⁸⁶, viene ad assumere una configurazione giuridica autonoma rispetto ai poteri inerenti ai rapporti sociali.

Infatti, se nella società «monade» l’imputazione degli indirizzi di gestione a soggetti diversi dagli amministratori rappresenta un’anomalia, che rileva in quanto aspetto patologico, nel caso di una società partecipata ad un gruppo essa rappresenta un «dato sistemico»¹⁸⁷.

L’unitarietà economica che presiede a fondamento del fenomeno impone infatti un inevitabile coordinamento amministrativo, finanziario e gestionale delle singole attività.

Ora, affinché tale coordinamento consenta di ricondurre ad unità¹⁸⁸ le singole società del gruppo sotto l’egida della direzione unitaria, è

¹⁸⁵ F. CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo*, cit., p. 258

¹⁸⁶ Cfr. Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439 ove si afferma: «<<La direzione unitaria si differenzia dal semplice controllo, in quanto quest’ultimo costituisce una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante, mentre per l’esistenza del gruppo è necessario l’esercizio effettivo di detta potenzialità.>>», le soluzioni offerte sembrano ricalcare le conclusioni di F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Tratt.* diretto da F. Galgano, Torino, 2001, p. 52, ove la «<<direzione unitaria>> è definita in termini di «<<effettività di quella influenza dominante che il controllo rende solo potenziale>>»; Cfr. P.G. JAGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società*, 1996, cit., p. 1425 ss.; ID., *Considerazioni parasistematiche sul controllo e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1984, p. 479, per il quale la direzione unitaria come effettivo esercizio di influenza dominante deve sussistere oltre e accanto alle situazioni potenziali di controllo. Sul punto v. anche U. TOMBARI, *Gruppi e diritto societario: profili metodologici, individuazione del problema e tecniche di ricostruzione della disciplina*, in *I gruppi di società*, cit., p. 2221 nota 10, ove afferma come la distinzione tra potere di influenza dominante e potere di direzione unitaria sia una distinzione puramente nominalistica, «<<e ciò in quanto il potere di influenza dominante, proprio di una situazione di controllo societario, include certamente come potenziale contenuto il potere di dirigere una società e di coordinarne l’attività con quella di altre organizzazioni societarie>>».

¹⁸⁷ Così, G. GUIZZI, *Eterodirezione dell’attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 440.

¹⁸⁸ In tali termini P.G. JAGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, cit.; ID., *Considerazioni parasistematiche sul controllo e sui gruppi*, cit.; A. PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di «controllo» e dei «gruppi» societari*, cit.; ID., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo*

fisiologico, e non patologico, che si espliciti travalicando i normali canali istituzionali, ossia, attraverso l'esercizio di un'influenza extrassembleare¹⁸⁹.

Il che, se non vale certo ad affermare un totale esautoramento degli organi della controllata, con il conseguente obbligo di uniformarsi pedissequamente alle direttive impartite dall'organo della controllante, comunque implica, che nella normalità delle ipotesi, questi vi soggiaceranno.

Infatti, seppur filtrate da un doveroso contributo dialettico considerevole degli interessi della controllata (in quanto, i suoi organi sono formalmente abilitati a disattenderle), tali direttive sono dotate di una peculiare forza deterrente, proporzionale all'intensità del vincolo che li lega alla controllante: è normale, quindi, che gli amministratori vi diano seguito, in quanto la "loro nomina e la loro conferma, la provvista dei mezzi finanziari per gestire l'impresa loro affidata e, in una parola, le sorti di questa sono nelle mani della controllante"¹⁹⁰.

Affinché si possa qualificare il rapporto di direzione unitaria, quindi, non sarà sufficiente la mera titolarità di partecipazioni, ancorché conferenti poteri decisivi in seno all'assemblea, in quanto potrebbe assolvere ad una funzione di investimento, inidonea a far sì che il gruppo venga ad essere «gestito come se si trattasse di *una sola impresa*»¹⁹¹.

diritto societario, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, XXIX, Padova, 2003, p. 163 ss.

¹⁸⁹ Conformi, G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, cit., I, p. 24 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di <<controllo>> e dei <<gruppi>> societari*, cit.; G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, cit., p. 339 ss.

¹⁹⁰ Così, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 168 ss. *Contra*, G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 226, ove si ritiene che il controllo <<non dovrebbe modificare quelli che sono, in base al diritto comune, i principi in materia di poteri e doveri dei suoi organi>>. In giurisprudenza cfr. Cass., 11 marzo 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1222, dove richiamandosi all'adempimento delle direttive impartite dalla capogruppo, si ritiene non configurabile come atto di liberalità, in quanto difettoso del carattere di spontaneità, l'atto gratuito posto in essere dalla controllata.

¹⁹¹ Così, P.G. JAGER, *op. ult. cit.*; In giurisprudenza cfr. soprattutto Cass., 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it.*, 1992, I, c. 817; *contra*, G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi bancari e non: legge autonomia privata nella configurazione dl modello organizzativo*, cit., p. 693 ss., la

Più conferente sarà, invece, il richiamo a situazioni rivelatrici della presenza di una maggioranza di fatto stabile, come l'esistenza di vincoli contrattuali idonei a conferire stabilmente la maggioranza relativa che consenta di concentrare il potere decisionale inerente alle scelte economiche fondamentali del gruppo in capo a determinati soggetti¹⁹². Ma l'elemento più significativo è che non sembrano assumere rilievo determinante gli aspetti inerenti alla fonte del potere¹⁹³.

Conformemente all'approccio prevalso in dottrina, questa attività direttiva che alla base del fenomeno dei gruppi appare inequivocabilmente affrancata dal mero dato del controllo¹⁹⁴.

quale ritiene inverosimile l'ipotesi dell'acquisizione di una partecipazione maggioritaria non finalizzata all'esercizio di un'influenza sulla gestione della società, ma bensì alla riscossione dei dividendi.

¹⁹² G. SBISA', *Il gruppo di società*, cit, p. 273 ss.

¹⁹³ La legittimità, in linea di principio, di una tale attività era stata già chiaramente affermata dalla giurisprudenza che, pur ritenendo "il modello organizzativo delineato" come una novità "rispetto alla concezione atomistica dell'impresa societaria da cui muove il nostro codice civile", non aveva esitato a riconoscere meritevolezza di tutela agli interessi realizzati con la direzione unitaria (ex art. 1322 c.c., 2° comma), in ragione dell'utilità "sul piano della pianificazione e dello sviluppo della produttività dell'impresa", e dei vantaggi che deriverebbero alle singole società controllate dall'appartenenza ad un gruppo, soprattutto in termini di immagine, e del conseguente credito di cui esse potranno godere sul mercato. Sul punto, cfr.: Cass., n. 1439 del 1990, e, più di recente, Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, p. 2317. Cfr., pure Cass., 3 febbraio 1992, con commento di F. GALGANO, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 543, nella quale si osserva che «non sussistono ostacoli di carattere giuridico a che le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio del gruppo vengano poi attuate dalle società del gruppo». Inoltre, ancorché l'elemento del controllo, il più delle volte, assurga a indice rivelatore del requisito della direzione unitaria, appare opportuno rilevare come, la stessa normativa attributiva di rilievo a quella che poi è stata chiamata «direzione comune», sembri individuare ipotesi di gruppo ulteriori rispetto a quelle in base ad esso rilevate. Si allude alla disciplina prevista dall'art. 80 del d. lgs. 270/99, che, al n. 3, attribuisce valenza autonoma a tutte quelle situazioni in cui, dalla «composizione degli organi amministrativi»¹⁹³, ovvero da «altri concordanti elementi», risulti che le imprese siano soggette ad una comune attività direzionale. Al dato della direzione unitaria menzionato dal riferimento, non si è esitato ad attribuire da subito valenza sistematica considerandolo come "un indizio rivelatore dell'esistenza di un vincolo fra imprese in una tipizzata fenomenologia di gruppo"¹⁹³, e in tal senso sembra deporre l'intera disciplina della nuova normativa in materia, che appare accogliere un concetto di gruppo indipendente e più vasto di quello ricavabile dalle norme codicistiche sul controllo

¹⁹⁴ Cfr. P. FERRO-LUZZI, *I patrimoni «dedicati» e i «gruppi» nella riforma societaria*, in *Rivista del notariato*, 2002, p. 275 ss. ove in particolare si afferma come l'esercizio di attività di direzione e coordinamento di una società «sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizioni di farlo e che non implica, né richiede, il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri»; Su analoghe, e ancor più incisive posizioni, U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, cit., p. 66 ss. Nell'affermare l'incontrovertibilità dell'approccio fattuale seguito dal legislatore nella

Secondo gli intenti palesati nella Relazione al provvedimento, alla base della disciplina in parola sta “il *fatto* dell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di una società da parte di un diverso soggetto, chiunque esso sia, e qualunque sia il titolo per cui il soggetto esercita questa attività”.

Pur focalizzandosi sulla risoluzione delle problematiche inerenti alla tutela dei soci e dei creditori della società figlia, il legislatore ha, in effetti, introdotto una disciplina in cui la rilevanza dei profili organizzativi è destinata ad assumere un ruolo centrale. La particolare idoneità incisiva alla riqualificazione di ciò che già da tempo è stato definito lo *statuto organizzativo della società di gruppo*, anche se mediata dalle prospettive di tutela, consente l’affermazione «in positivo» di un “diritto di organizzazione di gruppo” esplicabile proprio attraverso l’esercizio dell’*attività di direzione e coordinamento* ¹⁹⁵.

Ed è proprio questo l’unico elemento che, seppur col necessario grado di approssimazione imposto dall’atipicità della figura, assume ora una rilevanza funzionale all’identificazione del gruppo di società; ed il tutto indipendentemente dalle modalità e dalla misura del rapporto di controllo, in quanto,

Ciò risulta evidente alla luce delle disposizioni degli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies*.

disciplina dell’*attività di direzione e coordinamento*, l’Autore rileva come le proposizioni normative degli artt. 2497 ss. c.c. siano <<ispirate ad un *principio di effettività*... a prescindere dalla fonte del potere (contratto, partecipazione sociale, *interlocking directorates*, ecc.) in forza del quale tale attività viene esercitata>>.

¹⁹⁵ Sullo statuto organizzativo della società di gruppo, cfr. U. TOMBARI, *Gruppi e diritto societario: profili metodologici, individuazione del problema e tecniche di ricostruzione della disciplina*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia, Milano, 1996.; *Id.*, *Il gruppo di società*, Torino, 1997; *id.*, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 237 ss.; *Id.*, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, cit., p. 61 ss. Adesivamente si è espresso anche V. CARRIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1233, in nota, ove l’Autore ne individua i <<frammenti>>; G. SBISA’, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 598; Per una proposta di ricostruzione dello statuto legale di gruppo cfr. A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell’organizzazione di gruppo delle società*, cit., p. 780 ss.

L'art. 2497-*sexies*, invero, disponendo che «*si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalle società o enti tenuti al consolidamento dei bilanci o che comunque le controllano*», detta una serie di presunzioni che paiono destinate, con ogni evidenza, a costituire la base di riferimento generale del fenomeno di gruppo.

Orbene, la circostanza che tali presunzioni siano relative, cioè superabili mediante prova contraria, sembra poter confermare che altro è la nozione di controllo societario, essenzialmente legata ad una visione proprietaria dell'impresa sociale, altro il fenomeno della direzione e del coordinamento gestionale¹⁹⁶.

Infatti, l'art. 2497-*septies*¹⁹⁷, abbandonando il terreno delle presunzioni, esplicitamente ipotizza che simili attività possano trovare il loro fondamento unicamente in un contratto stipulato dalle medesime società soggette a direzione o coordinamento, ovvero in clausole dei loro statuti¹⁹⁸.

¹⁹⁶ A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, p. 382-385.

¹⁹⁷ Introdotto dal D.Lgs. n. 37/2004 per riprodurre il contenuto del secondo comma dell'articolo precedente, contemporaneamente abrogato.

¹⁹⁸ In realtà, l'ultima delle previsioni citate ha sollevato notevoli dubbi interpretativi. Essa, infatti, così come formulata, sembrerebbe fare riferimento alle fattispecie dei contratti di subordinazione o di dominio, conosciuti soprattutto nell'ordinamento tedesco, che realizzano un rapporto di sudditanza della società dominata verso la capogruppo, che acquista il diritto di impartire direttive, anche pregiudizievoli, nei confronti della prima. Sebbene alcuni autori ritengono che la previsione di cui all'articolo 2497-*septies*, legittimi una simile previsione, non sembra che con la riforma si sia voluta introdurre una disciplina del c.d. *gruppo di diritto*. Tali tipologie contrattuali, infatti, sono da sempre ritenute incompatibili con i principi fondamentali del nostro ordinamento. In particolare, la dottrina italiana si è tradizionalmente orientata a seguire un'interpretazione restrittiva dell'articolo 2359, co. 1, n. 3, laddove questa norma, facendo generico riferimento ad una situazione di controllo conseguente all'influenza dominante di una società su un'altra, in virtù di "*particolari vincoli contrattuali*", offrirebbe più che uno spunto per includere anche i contratti che dispongono direttamente del "governo" della società. L'articolo 2359, co. 1, n. 3, è stato così riferito a quei soli contratti, noti come contratti di controllo (ad es. contratto di agenzia, al contratto di fornitura e di licenza di brevetto, contratto di *franchising*), che hanno l'effetto di creare una sudditanza economica di una società in favore di un'altra. Sul punto cfr. da ultima, Cass., 27 settembre 2001, n. 12094. In dottrina, fra i molti, cfr. G. SBISA', *Società controllate e società collegate*, cit., p. 339; R. ROSSOTTO – V. CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2003, fasc. 6 (giugno), pag. 825; V. SALAFIA, *La responsabilità della*

Pertanto il fenomeno del gruppo e con esso il riconoscimento formale di un superamento dei meccanismi di controllo assembleare, può sussistere, ed assumere rilievo giuridico, anche a prescindere da un qualsiasi substrato di controllo societario

Ancorché la formula dell' «attività di direzione e coordinamento di società» appaia mutuata dall'ordinamento settoriale del credito, il legislatore, nell'adottarla non ne ha fornito alcun apporto di carattere definitorio¹⁹⁹.

Il raffronto con la tradizionale formula della «direzione unitaria» sembra segnato dall'enfaticizzazione della funzione di «coordinamento». Sebbene parte della dottrina sia orientata a non attribuire un rilievo autonomo a tale specificazione,²⁰⁰ appare più aderente al quadro

Holding verso i soci di minoranza delle controllate, in *Le società*, 2004, p. 6 ;G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 114 ss. Sul punto particolare la posizione di U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 278 ss., che distingue il contratto di dominazione dal contratto di coordinamento, con il quale la società cui è attribuito il diritto di esercitare influenza dominante si obbliga, nel contempo, ad esercitarla rispettando l'interesse dell'altra società.

¹⁹⁹ L'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo era in effetti già previsto dall'art. 61 del D. Lgs. 385/93, che configurava l'esistenza di poterdovere di emanare direttive ai fini della stabilità del gruppo. Tuttavia le esperienze ermeneutiche utilizzabili risultano circoscritte al gruppo bancario, rispetto al quale, peraltro, la fattispecie viene perlopiù solo richiamata, e non definita. Infatti, essendo prevista a garanzia di un'efficace azione di vigilanza su tutte le componenti del gruppo creditizio, tale attività, nella sostanza, si esplica in relazione all'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo, nell'ambito del quale non sembra agevole rintracciare qualche appiglio interpretativo d'ordine generale, utile per dare concreto contenuto alla nozione stessa. Sul punto, cfr. P. FERRO-LUZZI e P. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 31, p. 33 ss. Gli Autori appaiono propensi a estendere la disciplina del gruppo bancario al di là dello specifico settore di riferimento. In particolare si ritiene che l'art. 61 del T.U.B., non farebbe altro che riconoscere l'attività di direzione e coordinamento di società come una naturale estrinsecazione del controllo, dalla quale conseguirebbe il dovere di collaborazione degli amministratori della controllata. Conseguentemente i principi formulati con riferimento al settore bancario sarebbero destinati ad assurgere a parametri di riferimento di carattere generale. *Contra*, M. PERASSI, *Gruppi societari e bancari. Brevi riflessioni sui progetti di riforma del diritto societario*, disponibile sul sito www.associazionepreite.it; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento*, cit.; EAD., *Gruppi bancari e non: legge e autonomia privata nella configurazione del modello organizzativo*, cit., p. 704.; F. VELLA, *Le società holding*, cit., p. 209 ss.

²⁰⁰ Sul punto, v. V. SALAFIA, *La responsabilità della Holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2004, p. 6, che ritenendo la relativa attività priva di sue proprie connotazioni, preferisce considerarla come "una modalità della direzione unitaria, consistente nel collegare tutte le imprese del gruppo, in maniera da armonizzarne i fini e le

complessivo dell'intera disciplina l'impostazione di chi ha ritenuto che il riferimento al coordinamento ne segni "una particolare qualità, vale a dire, l'attitudine a contemperare gli interessi diversi, riferibili a ciascuna delle varie società del gruppo (...) e all'organizzazione unitariamente considerata"²⁰¹.

Pur restando unitaria, in quanto tesa all'unificazione dell'attività delle varie imprese del gruppo in funzione del c.d. *interesse di gruppo*, l'attività di direzione dovrà nel contempo essere coordinata, ovvero non si dovrà fondare sulla sistematica prevaricazione dell'interesse di alcuni su quello di altri, bensì dovrà stabilire delle adeguate forme di contemperamento ormai racchiuse nella teoria dei c.d. *vantaggi compensativi*²⁰², sostanzialmente accolta dal nostro legislatore.

Individuando le condizioni di legittimità di tale attività, la normativa la condiziona, quindi, al perseguimento di interessi che siano compatibili con quelli delle singole società, che solo una politica di gruppo "coordinata" potrà garantire.

Il generico riferimento all'esistenza di un interesse di gruppo, che per lungo tempo ha diviso la dottrina, appare quindi ormai suggellato nella realtà definita dal D. Lgs. di riforma del diritto societario²⁰³. L'affermazione in positivo di regole volte a disciplinarne i limiti e la rilevanza sembra infatti

singole operazioni". In senso conforme si è espressa anche I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le società*, 9, 2003, p. 1198, n. 6.

²⁰¹ Testualmente, A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della disciplina sui gruppi di società*, cit., pp. 374-381. A sostegno dell'esistenza di una diversificazione non solo nominalistica tra le due formule, viene addotto il dato inerente alla conservazione della vecchia terminologia nella nuova legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (Dlgs. 270/99), che, sebbene posteriore all'introduzione del T.U.B., ha preferito riferirsi alla <<direzione comune>>, piuttosto che alla formula <<direzione e coordinamento di società>>.

²⁰² Sul punto è emblematica l'ampiezza e la vastità dei contributi, in quanto il tema costituisce il <<campo problematico>> (P. SPADA, *op. ult. cit.*) che più di tutti ha sollecitato la dottrina nell'esame del fenomeno dei gruppi, al punto che ogni autore che se ne è trovato a parlare non si è potuto esimere da una sua trattazione. Fra i molti, cfr.: A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 723 ss.; P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 ss.

²⁰³ Cfr. l'art. 10 lett. b della legge delega ove si afferma la necessità che <<le decisioni conseguenti alla valutazione dell'interesse di gruppo siano motivate>>.

indelebilmente impressa nelle disposizioni contenute negli artt. 2497-ter e 2497c.c.

In particolare, ai sensi del primo *«le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate devono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione»*.

Ammettendosi la trasposizione all'interno degli organi amministrativi della controllata delle decisioni assunte da quelli della controllante, al contempo si esige che gli interessi, che abbiano sotteso l'adozione della decisione, siano analiticamente indicati.

La finalità della norma è quella di consentire un sindacato sulla loro rispondenza ad un interesse di gruppo che, in quanto tale, risulta essere riferibile anche alla controllata, e non ascrivibile unicamente alla sfera della controllante o di altra società del gruppo, pena l'annullabilità della deliberazione²⁰⁴.

Riferimenti allusivi all'interesse di gruppo si rinvencono anche nel primo comma dell'art. 2497 c.c., che in particolare esclude la responsabilità della controllante per la lesione dei diritti dei soci esterni e dei creditori della controllata *«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»*. Il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento è da intendersi nella realizzazione dell'interesse di gruppo, in quanto le società, o gli enti che esercitano tale attività, possono agire perseguendo un *«interesse imprenditoriale proprio o altrui»*, ossia, ai fini della realizzazione di un interesse che non è quello della singola società controllata, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi di corretta gestione, che legittimano l'adozione di una politica di gruppo.

Dunque, come si afferma nella relazione della legge delega, che peraltro accoglie le formulazioni anteriormente coniate da dottrina e

²⁰⁴ Cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit.

giurisprudenza, la presenza di un interesse di gruppo può essere dimostrata “valutando l’interesse sociale non solo con riferimento ad una operazione isolatamente considerata, ma con riferimento al quadro generale, di gruppo appunto, nel quale si svolge l’impresa sociale” .

Emerge, così, una valutazione di un interesse «extra-sociale», non necessariamente «anti-sociale», idoneo ad influenzare e a condizionare lo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento, che se presieduta dal rispetto dei poteri di corretta gestione, appare pienamente legittima²⁰⁵.

A fronte delle risultanze tendenzialmente univoche dell’approccio seguito dal legislatore delegato, è dato rilevare come, diversamente, nel periodo anteriore alla riforma, la rilevanza di una tale tipologia di interesse, non abbia dato vita a soluzioni pacificamente accolte dalla dottrina. Infatti, il problema inerente all’ammissibilità del perseguimento di un interesse di gruppo, e dei limiti entro i quali questo potesse condizionare l’attività di ogni singola controllata, ha rappresentato, e sotto certi aspetti rappresenta tuttora, il «campo problematico»²⁰⁶ più discusso dell’intera materia dei gruppi, in quanto è proprio in esso che più visibilmente si innesta l’antinomia fra la realtà sostanziale e la posizione formale delle singole società²⁰⁷.

A fronte del disconoscimento pressoché unanime di una possibile soggettivizzazione del gruppo²⁰⁸, in quanto “nell’attuale diritto positivo il gruppo di società non è un ente autonomo derivante dalla personificazione di un organismo imprenditoriale unitario, né dà origine ad un centro di interessi dotato in qualche misura di una propria autonomia patrimoniale o soggettiva”²⁰⁹, il problema risulta radicato “nella peculiare concezione

²⁰⁵ Sul punto, cfr. I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le società*, 9, 2003, p. 1204.

²⁰⁶ L’espressione è mutuata da P. SPADA, *Gruppi di società*, cit., p. 221 ss.

²⁰⁷ In tali termini, G. SBISA’, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., p. 591 ss.

²⁰⁸ Cfr. per tutti, P.G. JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, cit., p. 1426 ss.

²⁰⁹ La massima ricorre frequentemente in numerose sentenze, cfr.: Cass. Civ. , Sez. II, 24 marzo 1998, n. 3091; Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Le società*, 1992, p. 794; Cass., 8

dell'*interesse sociale*, che si pretende sia riferito ad un soggetto ben determinabile"²¹⁰.

Come autorevolmente affermato, però, l'emersione di *interessi-altri* e la complessità delle politiche aziendali dovrebbero intendersi come elementi determinanti nella nozione di interesse sociale, specie se riferiti ad imprese di notevoli dimensioni²¹¹.

In tale ottica, l'interesse di gruppo, non rappresenterebbe che uno degli «interessi-altri» idonei ad influire sulle determinazioni degli organi gestori delle singole società, e segnatamente, sarebbe da intendersi come il punto di convergenza, o l'asse di coordinamento tra l'interesse della controllante e l'interesse delle altre società del gruppo²¹².

maggio 1991, n. 1918, in *Riv. giur. impr.*, 1991, p. 535; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, cit.; Cass., 8 febbraio 1989, n. 795, in *Foro it.*, p. 3454; Cass., 2 febbraio 1988, n. 957, in *Dir. lav.*, 1988, p. 333; Cass., 17 giugno 1988, n. 4142, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 2360; Cass., 8 luglio 1988, n. 4523, in *Dir. Fall.*, 1989, II, p. 271; Cass., 23 novembre 1987, n. 8659, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 100; Cass., 13 giugno 1986, n. 3845, in *Foro it.*, Rep., 1986, voce "società", n. 314; Cass., 2 dicembre 1985, n. 6023, in *Mass. Giur. it.*, 1985; Cass., 28 gennaio 1981, n. 650, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 319; Cass., 15 giugno 1959, n. 1825, in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 564. Nella giurisprudenza di merito cfr.: App. Milano, 11 luglio 1991 (decr.), in *Le società*, 1991, p. 1664; Trib. Monza, 6 febbraio 1989, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 665; App. Milano, 30 settembre 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 873; Trib. Napoli, 13 giugno 1987, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 238; App. Milano, 18 novembre 1986, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1988, II, p. 329; App. Roma, 1 luglio 1985, in *Foro it.*, 1986, I, c. 781; Trib. Roma, 14 marzo 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 143.

²¹⁰ Così, P.G. JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, cit., p. 1430.

²¹¹ Cfr. P. MONTALENTI, *Conflitti di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 719. L'Autore, in particolare sostiene l'incompletezza, nell'attuale stato dell'ordinamento, della «definizione di interesse sociale come interesse alla ripartizione degli utili», in quanto non considerevole «della coesistenza necessitata di altri interessi». Sul punto, si era già espresso il MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 738, rilevando l'opportunità di una sua revisione, anche alla luce di una rivisitazione del concetto di pregiudizio.

²¹² Così, M. RUBINO-SAMMARTANO, *Holding e società di gruppo: rapporti tra controllante e controllata*, cit., p. 134, riprende la definizione di P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 719. Sul punto, cfr. la ricostruzione della SCOGNAMIGLIO, espressa, da ultimo, nel saggio *La politica di gruppo e l'interesse delle società controllate*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3, 2002, p. 491. Secondo l'Autrice, il nostro ordinamento non riconosce e tutela un interesse di gruppo che si sovrappone a quelli delle singole società prevalendo su di essi. «Gli interessi delle singole società di gruppo (e così anche della *holding*) sono sullo stesso piano, ed hanno lo stesso valore», per cui non è possibile «sacrificare o misconoscere gli uni a vantaggio degli altri». Conseguentemente, l'interesse della *holding* si impone non in quanto interesse superiore, ma come «interesse comune alle diverse società, perché avente ad oggetto la creazione e lo sfruttamento di sinergie di gruppo, in funzione della massima valorizzazione di ciascuna di esse e del loro insieme complessivamente considerato».

Ma, il perseguimento di una tale tipologia di interesse, incidendo sulla realtà operativa di ogni singola società, ne implica necessariamente una limitazione. Ed è proprio in tali termini che emerge la complessità del problema, che si innesta tra il monismo economico che caratterizza la logica imprenditoriale e l'alterità soggettiva delle società che compongono il gruppo²¹³. In altri termini, occorre chiedersi se la "sovrastruttura organizzativa con funzioni direzionali"²¹⁴, nella quale può sussumersi l'essenza sostanziale dei gruppi di imprese, sia idonea a determinare il superamento del dato formale delle distinte soggettività giuridiche, ossia, entro quali termini si possa propendere per l'affermazione di una loro autonomia o dipendenza nell'ambito delle scelte imprenditoriali.

Tale dualismo è stato efficacemente sintetizzato in termini di contrapposizione tra una logica «atomistica», riposante sulla netta dicotomia giuridica tra gruppo e singole società, e una prospettiva «molecolare», che già sul piano classificatorio, postula la completa integrazione tra l'attività della capogruppo e l'attività delle società medesime²¹⁵.

Si tratta di problematiche che investono il terreno della teoria dell'impresa e della personalità giuridica, che non possono essere affrontate compiutamente in questa sede²¹⁶.

Per quanto qui più direttamente interessa si può comunque rilevare che con la nuova formulazione degli artt. 2497 c.c. ss. si è assistito ad un primo riconoscimento dell'impostazione dogmatica che muovendosi proprio

²¹³ Così, M. RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 129.

²¹⁴ F. CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo*, cit., p. 262.

²¹⁵ In tali termini si è espresso R. ROSSI, *Gruppo di imprese e conflitto di interessi tra nostalgie "atomistiche" e prospettive "molecolari"*, in *Corr. giur.*, n. 12, 1999, p. 1530 ss., mutuando la felice espressione dalla metafora invalsa nella dottrina francese. Cfr., in particolare, nota n. 3, p. 1533.

²¹⁶ Sul punto cfr., A. PIRAS, *Nuove forme di organizzazione dell'attività di impresa*, cit., p. 82, considera il problema centrale della teoria dell'impresa. L'Autore, in particolare, pone l'accento sul fatto che la società per azioni si sarebbe evoluta da organismo-fine, da intendersi come strumento di unificazione e potenziamento dei diversi potenziali individuali, a organismo-mezzo, ossia come strumento per la creazione di una complessa e più flessibile organizzazione di impresa. Non si manca di rilevare come il legislatore sarebbe rimasto ancorato alla prima di tali prospettive, al punto che la società per azioni oggi appare come «un organismo cuscinetto fra l'individuo e i gruppi».

sul terreno dell'impresa proponeva un superamento della formula del gruppo di imprese in favore del riconoscimento dell'unitarietà dell'«impresa di gruppo»²¹⁷.

Sebbene parte della dottrina vi rinvenga una riproposizione in termini istituzionalistici del problema dell'interesse sociale, in ragione del riscontro di una permeabilità a interessi che trascendano quelli dei singoli soci per una predominante logica del gruppo²¹⁸, la trasposizione sul piano normativo di tale concezione appare più rispondente alla realtà del comune agire societario.

L'attuale normativa offre un riconoscimento formale a quelle forme di condizionamento sugli organi sociali che non trovano un'adeguata formalizzazione attraverso gli ordinari canali sociali. Come visto, si tratta prevalentemente di poteri di fatto che possono trovare il loro fondamento sia in una relazione di controllo secondo l'art. 2359 c.c. che in altre situazioni difficilmente tipizzabili.

Quindi la normativa riconosce la legittimità di tale potere di condizionamento nella formula dell'attività di direzione e coordinamento, ma al contempo ne definisce i limiti e le corrispondenti responsabilità

²¹⁷ Fra i sostenitori dell'«unitarietà dell'impresa di gruppo», cfr. F. SETTE, *Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 267 ss.; F. GALGANO, da ultimo in *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit.; G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, cit.; CAPRIGLIONE, *Poteri della controllante e organizzazione interna di gruppo*, cit. Sul punto, cfr. pure FERRO-LUZZI e P. MARCHETTI, *op. cit.*; Cfr. G. FERRI, *op. ult. cit.*, ove si sottolinea che «l'impresa rimane economicamente unica, perché unica è la mente direttiva, unica la fonte finanziaria, unitaria, e unitariamente concepita è l'azione economica che si realizza attraverso le singole operazioni, ma giuridicamente l'unità dell'impresa si risolve nella pluralità delle organizzazioni autonome anche se funzionalmente collegate».

²¹⁸ La problematicità della questione rileva soprattutto in termini di conflitto di interessi. Sul presupposto di un suo riscontro sistematico, e fisiologico alla forte aggregazione che caratterizza il modello dei gruppi, cfr. A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, cit., p. 729, che dall'inadeguatezza della disciplina sancita all'art. 2391 c.c., si è espresso in termini di una sua auspicabile soppressione. Sul punto cfr. anche la sintesi di, S. SCOTTI CAMUZZI, *I gruppi fra diritto delle società e diritto di impresa*, in *Atti del convegno internazionale di studi Venezia*, cit., p. 2145, che attraverso un esame delle diverse soluzioni proposte in dottrina, configura l'impostazione del MIGNOLI come la riproposizione di un nuovo «istituzionalismo esterno», che condurrebbe ad «opprimere le minoranze (...) in nome dell'interesse di gruppo»

sussumibili nel quadro delle disposizioni a ciò specificatamente dirette nell'ambito della disciplina del fenomeno.

5. I modelli di *governance* nell'articolazione delle competenze degli organi sociali.

Come noto, una delle principali novità recate dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 si rinviene nella possibilità, rimessa all'autonomia statutaria, di optare per un'articolazione dell'organizzazione interna diversa da quella tradizionale.

Sul governo delle società per azioni, invero, la riforma del 2003, nell'intento di rafforzare l'autonomia privata, consente ora ai soci di avvalersi alternativamente di uno dei tre sistemi che l'art. 2380 c.c. definisce di "amministrazione e controllo", al fine di selezionare il modello di *corporate governance* più congruo alla vita ed alle attività societarie²¹⁹.

²¹⁹ Fra i contributi che si sono specificatamente occupati di delineare i tratti fondamentali della riforma v. senza alcuna pretesa di esaustività S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in ID., (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003; P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario*, cit.; F. BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, *Giur. comm.*, 2003, I, 700 e segg.; ID., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *Giur. comm.*, Supplemento n. 3/2004, 620; G. COTTINO e BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, *Giur. comm.*, 2003, 389 e segg.; F. CAFAGGI, *Complementarietà istituzionali ed evoluzione dei modelli organizzativi nella riforma del diritto societario*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 9 e segg.; V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, I, 535 e segg.; G. CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, *Contratto e impresa*, 2003, 149 e segg.; F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2002, I, 670 e segg.; S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, *Giur. comm.*, 2003, I, 728 e segg. ; A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, XXIX, Padova, 2003; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance*, cit., 842 e segg.; A. MAFFEI ALBERTI, (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2005; G. MARASA', *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, *Giur. comm.*, 2003, I, 135 e segg.; G. MINERVINI, *Dell'amministrazione e del controllo*, in M. SANDULLI, V. SANTORO, *La riforma delle società*, Torino, 2003; P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, I, 422 e segg.

L'attenzione si concentra, in particolare, sull'introduzione di uno dei due modelli alternativi di *corporate governance*, il dualistico o "two-tier" ed il monistico o "one-tier" che si aggiungono a quello tradizionale, anch'esso oggetto di non irrисorie modifiche. Anticipando quanto meglio specificato nel prosieguo della presente trattazione, si rileva, in estrema sintesi, che le differenze maggiormente significative tra i modelli di *governance* succitati riguardano la struttura e le competenze degli organi di controllo, mentre per quanto concerne gli amministratori le norme del sistema tradizionale si applicano, in generale, anche ai sistemi dualistico e monistico²²⁰.

Il sistema tradizionale o ordinario, è così definito, giacché, in mancanza di una differente opzione statutaria, trova applicazione automatica. Nel voler delineare gli elementi che lo contraddistinguono, non può prescindere dal porre l'accento sulla sussistenza in esso di uno schema a tre soggetti con specifici compiti e competenze: l'assemblea, che in sede ordinaria ha le attribuzioni individuate dall'art. 2364 c.c., l'organo amministrativo, che può assumere una struttura monocratica (amministratore unico) ovvero pluripersonale ed allora necessariamente collegiale (consiglio di amministrazione – art. 2380-bis, comma 3, c.c.), cui si aggiungono eventuali organi delegati, e l'organo di controllo (collegio sindacale).

Il sistema ordinario, dunque, si articola secondo una soluzione che, a grandi linee, contempla i medesimi organi vigenti nel sistema pre riforma.

Oggetto di modifica è stato essenzialmente l'organo amministrativo, in quanto, come detto, viene normativamente sancito il principio, peraltro già noto in dottrina, secondo cui investiti della gestione dell'impresa sociale

ID., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in (a cura di), S. AMBROSINI, *La riforma delle società*, cit., R. RODORF, *Le società pubbliche nel codice civile, Le società*, 2005, 423; A. VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico*, Milano, 2006; G. VISENTINI, *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma, Il diritto fallimentare*, 2004, 925 e segg.

²²⁰ In questo paragrafo si intende dare conto delle linee generali dell'articolazione dell'organizzazione societaria nei tre sistemi, con precipuo riguardo all'organo amministrativo, per poi affrontare diffusamente, nel paragrafo successivo, il sistema dei controlli interni.

sono in via esclusiva gli amministratori²²¹, dal che una netta scissione di competenze tra l'organo gestorio e l'organo assembleare.

Questo principio, come già accennato, se letto congiuntamente alla norma²²² che non consente più allo statuto di riservare competenze gestionali all'organo assembleare, statuisce espressamente che le funzioni gestorie e le corrispondenti responsabilità sono imputate esclusivamente agli amministratori, che non sono soggetti a limiti, condizionamenti o direttive da parte dell'assemblea, con conseguente erosione delle competenze di quest'ultimo organo²²³.

In altri termini, agli amministratori è precluso condividere la gestione dell'impresa con gli altri organi sociali, e l'eventuale autorizzazione dell'assemblea al compimento degli atti di gestione lascia impregiudicata la responsabilità dell'organo amministrativo per gli atti compiuti²²⁴.

Passando ad analizzare i poteri-doveri degli amministratori, si può riscontrare, in via preliminare, la sussistenza di una duplice fonte, legge e statuto (art. 2392, comma 1, c.c.), anche se la fonte convenzionale, lungi dal potere essere correlata ad un rapporto di mandato²²⁵, appare piuttosto

²²¹ Ed infatti, secondo quanto prescritto dall'art. 2380-bis - rubricato "Amministrazione della società" -, agli amministratori è demandato il compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Diventa, così, centrale stabilire quali siano gli atti compiuti dagli amministratori che si conformano effettivamente all'oggetto sociale. Al riguardo, un orientamento giurisprudenziale consolidato ritiene che l'oggetto sociale consiste, alla luce della maggior parte delle norme nelle quali è menzionato (artt. 2328, n. 3; 2361, 2437, 2445), nell'attività d'impresa esercitata dalla società in relazione a quanto denunciato nello statuto sociale e che invece solo ad altri specifici fini possa rilevare l'oggetto in "concreto" attuato. Così, *ex multis*, Corte d'Appello, Milano, 7 aprile 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 301 e segg. con commento di S. RUSSO.

²²² Il riferimento è all'art. 2364, n. 5, c.c..

²²³ V. *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale delle società per azioni: il commento dell'Assonime*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, p. 891 e ss..

²²⁴ Cfr. V. SALAFIA, *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Le società*, 2003, p. 1054,

²²⁵ Sull'impossibilità di ritenere che gli amministratori siano vincolati alla società da un contratto di mandato, v., *amplius*, F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 443 ess.. L'Autore precisa, altresì, che non può neppure pensarsi di essere in presenza di un contratto di lavoro subordinato, né tantomeno, come sosteneva MINERVINI, di «un contratto di tipo a sé stante, che ha per oggetto la prestazione di lavoro in senso ampio, avente contenuto di attività prevalentemente giuridica e in posizione che per taluni aspetti è di autonomia e per altri è di subordinazione».

riconducibile alla norma statutaria intesa come “legge interna” della società²²⁶.

Al riguardo, seppure in estrema sintesi, deve prendersi preliminarmente atto dell’ampliamento, in virtù della riforma, dei poteri degli amministratori mediante l’attribuzione di funzioni che, precedentemente al 2003, erano di competenza dell’assemblea²²⁷.

Ciò posto, è indubbio che tra le principali attribuzioni degli amministratori trovi debita collocazione il potere di rappresentanza (oggi attribuito dallo statuto o dalla deliberazione di nomina), che, qualificato come generale dal novellato art. 2384, comma 1, c.c., è destinato a comprendere tutti gli atti da compiere in nome della società.

In merito, preme sottolineare che la rappresentanza attiene inevitabilmente all’attività amministrativa come configurata dalla legge, senza coincidere necessariamente, tuttavia, con il potere di gestione. La dissociazione tra il potere di rappresentanza ed il potere di gestione, infatti, si appalesa sotto un duplice profilo.

In primo luogo, mentre il potere di amministrazione concerne la fase interna della gestione dell’impresa, con conseguente assunzione delle relative decisioni, il potere di rappresentanza investe solo, ed eventualmente, la fase esterna della manifestazione di dette decisioni ai terzi con imputazione degli effetti alla società.

Ed è proprio in tal senso che il tenore dell’art. 2384, comma 1, da ultimo citato, si conforma alla *ratio* che da sempre connota la disciplina

²²⁶ In dottrina si è a lungo dibattuto sulla fonte dei poteri e doveri degli amministratori, con un particolare riguardo al potere di rappresentanza. Segnatamente, ci si è interrogati sulla possibile assimilazione della realtà alle bipartizioni della rappresentanza in senso tecnico (legale o volontaria). Vi è chi ha sostenuto che tale fonte fosse individuabile nella legge, «*in quanto funzione necessaria in vista dell’attuazione del programma sociale*» (v., per tutti, V. CALANDRA BUONAURA, *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 4, Torino, 1991, p. 130), e chi, invece, sosteneva che tale fonte fosse individuabile nella volontà della società stessa (statuto o delibera di nomina) (cfr., da ultimo, e fra gli altri, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commento sub art. 2384 cod. civ.*, in *Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Padova, 2005, p. 179).

²²⁷ Si pensi a titolo esemplificativo alla fusione di società possedute integralmente o al novanta per cento, all’emissione di obbligazione, nonché alla riduzione del capitale nel caso di recesso.

comunitaria in materia societaria, ossia garantire la certezza e la velocità degli affari mediante un rafforzamento della tutela dell'affidamento dei terzi che entrano in relazione con la società²²⁸.

In secondo luogo, e soprattutto, non può sottacersi la circostanza per cui, di regola, se la gestione compete collegialmente al consiglio di amministrazione, il potere di rappresentanza spetta al presidente del consiglio di amministrazione ed, eventualmente, ad uno o più consiglieri delegati²²⁹.

Con una previsione inderogabile, poi, il secondo comma della norma in commento prosegue, disponendo che eventuali limitazioni del potere di rappresentanza, risultanti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, pur essendo consentite, non sono opponibili ai terzi, anche là dove pubblicate, salvo che la società provi che questi abbiano agito intenzionalmente ai suoi danni.

I più importanti poteri degli amministratori, dunque, devono essere inquadrati nel concetto di gestione sociale che, al cospetto del semplice adempimento di un mandato, ossia del mero compimento di atti giuridici, comprende, altresì, tutta l'attività di raccolta, organizzazione e direzione dei mezzi personali e materiali destinati a dare attuazione alla condotta degli affari sociali.

Gli amministratori sono, dunque, dotati di una propria sfera di competenza inderogabile e, nei limiti dell'oggetto sociale, hanno potere deliberativo su tutte le materie attinenti alla gestione della società, con la

²²⁸ Ciò è evidente sol che si consideri, a titolo esemplificativo, la prima direttiva europea in materia societaria, ossia la Direttiva CE n. 151 del 1968. Al riguardo, v., per tutti, ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. OLIVIERI, G. PRESTI, F. VELLA, Bologna, 2003, pp. 146 e 147 e *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale delle società per azioni: il commento dell'Assonime*, cit..

²²⁹ Cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, p. 474 e ss., che non manca di rilevare come detta circostanza sollevi un problema, peraltro non irrilevante, rispetto al quale l'art. 2384 c.c. non offre spunti risolutivi. In particolare, l'Autore si chiede se, ricorrendo la dissociazione di cui si parla nel testo, il valido esercizio del potere di rappresentanza debba essere subordinato al previo conforme esercizio del potere di deliberazione o se, invece, il difetto di deliberazione incida solo sul rapporto interno, rendendo l'esercizio del potere di rappresentanza illecito rispetto alla società, ma non invalido nei confronti del terzo contraente.

conseguenza che sarebbe arbitraria la frapposizione di ulteriori limiti alla loro attività, il cui esercizio si fonda su poteri previsti dalla stessa legge²³⁰.

Da altro punto di vista, il potenziamento del ruolo del consiglio di amministrazione rende attuale la rilevanza della disciplina relativa ai criteri di scelta dei membri dello stesso, nonché alla loro revoca e sostituzione. Del resto, proprio la nomina dell'organo amministrativo rappresenta uno dei principali strumenti di direzione e controllo sulla società.

In proposito, resta fermo il principio generale, inderogabile, secondo cui la nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori nominati nell'atto costitutivo²³¹, e resta, altresì invariata, la possibilità di stabilire statutariamente norme particolari per la nomina delle cariche sociali²³².

La vera novità, come efficacemente rilevato, è strettamente connessa alla nuova disciplina degli strumenti finanziari. In seguito alla riforma, è infatti previsto²³³ che se la società emette strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o amministrativi, ma privi del diritto di voto in assemblea, ad essi lo statuto può riservare la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco²³⁴.

Nel sistema tradizionale, come si è visto, il potere di gestione e gli altri poteri amministrativi, incluso quello di rappresentanza, possono essere

²³⁰ Sul punto e sugli amministratori in generale si veda F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.

²³¹ In linea di principio, la nomina viene deliberata in seno all'assemblea ordinaria ed è sottoposta ai normali *quorum* deliberativi dell'assemblea ordinaria.

²³² Tale possibilità è ammessa espressamente dall'art. 2368, comma 1, c.c.. Sul punto, v., per tutti, F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 430 e ss.. A titolo esemplificativo, le norme particolari cui si fa riferimento possono consistere in una modifica del *quorum* necessario per la nomina (ad. es. la deroga al principio della maggioranza assoluta) ovvero nella introduzione di sistemi di votazione tali da consentire alla minoranza la nomina di componenti del consiglio di amministrazione (ad. es. voto di lista e voto scalare).

²³³ V. il combinato disposto degli artt. 2383, comma 1, e 2351, ultimo comma, c.c..

²³⁴ V. *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale delle società per azioni: il commento dell'Assonime*, cit., ove, peraltro, non mi manca di osservare che, per tale via, viene superata la questione sollevata nel precedente regime, della validità di eventuali clausole dello statuto volte ad assegnare a varie categorie di azioni la designazione di alcuni amministratori.

concentrati in capo ad un amministratore unico ovvero possono essere affidati ad un consiglio di amministrazione, in seno al quale è consentito nominare consiglieri delegati e comitati esecutivi.

Nell'intento di consentire una migliore verifica organizzativa e gestionale, nonché un rigoroso accertamento delle responsabilità di ciascuno, assume precipuo rilievo al riguardo la puntuale disciplina dei poteri e dei doveri, non solo del consiglio, quale organo collegiale, ma anche del presidente e degli organi delegati eventualmente previsti²³⁵.

Quanto alle attribuzioni del presidente, questi ha il compito di garantire il buon funzionamento del consiglio²³⁶, nonché, e soprattutto, di assicurare che i consiglieri siano adeguatamente informati sulle materie iscritte all'ordine del giorno, garantendo per tale via la circolazione delle informazioni²³⁷. E tale ultimo compito è destinato a rivestire un particolare significato, sol che si consideri la centralità che nella riforma assume il sistema dei flussi informativi tra gli organi societari²³⁸.

Per quanto concerne le competenze degli organi delegati (comitato esecutivo e amministratori delegati), si registra un arricchimento delle regole volte a presiedere la concessione e l'esercizio delle deleghe, che, in termini di rapporto tra consiglio e organi delegati, si risolve a vantaggio del primo²³⁹. Ed infatti, alla previsione secondo la quale il consiglio può sempre

²³⁵ V. art. 2381 c.c..

²³⁶ Secondo quanto prescritto dal 1° comma dell'art. 2381, invero, al presidente, salvo diversa previsione statutaria, compete la convocazione dell'organo amministrativo, la fissazione dell'ordine del giorno ed il coordinamento dei lavori del consiglio.

²³⁷ Sul punto, giova, altresì, considerare che, alla luce della riforma, si registra l'assenza, in via ordinaria, di compiti gestionali in capo al presidente, salvo che lo statuto preveda diversamente.

²³⁸ Esigere un elevato livello di consapevolezza per tutti gli amministratori al fine di assicurare contributi approfonditi nelle scelte gestionali, infatti, si conforma pienamente ad uno dei principi cardine della riforma, quale quello di garantire lo scambio informativo. Sul punto, v., fra gli altri, S. PESCATORE, *La società per azioni*, in V. BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, p. 67 e ss., il quale, peraltro, non manca di rilevare come sia proprio l'intento di assicurare la circolazione delle informazioni a spiegare quanto statuito dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., a mente del quale gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato potendo chiedere individualmente agli organi delegati di fornire, in consiglio, informazioni sulla gestione societaria.

²³⁹ La delega di funzioni ad un comitato esecutivo o ad uno o più amministratori delegati dà vita ad un ulteriore organo della società, dotato di competenza concorrente con quella del

impartire direttive agli organi delegati ed avocare a sé operazioni rientranti nella delega²⁴⁰, si aggiunge un ampliamento del novero dei poteri del consiglio che non possono costituire oggetto di delega²⁴¹.

Quali che siano le competenze delegate, i nuovi organi sono investiti *ex lege* del compito di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, nonché del compito di riferire periodicamente al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale sia sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, sia sulle operazioni più rilevanti, sotto il profilo quantitativo o qualitativo, effettuate dalla società e dalle sue controllate²⁴².

In sintesi, può dirsi che gli organi delegati sono chiamati a curare in concreto l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, mentre il consiglio di amministrazione ha il precipuo compito di vigilare, mediante un monitoraggio costante, sull'attività degli organi delegati, al fine di valutare le modalità di attuazione delle linee di gestione, oltre che per verificare l'idoneità della struttura aziendale all'esercizio dell'attività di impresa nelle sue diverse componenti²⁴³.

consiglio di amministrazione. Il meccanismo delle deleghe, invero, lungi dallo spogliare il consiglio di determinati poteri, si limita ad attribuirli anche agli organi delegati, dal che il permanere di una sovraordinazione del consiglio rispetto agli organi delegati. Su quest'ultimo punto, cfr., fra gli altri: F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, p. 457 *ess.*; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. OLIVIERI, G. PRESTI, F. VELLA, *cit.*, p. 144 e *ss.*. Sul meccanismo delle deleghe nelle società per azioni, si veda, in generale: G. FANELLI, *La delega del potere amministrativo nelle società per azioni*, Milano, 1962, p. 21 e *ss.*; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, Torino, 1976, *spec.* p.11 e *ss.*; COSTI, *Modifiche della composizione del consiglio di amministrazione e sopravvivenza del rapporto di delega*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 147.

²⁴⁰ Sul punto, cfr. *Cass. civ.*, 6 agosto 1962, n. 2402, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1009.

²⁴¹ L'art. 2381, comma 4, c.c., infatti, nel disciplinare i limiti alla possibilità di delegare l'attività consiliare, oltre a confermare le ipotesi già vigenti, estende il divieto anche al progetto di fusione e scissione, nonché all'emissione di obbligazioni convertibili in azioni sempreché lo statuto attribuisca agli amministratori detta facoltà.

²⁴² In tale prospettiva, strumento di corretta amministrazione è proprio l'adeguato sistema di scambi informativi, delineato dalla riforma del 2003 per consentire agli organi sociali di agire in modo informato.

²⁴³ Anticipando quanto delineato più avanti con riferimento alla responsabilità degli amministratori, si rileva la perfetta coerenza fra quanto esposto nel testo e la disciplina della responsabilità degli amministratori. Come efficacemente messo in luce, infatti, dal tenore dell'art. 2392 c.c. si evince chiaramente che la presenza di un comitato esecutivo o di uno o più consiglieri delegati, da un lato, vale ad escludere la responsabilità degli altri amministratori per gli atti o le omissioni compiute nell'esercizio delle funzioni delegate,

Per tornare al più circoscritto tema del governo delle società per azioni, la riforma del 2003, come già anticipato, contempla la più vasta gamma di possibilità di scelta, prevedendo che lo statuto delle singole società possa derogare al sistema ordinario scegliendo alternativamente il sistema dualistico o quello monistico.

Il sistema dualistico, di matrice germanica²⁴⁴, è caratterizzato dall'interposizione fra assemblea ed organo amministrativo, che qui assume il nome di consiglio di gestione, di un terzo organo, quale il comitato di sorveglianza, nominato dall'assemblea, a cui spetta il compito di eleggere i membri costituenti l'organo amministrativo.

Conformemente ai principi ispiratori della riforma, l'amministrazione spetta in via esclusiva al consiglio di gestione, modellato sostanzialmente sul consiglio di amministrazione proprio del sistema tradizionale²⁴⁵. Al consiglio di gestione, formato da non meno di due componenti, invero, è demandato il compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale²⁴⁶, con la conseguente responsabilità per gli atti compiuti, restando fermo, in ogni caso, il meccanismo delle deleghe attribuite dall'organo, con determinazione collegiale, ad uno o più dei suoi componenti²⁴⁷.

dall'altro, determina il sorgere di un ulteriore titolo di responsabilità degli amministratori che potrebbero essere chiamati a rispondere per non aver vigilato sull'operato dell'organo delegato. V., sul punto, F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 458.

²⁴⁴ Si tratta di un sistema mutuato dal modello introdotto in Germania (dove costituisce l'unico sistema di amministrazione e controllo delle società per azioni) ma che si ispira anche all'esperienza di altri ordinamenti europei, quali quello olandese, nonché quello francese e portoghese. Quale regime opzionale, esso è adottato, altresì, dalla proposta di quinta direttiva CE sulla struttura delle S.p.A., e, da ultimo, risulta recepito anche fra i regimi opzionali di *governance* della Società europea (v. Regolamento del Consiglio dell'Unione Europea dell'8 ottobre 2001). Sul punto v. *supra*.

²⁴⁵ L'art. 209 *undicies* c.c., infatti, operando molteplici rinvii, rende applicabili al consiglio di gestione una serie di norme concernenti i doveri, i poteri e le responsabilità degli amministratori nel modello tradizionale.

²⁴⁶ V. art. 2409 *novies* c.c..

²⁴⁷ A differenza di quanto accade nel sistema tradizionale (cfr. art. 2381, comma 2, c.c.), tuttavia, nel modello dualistico, stante il disposto dell'art. 2409 *novies* cit., la delega di poteri amministrativi non necessiterebbe di una previa autorizzazione da parte dell'assemblea ovvero in forza di apposita previsione statutaria.

Al comitato di sorveglianza, invece, competono funzioni analoghe a quelle che, nel modello tradizionale, sono proprie del collegio sindacale e dell'assemblea ordinaria: quindi, rispettivamente, funzioni di vigilanza sull'attività del consiglio di gestione²⁴⁸, nonché di approvazione del bilancio e di nomina e revoca degli amministratori²⁴⁹. La proprietà, dunque, non nomina gli amministratori e non approva il bilancio, tuttavia decide sull'elezione del consiglio di sorveglianza, determinando indirettamente le linee del programma economico della società oppure le modifiche alla sua struttura (es. operazioni sul capitale, fusioni, etc.).

Nel modello in esame ai soci spetta, dunque, la nomina del consiglio di sorveglianza, del revisore contabile (o società di revisione nelle società

²⁴⁸ Più precisamente, si tratta di un controllo (quantomeno di legittimità) degli atti dei consiglieri di gestione. In virtù dei rinvii operati dall'art. 2409 *quaterdecies*, infatti, al consiglio di sorveglianza si applicano buona parte delle norme riguardanti funzioni, doveri, poteri e responsabilità del collegio sindacale nel modello ordinario.

²⁴⁹ Il nuovo organo del sistema dualistico, dunque, lungi dal poter essere equiparato al collegio sindacale, si contraddistingue per avere una competenza di tipo composito o misto: oltre alle funzioni di vigilanza e responsabilità sostanzialmente uguali a quelle del collegio sindacale, infatti, sono ad esso attribuite particolari funzioni che nel sistema ordinario spettano, per espresso dettato legislativo, all'assemblea dei soci. Oltre alla nomina e revoca dei componenti il consiglio di gestione (art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. a) ed all'approvazione del bilancio di esercizio (art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. b), si pensi al proponimento dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti il consiglio di gestione (art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. d).

Per quanto concerne, invece, le funzioni proprie, nel sistema ordinario, del collegio sindacale, oltre al controllo di legalità e di efficienza di cui all'art. 2403, comma 1 (art. 2409 *terdecies*, lett. c), si pensi alla denuncia al tribunale *ex art.* 2409 (art. 2409 *terdecies*, lett. e), alle relazioni all'assemblea, almeno una volta all'anno, sull'attività di vigilanza svolta e sui fatti censurabili rilevati.

Altre attribuzioni spettano poi sia all'assemblea, sia al consiglio di sorveglianza, come il promovimento dell'azione di responsabilità contro i componenti del consiglio di gestione (art. 2364 *bis*, n. 3; art. 2409 *decies*; art. 2409 *terdecies*, lett. d). Altre ancora sono peculiari del consiglio di sorveglianza, come l'approvazione del bilancio consolidato (art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. b) o come, se previsto dallo statuto, la deliberazione sui piani strategici, industriali e finanziari, della società (art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. g). La quale ultima attribuzione fa differire il nostro consiglio di sorveglianza, cui è conferita anche una competenza sulla gestione, dal consiglio di sorveglianza tedesco, anche se la norma ora citata tiene a precisare che resta "*ferma in ogni caso la responsabilità del consiglio di gestione per gli atti compiuti*", ossia la responsabilità dei componenti quest'ultimo, i quali non potranno pretendere di essere esonerati da responsabilità per il fatto di avere posto in essere gli atti risultati lesivi per il patrimonio sociale in esecuzione dei piani strategici deliberati dal consiglio di sorveglianza. Si tratta, pur tuttavia, di una competenza attinente solo all'alta amministrazione, ed avente carattere solo orientativo per il consiglio di gestione, che non è formalmente vincolato, come si è appena precisato, dalle deliberazioni del consiglio di sorveglianza in materia di pianificazione strategica.

quotate), la definizione delle linee del programma economico della società e delle modifiche di struttura (operazioni sul capitale, fusioni etc.). Al consiglio di gestione rimane, invece, l'esclusiva gestione dell'impresa, mentre al consiglio di sorveglianza le tipiche funzioni di controllo, affiancate dalle rilevanti funzioni deliberative che si sono poc' anzi ricordate.

In altri termini, le funzioni di gestione e di controllo risultano affidate a due organi, necessariamente collegiali, distinti, delineandosi così, nel modello in parola, una struttura societaria di tipo piramidale, nella quale si determina una netta dissociazione tra l'assetto proprietario (dei soci) ed il governo dell'impresa (degli organi sociali).

A quello dualistico, il Legislatore affianca il sistema monistico, di ispirazione anglosassone²⁵⁰, che, da un punto di vista puramente organizzativo, è fra i tre modelli quello maggiormente semplificato, giacché contraddistinto da una espressa bipartizione delle funzioni fra l'assemblea, cui è attribuito un ruolo analogo a quello delineato nel sistema ordinario, ed il consiglio di amministrazione, cui si aggiungono eventuali organi delegati.

La vera essenza di detto modello, tuttavia, è da rinvenire nella concentrazione delle funzioni di amministrazione e di controllo in capo ad un organo unitario, quale il consiglio di amministrazione, i cui componenti sono eletti dall'assemblea²⁵¹.

Se, analogamente a quanto visto nel sistema tradizionale, il consiglio di amministrazione è competente in via esclusiva per la gestione dell'impresa²⁵², le funzioni di controllo, anziché essere demandate a soggetti

²⁵⁰ Il modello, in parola, come meglio specificato nel prosieguo, si ricollega ad una delle caratteristiche che connotano le grandi società statunitensi, ove il compito primario del consiglio di amministrazione è individuato non tanto nella gestione della società, quanto piuttosto nella sorveglianza sull'operato degli amministratori investiti di funzioni esecutive e della dirigenza di livello apicale.

²⁵¹ Analogamente a quanto accade nel modello dualistico, rileva il carattere necessariamente collegiale dell'organo amministrativo, e dunque l'impossibilità di affidare l'amministrazione ad un amministratore unico. La pluralità degli amministratori, del resto, costituisce la necessaria premessa per poter realizzare quella articolazione interna del consiglio di amministrazione che connota il modello in esame.

²⁵² Salva la peculiarità di cui all'art. 2409 *septiedecies*, comma 2, c.c., a mente del quale almeno un terzo dei componenti devono essere indipendenti, l'organo amministrativo è modellato sulla disciplina dettata per il consiglio di amministrazione nel sistema

estranei all'organo amministrativo²⁵³, sono affidate al comitato per il controllo sulla gestione, nominato in seno al consiglio di amministrazione stesso.

Nel dettaglio, il consiglio di amministrazione nomina, al suo interno, fra i componenti che non siano investiti, in seguito a delega o di fatto, di funzioni gestorie, neppure nelle società controllanti o controllate, e che possiedano particolari requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, i componenti del comitato per il controllo sulla gestione²⁵⁴. Esso opera come autonomo organo collegiale (*audit committee*) analogo al collegio sindacale²⁵⁵.

Emergono immediatamente i vantaggi che potrebbero derivare dalla scelta del modello in questione, soprattutto in termini di risparmio di tempi e costi, grazie alla soppressione di un organo ulteriore, consiglio di sorveglianza o collegio sindacale, deputato allo svolgimento delle funzioni di controllo.

Non meno importante, peraltro, risulta il valore della semplificazione delle procedure, specie di quelle relative alla circolazione delle informazioni tra organo amministrativo e organo di controllo²⁵⁶.

L'articolazione del sistema monistico, invero, implica che i soggetti da controllare nominano coloro che li controlleranno. Tale circostanza, tuttavia, come messo in luce, non sembrerebbe determinare, almeno nelle

tradizionale di cui vengono richiamate – seppur con il filtro dell'incompatibilità – tutte le disposizioni, con la sola eccezione di quelle in tema di direttore generale e di controllo giudiziario.

²⁵³ Come avviene nel modello tradizionale ed in quello dualistico.

²⁵⁴ Per i componenti del comitato per il controllo sulla gestione, oltre all'indipendenza stabilita per i sindaci, è richiesto anche il requisito dell'onorabilità e della professionalità previsti dai codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati, cui lo statuto faccia riferimento (art. 2409 *septiesdecies*, comma 2, c.c.). Almeno uno dei componenti del comitato di controllo, inoltre, deve essere prescelto tra gli iscritti nel registro dei revisori contabili. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, poi, i componenti del comitato non possono essere meno di tre; devono disporre dei requisiti descritti e sono assoggettati alle stesse preclusioni fissate per quelli delle società che non operano su tale mercato.

²⁵⁵ Ed infatti, l'art. 2409 *octiedecies*, commi 5 e 6, c.c. riprende e richiama gran parte delle norme regolatrici del collegio sindacale.

²⁵⁶ In questi termini, F. BONELLI, *L'amministrazione della spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 703.

intenzioni del Legislatore, un'attenuazione del rigore e dell'incisività dell'attività di vigilanza²⁵⁷.

I poteri di controllo, infatti, vengono esercitati da soggetti che partecipano alle decisioni gestionali, giacché, come visto, seggono nel consiglio di amministrazione, del quale sono componenti, e votano nelle deliberazioni consiliari. Il che dovrebbe permettere ai controllori di acquisire una conoscenza più approfondita dei meccanismi gestionali della società sottoposta al loro controllo, ponendoli così nella condizione di svolgere la loro funzione con una maggiore efficacia.

Nel sistema monistico, in altri termini, la gestione sociale appare più attenta al rispetto della legalità e dell'efficienza, atteso che la sua verifica, in quanto contemporanea all'adozione delle deliberazioni consiliari, dovrebbe consentire la prevenzione di illegalità ed inefficienze²⁵⁸.

6. I controlli interni immanenti al modello organizzativo.

Il vero elemento di differenziazione tra i tre modelli di *governance* introdotti dalla novella del 2003 si colloca proprio sul piano del regime dei controlli interni²⁵⁹.

²⁵⁷ Cfr., per tutti, ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. OLIVIERI, G. PRESTI, F. VELLA, cit., p. 185 e ss.. Anche se, come evidenziato da V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, p. 89, non si può trascurare l'assenza, in tale sistema, di una disciplina dell'azione di responsabilità nei confronti dei controllanti.

²⁵⁸ Come rilevato da F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, cit. questo sistema sembrerebbe confacente alla più varia tipologia delle imprese operanti in forma di società per azioni. In particolare, secondo l'Autore, un particolare motivo di presceglierlo avranno le società che operano in vasti mercati internazionali e, in particolare, nel mercato statunitense, potendosi così omologare al modello di *governance* prevalente nelle società operanti in quei mercati; anche se il nostro comitato per il controllo risulta avere poteri minori dell'*audit committee* americano: questo ultimo nomina, controlla, può revocare la società di revisione, mentre i poteri di nomina e di revoca al riguardo spettano, nel nostro sistema, all'assemblea dei soci.

²⁵⁹ Come anticipato, nel nuovo diritto delle società per azioni, infatti, lo statuto può optare per sistemi di amministrazione e controllo che non contemplano il collegio sindacale, le cui funzioni, almeno in parte, sono demandate al consiglio di sorveglianza, nel sistema dualistico, o al comitato per il controllo sulla gestione, nel sistema monistico.

Il sistema di controllo interno viene definito dalla dottrina come l'insieme dei processi diretti a monitorare l'efficienza delle operazioni aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti, la salvaguardia dei beni aziendali. In altri termini tale sistema è costituito dalle attività poste in essere al fine di assicurare il rispetto sia dei corretti principi di gestione e di amministrazione dell'impresa sia dell'adeguatezza degli assetti e delle procedure organizzative aziendali.

Tradizionalmente, nelle società per azioni, la vigilanza sulla gestione dell'impresa ed il controllo legale dei conti, seppur con continui aggiustamenti, sono stati sempre affidati ad un organo interno alla società, quale il collegio sindacale.

La novella del 2003, lungi dal limitarsi ad introdurre due sistemi di amministrazione e controllo "inediti" per la nostra tradizione giuridica, ha nel contempo inciso in profondità proprio sul regime dei controlli interni, recando una netta separazione tra controllo di gestione e controllo contabile. E ciò, nell'intento di evitare i problemi di possibile sovrapposizione tra le competenze del collegio sindacale, da un lato, e quelle delle società di revisione, dall'altro.

Il principio della dissociazione fra vigilanza sulla gestione e controllo legale sui conti, invero, trova consacrazione espressa nel nuovo art. 2403, comma 2, c.c., a mente del quale alle sole società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non sono tenute a redigere il bilancio consolidato è consentito prevedere, in via statutaria, che il controllo contabile sia esercitato dal collegio sindacale²⁶⁰.

²⁶⁰ Al riguardo, tuttavia, giova precisare che la deroga in questione è consentita solo là dove lo statuto societario opti per il modello tradizionale, giacché all'estensione al modello dualistico osta il fatto che il consiglio di sorveglianza è investito dall'approvazione del bilancio, e al modello monistico la partecipazione dei componenti del comitato di controllo sulla gestione alla redazione del bilancio, quali membri del consiglio di amministrazione. Ed infatti, nelle società che adottino il sistema dualistico o monistico il controllo contabile spetta comunque al revisore o alla società di revisione (cfr. artt. 2409 *quinquiesdecies* e 2409 *noviesdecies*).

Negli altri casi, il controllo contabile è demandato a professionalità esterne, quali i revisori,²⁶¹ chiamati a coordinarsi con l'organo di controllo interno mediante un tempestivo scambio di tutte le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti²⁶².

Nondimeno, l'eliminazione del controllo contabile dalle funzioni proprie del collegio sindacale è compensata da un'indicazione, specifica ed analitica, dei compiti di controllo dell'organismo sindacale volti a vigilare sull'efficienza della gestione.

In proposito, preme anzitutto evidenziare come il controllo demandato al collegio sindacale sia precipuamente finalizzato a verificare non solo il rispetto delle norme di legge e delle previsioni statutarie, ma anche la correttezza della gestione e l'adeguato funzionamento dell'impresa nelle sue varie articolazioni²⁶³.

I compiti attribuiti al tradizionale organo di controllo, come indicati dal nuovo art. 2403 c.c., dunque, includendo la vigilanza sulla legalità

²⁶¹ L'attribuzione dei compiti di controllo contabile ad un revisore esterno, peraltro, trova riscontro, non solo nel combinato disposto degli artt. 149 e 155 della Legge Draghi, ma anche nell'art. 116, comma 2, del T.U.F., giacché la separazione fra le funzioni di controllo di cui si discorre vige pure per gli emittenti strumenti finanziari diffusi fra il pubblico in misura rilevante.

²⁶² V. art. 2409 *septies*, c.c..

²⁶³ Ai sensi dell'art. 2403 c.c., infatti, il collegio sindacale è chiamato a vigilare "sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e sul suo concreto funzionamento".

Per le società quotate ed "assimilate" trova specifica disciplina nel TUF che, all'art. 149, comma 1, gli attribuisce oltre agli obiettivi richiamati, lo specifico compito di vigilare: *sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo a rappresentare i fatti di gestione; sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle controllate ai sensi dell'art. 114, c. 2°, TUF*. Inoltre, le Istruzioni degli organi di vigilanza richiedono espressamente, per i soggetti destinatari delle stesse, che il Collegio Sindacale ponga in essere operazioni di controllo volte: *ad accertare la separazione tra le funzioni operative e quelle di controllo, nonché in materia di gestione di possibili situazioni di conflitto di interessi nell'assegnazione delle competenze; ad individuare i compiti e le responsabilità, in particolare in tema di rilevazione e correzione delle irregolarità riscontrate, dei soggetti preposti all'attività di controllo di gestione; a verificare le procedure di reporting e gli interventi conseguenti all'eventuale riscontro di anomalie* (cfr. art. 30, Istruzioni di vigilanza relative alla disciplina dei mercati e della gestione accentrata di strumenti finanziari emanate dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB in data 24 gennaio 2002).

dell'attività svolta dagli amministratori, la sorveglianza sull'organizzazione societaria e sul suo concreto funzionamento, sono stati ampiamente dilatati.

Ciò introduce un ulteriore elemento di novità.

Ed infatti, mentre il controllo sull'osservanza della legge e dello statuto è un controllo di mera legittimità, che guarda al rispetto dei precetti normativi senza formulare alcun giudizio sulle scelte gestorie, il controllo sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile ed il rispetto dei principi di corretta gestione, ha, invece, natura sostanziale ed implica una valutazione di opportunità sulla configurazione organizzativa dell'impresa.

In altri termini, il controllo demandato ai sindaci è un controllo di legalità e, al contempo, di merito, non potendosi tuttavia estendere anche alla valutazione dell'opportunità delle scelte decisionali o alla loro convenienza, il cui apprezzamento è riservato alla competenza esclusiva degli amministratori e, in via successiva, dei soci.

In sostanza, atteso che i sindaci non sono più chiamati ad esercitare un controllo diretto sull'amministrazione ma devono vigilare, con professionale diligenza, se coloro che sono preposti all'amministrazione ispirino la propria condotta a correttezza, il relativo accertamento finisce per assumere una connotazione prevalentemente preventiva, e non già solo successiva.

L'ampliamento delle competenze ha determinato un rafforzamento del ruolo di controllo rivestito dall'organo sindacale, cui corrisponde la molteplicità degli strumenti di indagine attribuiti dal legislatore ai sindaci, sia individualmente, sia come collegio.

Così, a titolo esemplificativo, i singoli sindaci, in qualsiasi momento, possono procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e controllo, mentre all'organo collegiale è riconosciuta la facoltà di chiedere notizie agli amministratori, anche con riferimento alle società controllate, circa l'andamento delle operazioni sociali e su determinati affari²⁶⁴. Ed ancora, ai

²⁶⁴ Cfr. art. 2403 *bis*, comma 1, c.c.. Nelle società quotate, invece, ai sensi dell'art. 151, comma 1, del TUF, tale ultimo potere compete anche ai sindaci individualmente.

sindaci è riconosciuta la possibilità di scambi di informazioni con i corrispondenti organi di controllo delle società controllate²⁶⁵.

I sindaci possono procurarsi le informazioni necessarie alla loro funzione²⁶⁶ non solo rivolgendosi all'organo amministrativo, ma anche assistendo alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee dei soci, nonché alle riunioni del comitato esecutivo²⁶⁷.

In ragione di tali poteri, dunque, il collegio sindacale è posto al centro del sistema dei flussi informativi. E ciò dovrebbe consentire l'esercizio di una forma di controllo più efficace.

Sebbene, la novella del 2003, riformulando almeno parzialmente quasi tutti gli articoli del codice civile in materia, abbia recato modifiche rilevanti nella disciplina del collegio sindacale, il regime di composizione dell'organo interno di controllo, differente per le società con azioni quotate e per quelle non quotate²⁶⁸, è rimasto sostanzialmente invariato. Al riguardo,

²⁶⁵ Cfr. art. 2403 *bis*, comma 2, c.c..

²⁶⁶ Se nelle società non quotate sono i sindaci a doversi procurare le informazioni necessarie alla loro funzione, con riferimento alle società quotate, la legge sancisce uno specifico obbligo informativo degli amministratori verso il collegio sindacale (cfr. art. 150, comma 1, TUF).

²⁶⁷ In realtà, l'intervento alle riunioni di tali organi sociali è un potere-dovere, atteso che l'art. 2405, comma 2, c.c. contempla un'ipotesi di decadenza automatica dall'ufficio per l'eventualità in cui i sindaci, senza giustificato motivo, non dovessero assistere durante un esercizio sociale a due adunanze consecutive del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo, ovvero alle assemblee dei soci.

In ogni caso, preme rammentare che i poteri attribuiti ai sindaci non si esauriscono nelle previsioni dell'art. 203 *bis* c.c.. Ed infatti, basti pensare al potere di impugnare le delibere assembleari e consiliari viziati (artt. 2377, 2388 e 2391, comma 3, c.c.), al potere di chiedere giudizialmente la riduzione del capitale sociale, al potere di approvare la nomina degli amministratori cooptati (art. 2386 c.c.), nonché al potere di convocare l'assemblea dei soci qualora ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e via sia urgente necessità di provvedere (art. 2406, comma 2, c.c.). Il collegio sindacale esercita, infine, poteri di controllo c.d. sostitutivo, giacché deve convocare l'assemblea ed eseguire le pubblicazioni prescritte dalla legge in caso di inerzia degli amministratori o di ingiustificato ritardo (art. 2406, comma 1, c.c.).

²⁶⁸ Quando al collegio sindacale vengono attribuiti anche compiti di controllo contabile i suoi componenti debbono essere scelti solo tra i revisori contabili iscritti nel registro istituito presso il Ministero della Giustizia, diversamente, e cioè nei "novellati" collegi sindacali *ex* art. 2403 c.c. affiancati per il controllo contabile da un revisore contabile ovvero da una società di revisione, solo un membro effettivo su tre componenti e un supplente su due devono essere iscritti presso il Ministero di Giustizia. I restanti due sindaci effettivi e il sindaco supplente, se non iscritti nell'albo dei revisori contabili possono essere scelti: a) negli iscritti degli albi professionali dei ragionieri, dei dottori commercialisti, degli

si ritiene sufficiente rammentare che nel modello ordinario di società per azioni, i componenti dell'organo societario di controllo sono nominati per la prima volta nell'atto costitutivo e successivamente dall'assemblea, che ne nomina anche il presidente²⁶⁹.

Nel contesto normativo vigente, salve alcune eccezioni, come già in parte anticipato, il controllo contabile deve invece essere esercitato da professionalità esterne legate alla società da un rapporto di natura contrattuale.

In particolare, il controllo in parola è demandato ad un revisore singolo, che non sia membro del collegio sindacale, o ad una società di revisione iscritti nel registro istituito presso il Ministero della giustizia, se si tratta di società per azioni c.d. chiuse, ovvero ad una società di revisione²⁷⁰, se si tratta di società per azioni c.d. aperte.

avvocati; b) tra professori universitari di ruolo titolari di cattedre in materie giuridiche ed economiche.

²⁶⁹ L'organo si compone di tre o cinque membri effettivi, soci o non soci, e di due membri supplenti. Nel modello tradizionale, l'art. 2328, comma 2, c.c., riserva all'atto costitutivo la determinazione del numero dei componenti il collegio sindacale, mentre nel sistema dualistico, il numero dei componenti del comitato di sorveglianza può essere determinato dall'assemblea, nei limiti indicati dallo statuto (art. 2409 *duodecies*, commi 1 e 2, c.c.) e, nel sistema monistico, salvo diversa previsione statutaria, è il consiglio di amministrazione che determina il numero dei componenti del comitato di controllo (art. 2409 *octidecies*, comma 1, c.c.).

²⁷⁰ In tal caso, la società di revisione deve essere iscritta nel registro dei revisori contabili e, limitatamente all'incarico di cui si discorre, è soggetta alla disciplina della revisione contabile, nonché alla vigilanza della CONSOB (art. 2409 *bis*, comma 2, c.c.). La società di revisione deve essere, altresì, iscritta nell'albo speciale di cui all'art. 161, del TUF e, nel caso di società quotata, è sempre soggetta alla relativa disciplina speciale ivi prevista. Per tutelare il corretto adempimento dei doveri imposti a tale organo il novellato art. 2399 del c.c. prescrive l'incompatibilità della carica di sindaco per: a) l'interdetto, l'inabilitato, il fallito; b) chi è stato condannato ad una pena che comporta l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi; c) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società e delle società ad essa riconducibili; d) coloro che sono legati alla società da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza; e) quei sindaci che subiscano la cancellazione o la sospensione dall'albo dei revisori contabili.

I componenti del collegio sindacale restano in carica per tre esercizi e, se non rinnovato per un altro triennio, il loro mandato scade nel giorno in cui è convocata l'assemblea dei soci della società per deliberare l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio dalla data della accettazione della carica.

Se da esempio il collegio sindacale è stato nominato il 20 luglio del 2004 il suo mandato andrà a scadere il 30 aprile del 2007, o al più, entro il maggior termine per l'approvazione del bilancio e quindi al 30 giugno 2007. se l'esercizio coincide con l'anno solare. I sindaci

Il controllo contabile si sostanzia in una attività volta ad adempiere una duplice funzione, giacché ad esso inerisce la verifica, quantomeno con periodicità trimestrale, circa la regolare tenuta della contabilità e la corretta rilevazione nelle scritture dei fatti di gestione, nonché la verifica, espressa con una relazione apposita²⁷¹, della corrispondenza del bilancio di esercizio e di quello consolidato, se redatto, alle risultanze delle scritture contabili e della conformità dei conti alle norme di legge²⁷².

Nell'esercizio di tali funzioni, il revisore o la società di revisione si vedono attribuiti poteri di ispezione e di informazione.

7. Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali.

Uno strumento di controllo sull'operato degli amministratori è dato dalla previsione di un particolare regime di responsabilità che rispecchia la pluralità di interessi coinvolti nella vita sociale.

La disciplina è volta predisporre dei meccanismi di tutela per i vari soggetti che potrebbero essere pregiudicati dalla gestione che siano al

restano in carica fino a quando non si è insediato il nuovo collegio sindacale. I sindaci possono essere revocati solo per giusta causa. La nomina dei sindaci e la loro cessazione dall'Ufficio vanno iscritte entro trenta giorni nel registro delle imprese a cura degli amministratori. In caso di morte, di rinuncia o di decadenza di un sindaco, subentrano i supplenti in ordine di età. I sindaci così nominati durano in carica fino alla prossima assemblea dei soci che dovrà nominare i sindaci effettivi e supplenti necessari per l'integrazione del collegio. La retribuzione annuale dei sindaci, se non è stabilita nello statuto, deve essere determinata dall'assemblea dei soci all'atto della loro nomina per l'intero periodo di durata del loro ufficio. L'assemblea dei soci evidentemente andrà a quantificare il compenso dei sindaci facendo riferimento alle tariffe professionali dei dottori e dei ragionieri commercialisti, atteso che ad oggi il Ministero della Giustizia non ha ancora licenziato il Regolamento per la determinazione del corrispettivo dei revisori contabili (ex art.13 D.Lgs.88/1992).

²⁷¹ Analogamente a quanto accade per la relazione dell'organo sindacale, detta relazione, ai sensi dell'art. 2409, deve essere depositata presso la sede della società.

²⁷² V. art. 2409 *ter*, c.c..

contempo in grado di non pregiudicare la fisiologica assunzione del rischio immanente in ogni attività imprenditoriale²⁷³.

I soggetti che potrebbero essere danneggiati dall'attività di gestione, oltre alla stessa società nel cui ambito si iscrive la gestione, sono i creditori sociali, i soci e, in genere, i terzi.

La matrice comune della condotta fonte di responsabilità si rinviene, oltre ovviamente che nel danno, nell'inosservanza degli obblighi imposti dalla legge o dallo statuto. Gli amministratori, come visto, appaiono gli unici responsabili della gestione e, pertanto, sulla base dell'art. 2364 c.c. saranno chiamati a rispondere di ogni scelta operata sulla gestione anche nell'eventualità in cui abbiano ricevuto una conforme autorizzazione da parte dell'organo assembleare.

Per quanto riguarda la responsabilità nei confronti della società questa può collegarsi o all'inosservanza di obblighi a contenuto generico o a

²⁷³ Sul punto, cfr.: S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in ID., (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003; P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario*, cit.; F. BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, *Giur. comm.*, 2003, I, 700 e segg.; ID., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *Giur. comm.*, Supplemento n. 3/2004, 620; G. COTTINO e BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, *Giur. comm.*, 2003, 389 e segg.; F. CAFAGGI, *Complementarietà istituzionali ed evoluzione dei modelli organizzativi nella riforma del diritto societario*, *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 9 e segg.; V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, I, 535 e segg.; G. CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, *Contratto e impresa*, 2003, 149 e segg.; F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2002, I, 670 e segg.; S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, *Giur. comm.*, 2003, I, 728 e segg.; A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, XXIX, Padova, 2003; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance*, cit., 842 e segg.; A. MAFFEI ALBERTI, (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2005; G. MARASA', *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, *Giur. comm.*, 2003, I, 135 e segg.; G. MINERVINI, *Dell'amministrazione e del controllo*, in M. SANDULLII, V. SANTORO, *La riforma delle società*, Torino, 2003; P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, I, 422 e segg.; ID., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in (a cura di), S. AMBROSINI, *La riforma delle società*, cit., R. RODORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, *Le società*, 2005, 423; A. VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico*, Milano, 2006; G. VISENTINI, *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma*, *Il diritto fallimentare*, 2004, 925 e segg.

obblighi specifici. I primi si riconnettono al generale dovere di diligenza che impone di agire in modo informato. A tale dovere si affianca quello di agire nell'interesse sociale.

Gli obblighi a contenuto specifico si collegano invece a specifiche prescrizioni sancite dalla normativa e, quindi, all'obbligo di convocazione dell'assemblea nel caso di perdite che incidano in misura maggiore di un terzo sul capitale sociale, la violazione delle varie prescrizioni dettate a tutela dell'integrità del capitale; l'obbligo di accertare l'esistenza dell'eventuale insorgenza di una causa di scioglimento della società e di procedere alla conseguente iscrizione nel registro delle imprese; l'obbligo di una corretta redazione del bilancio; l'irregolare tenuta delle scritture contabili; e, più in generale, tutti gli obblighi previsti da specifiche leggi.

Ulteriori condotte fonte di responsabilità possono collegarsi all'ipotesi di possibile conflitto di interessi. La disciplina sancita dall'art. 2391 c.c. prevede che l'amministratore debba dare notizia delle operazioni della società in cui sia rinvenibile un interesse proprio o di altri al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, astenendosi dal compiere l'operazione stessa.

Conformemente all'intento di assicurare che le scelte gestorie vengano compiute secondo le dinamiche proprie dell'impresa, la condotta verrà valutata solamente con riferimento alle modalità con cui vengono prese, in quanto si esclude che il giudice possa sindacarne l'opportunità o la convenienza. Infatti, la giurisprudenza ha più volte rilevato che «mentre la scelta tra il compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario la responsabilità può essere generata dall'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle

informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta»²⁷⁴.

Per quanto riguarda i meccanismi di attivazione della responsabilità questi sono parzialmente differenziati in ragione della categoria di soggetti danneggiati.

L'azione della società deve essere avviata a seguito della deliberazione dell'assemblea ordinaria con le maggioranze per questa previste. Il potere di promuovere l'azione spetta ai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale, ovvero, la diversa percentuale fissata dallo statuto comunque non superiore al terzo (art. 2393 c.c., comma 1). Per le società che fanno ricorso al capitale di rischio l'azione di responsabilità può essere promossa dagli azionisti che rappresentino un ventesimo del capitale o la minore percentuale prevista dallo statuto. L'azione può essere promossa anche con delibera del collegio sindacale assunta con la maggioranza dei due terzi dei componenti, ovvero, nel sistema dualistico, su delibera del consiglio di sorveglianza.

Solo nell'ambito della convocazione relativa all'approvazione del bilancio, la promozione dell'azione di responsabilità deve essere necessariamente inserita all'ordine del giorno per i fatti di competenza dell'esercizio a cui si riferisce il bilancio stesso.

La deliberazione dell'azione di responsabilità non comporta però la revoca degli amministratori, salvo che non sia adottata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale e, in tale ipotesi, sarà la stessa assemblea a provvedere alla sostituzione (art. 2393 c.c.).

La società può rinunciare all'azione, ovvero, scegliere di transigere, ma in entrambi i casi le relative decisioni devono essere approvate dall'assemblea, ferma restando la possibilità per il quinto del capitale (ovvero per un ventesimo nel caso delle società quotate, o per la diversa quota fissata dallo statuto) di disapprovare una tale scelta.

²⁷⁴ Sul punto, *ex multis*, v. Corte Cassazione 23 marzo 2004

L'azione di responsabilità esercitata dai soci, secondo i *quorum* indicati, è finalizzata al medesimo obiettivo di quella promossa dalla società e assolve un ruolo di tutela della minoranza per l'eventualità in cui la maggioranza dell'assemblea, al fine di tutelare gli amministratori di propria nomina, non adotti la relativa delibera.

Più complessa è la situazione dei creditori sociali. Infatti, in tale ipotesi si necessita della ricorrenza di un duplice presupposto e, segnatamente, dell'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e l'insufficienza dello stesso a soddisfare i lo crediti (2394 c.c., comma 1).

Nell'eventualità in cui la società rinunci all'azione di responsabilità non è impedito ai creditori di esperire la propria e anche l'eventuale transazione fra società e amministratori può essere impugnata dagli amministratori con l'azione revocatoria (art. 2394 c.c., ult. comma).

Come visto, meccanismi di responsabilità sopradescritti presuppongono un riscontro in merito all'inosservanza di specifici obblighi comportamentali causativi di un danno al patrimonio della società. Il fondamento del potere di attivazione è legato all'esistenza di una lesione mediata in capo al patrimonio del socio o dei creditori.

Tuttavia, in conseguenza dell'azione degli amministratori si potrebbe verificare un danno diretto in capo al patrimonio del singolo socio o di un terzo. In questi casi l'ordinamento ha voluto riconoscere in capo al singolo socio o al terzo un'azione a tutela dei danni eventualmente arrecati dall'amministratore nell'esercizio o a causa dell'esercizio del suo ufficio (art. 2395 c.c.)

LE SOCIETA' PER AZIONI DI PROPRIETA' PUBBLICA

SOMMARIO: **1.** *L'eterogeneità come tratto caratterizzante le società pubbliche. La frantumazione del modello codicistico della società per azioni per effetto della sua utilizzazione da parte dei pubblici poteri.* **2.** *La varietà di fattispecie fra discipline speciali e l'utilizzo degli strumenti di indirizzo e controllo propri modello organizzativo prescelto.* **3.** *I poteri di nomina e revoca nella disciplina del codice civile. L'art. 2449 c.c. e la sua incompatibilità con l'ordinamento comunitario.* **4.** *La disciplina dei «poteri speciali» e problemi di compatibilità con l'ordinamento comunitario.* **5.** *I limiti all'autonoma determinazione del modello organizzativo nei più recenti interventi normativi.* **6.** *Il «controllo analogo» negli affidamenti in house e la sua compatibilità con il modello della società per azioni.* **7.** *L'eventuale controllo sulla gestione finanziaria ex l. 259/1958.* **8.** *L'evoluzione dell'istituto della responsabilità amministrativa tra gli orientamenti della giurisprudenza e i recenti interventi legislativi*

1. L'eterogeneità come tratto caratterizzante le società pubbliche. La frantumazione del modello codicistico della società per azioni per effetto della sua utilizzazione da parte dei pubblici poteri.

Si è già visto che, almeno nelle sue primordiali affermazioni, il modello societario presentava un'innegabile commistione fra aspetti privatistici e aspetti pubblicistici.

Lo sviluppo delle prime compagnie coloniali sotto l'egida delle varie corone di appartenenza, pur non caratterizzandosi per la presenza di un tessuto azionario pubblico, assicurava delle forme di compartecipazione alla vita imprenditoriale da parte dei pubblici poteri che consente un facile accostamento all'attuale fenomeno delle società di proprietà pubbliche.

Lo statuto privilegiato di cui godevano tali entità trovava, infatti, giustificazione in ragione delle mire espansionistiche delle varie corone e, conseguentemente, l'ingerenza più o meno marcata di cui disponeva il

sovrano si conformava perfettamente alla necessità di predisporre uno strumento in grado di supportarne l'affermazione economica nel nuovo mondo.

Sulla base di tali presupposti, verso la fine del Diciannovesimo secolo cominciò a svilupparsi una più capillare diffusione del fenomeno che si sviluppò prevalentemente in Germania attraverso delle forme di partecipazione azionaria degli enti territoriali in società commerciali²⁷⁵

Del resto le teorie istituzionalistiche elaborate dalla dottrina tedesca nel corso del primo dopoguerra hanno offerto una solida base concettuale all'utilizzazione a fini pubblici dello schema societario.

Dall'Europa centrale tale modello si è poi diffuso a ridosso del primo conflitto mondiale nel resto dei Paesi europei quale modalità di gestione di servizi pubblici essenziali come l'acqua, il gas, la luce, o i trasporti pubblici²⁷⁶ e trovò una solida base concettuale nelle teorie

²⁷⁵ Al riguardo, si rinvia a S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, *ad vocem*, ove si legge che «per una singolare coincidenza storica (...) l'immediato antecedente delle società anonime per azioni è costituito dalle compagnie coloniali sorte nel XVI e XVII secolo con ampie partecipazioni delle pubbliche autorità, che le costituivano e ne disciplinavano la struttura, partecipando spesso ai loro profitti». In proposito, in modo più diffuso, si veda anche P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 703 ss., il quale afferma che «la società per azioni è figlia piuttosto dell'autorità che della libertà. Se si concede, infatti, che la società per azioni (...) sia pensabile, in modo conoscitivamente utile, come evoluzione delle compagnie privilegiate inglesi, olandesi e francesi dei secoli XVII e XVIII, come lascito del diritto singolare al diritto comune delle codificazioni ottocentesche, si avverte che la traiettoria storica di questo tipo di società muove da un'iniziativa dell'autorità sovrana (la Corona britannica, gli Stati Generali delle Province Unite d'Olanda o la Corona Francese), che se ne avvale per colonizzare economicamente, ma anche politicamente i nuovi continenti. Per questo essa «è fornita di diritti regali, fa guerre di conquista, batte moneta, rende giustizia, alza la sua bandiera (...).La società per azioni è, alle sue origini, *instrumentum regni*»».

²⁷⁶ In particolare, nel 1918 nel Regno Unito Sidney Webb, economista e professore dal 1912 di *Public Administration*, si espresse con forza in favore dell'introduzione all'interno dello Statuto del *Labor Party* del principio del controllo pubblico sui mezzi di produzione ai fini di un'equa distribuzione del reddito. Questo stesso principio fu poi ripreso dal Partito come punto fondamentale del programma elettorale per le consultazioni politiche del dicembre del medesimo anno, le prime con suffragio esteso anche all'elettorato femminile. In altri termini i laburisti, che nei fatti conseguirono un convincente successo elettorale, proposero un programma di «*immediate nationalisation and democratic control of vital public services*». In quello stesso anno in Italia Meuccio Ruini, giurista, Direttore Generale del Ministero dei lavori pubblici e quindi dal 1914 Consigliere di Stato, presentava in

istituzionalistiche che avevano progressivamente investito tutto il continente.

E' tuttavia in Italia che il fenomeno ha trovato la sua più ampia affermazione, assumendo caratteristiche del tutto peculiari²⁷⁷.

Come è noto, nel nostro Paese l'azionariato pubblico è stato, in larga parte, un fenomeno necessitato dalla paurosa crisi di riconversione post-bellica dei primi anni '30 aveva portato, infatti, alla duplice paralisi del sistema industriale e di quello bancario, come conseguenza delle partecipazioni incrociate e dei rilevanti prestiti concessi dalle banche alle società industriali di cui le prime erano al tempo stesso azioniste.

Per far fronte a tale disastrosa situazione, il governo fascista decise di dar vita all'Istituto di ricostruzione industriale assegnandogli il compito di rilevare i pacchetti azionari privati, risanare le società acquisite e quindi restituirle al mercato. La destinazione dell'IRI è tuttavia mutata nel volgere di pochi anni, atteso che lo stesso nel 1937 venne trasformato in ente permanente, divenendo pertanto stabile strumento di intervento dello Stato nell'economia, nella triplice veste di proprietario, imprenditore e gestore.

L'affermazione delle società pubbliche ha avuto un forte impulso nei successivi anni '50, quando, sotto l'influenza del c.d. 'piano Vanoni', si affermò l'assunto in base al quale l'impresa pubblica avrebbe dovuto svolgere un ruolo di primo piano nei settori base dell'economia, in modo da trainare ed accelerare lo sviluppo dell'intera nazione.

Parlamento una proposta di legge sull'azionariato pubblico, come possibile risposta alle difficoltà che l'economia attraversava dopo la guerra.

277 Per un'ampia ricostruzione di tale tema si rinvia, tra gli altri a A. ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, *ad vocem*; e S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962; ID., *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in G. MINERVINI (a cura di), *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972, 1 ss.; ID., *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, 2001, 130 ss.; G. DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, *ad vocem*; F. MERUSI – D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1993, *ad vocem*; G. MASSERA, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna 1978; ID., *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1983, I, 551 ss.; A. PAPA MALATESTA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, *ad vocem*.

In modo pienamente rispondente a siffatto ordine di idee, in quegli stessi anni il modello organizzativo dell'IRI venne riproposto attraverso l'istituzione di altri enti di gestione, tra cui l'ENI. Nel frattempo le dimensioni dello Stato imprenditore crebbero a dismisura e vennero quindi ad esistere i primi gruppi pubblici, i quali, riproducendo una struttura "stellare", vedevano al vertice un ente pubblico di gestione, ai livelli inferiori le società con partecipazione pubblica ed, in alcuni casi, in posizione intermedia, *holding* di settore.

Il sistema assunse poi la propria definitiva fisionomia con l'istituzione del Ministero delle partecipazioni statali (l. 1589/1956), del CIPE (l. 68/1967) e del CIPI (l. 675/1975), incaricati di dirigere e controllare le imprese a partecipazione statale all'interno di un disegno più generale di programmazione dell'economia: direttive politiche per il tramite degli enti di gestione venivano pertanto tradotte in indirizzi gestionali rivolti alle società partecipate.

Siffatto modello è sopravvissuto per circa trentacinque anni, ossia fino agli inizi degli anni '90. In quel periodo, infatti, prevalse l'opinione secondo cui lo strumento della proprietà pubblica azionaria non risulterebbe in realtà né in grado di risolvere tutte le situazioni di inefficienza del mercato, né di conseguire gli obiettivi che lo Stato intendeva per suo mezzo raggiungere: obiettivi di natura macroeconomica, o di carattere sociale, di stabilizzazione del ciclo produttivo, di sostegno all'occupazione, di redistribuzione del reddito, etc.

Sul volgere del termine del secolo scorso, prevalse, in definitiva, l'idea di sostituire lo strumento della partecipazione pubblica azionaria con un'adeguata azione di regolamentazione.

Le cause del tramonto del sistema sono ben note: la gestione dei finanziamenti ad opera del potere politico, la burocratizzazione delle procedure e del sistema organizzativo; l'inesistenza di sanzioni economiche

a tutela dell'equilibrio finanziario, l'assegnazione di obiettivi di natura non imprenditoriale²⁷⁸.

Ai fattori di destabilizzazione di tipo endogeno se ne aggiunsero altri fortemente accentuati dal diritto comunitario²⁷⁹. E difatti, il divieto di aiuti di stato, l'imposizione dell'apertura dei mercati alla concorrenza e la necessità di ridurre il debito pubblico²⁸⁰, hanno condizionato in modo rilevante il legislatore nazionale nel senso di procedere alla

278 I partiti si sono sempre considerati i veri azionisti, in nome della collettività, degli enti e delle società pubbliche. In proposito, nella relazione al Ministro del Tesoro della Commissione Scognamiglio, istituita nel 1991 con il compito di studiare l'eventuale riassetto del patrimonio mobiliare pubblico, si legge, non a caso, l'auspicio per «un corretto rapporto tra il mondo della politica e l'amministrazione delle grandi imprese oggi pubbliche, escludendo che il controllore (l'autorità politica) possa di fatto confondersi con il gestore, (...) garantendo [al contrario] criteri di selezione di quest'ultimo basati esclusivamente sulla professionalità, (...) [oltre alla loro] necessaria autonomia». Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il rapporto al Ministro del Tesoro della Commissione per le privatizzazioni*, in *Economia italiana*, n. 1, 1991.

279 Anche per effetto dell'ordinamento comunitario, tutti i paesi europei, pur se in misura e con modalità diverse, hanno partecipato in questi ultimi trent'anni ad un significativo processo di privatizzazione. In Gran Bretagna, dove prima dell'avvento del governo Thatcher il settore pubblico era uno dei più ampi in Europa, il programma di privatizzazioni ha avuto inizio con l'avvento dei conservatori nel 1979 e si è svolto sostanzialmente in due diverse fasi. In una prima fase, tra il 1979 e il 1983, il governo ha privatizzato prevalentemente imprese pubbliche di piccole dimensioni o che già operavano sul mercato, mentre in una fase successiva si è assistito anche alla privatizzazione di imprese di *public utilities* (es. British Telecom o British Gas). Il caso della Francia presenta aspetti peculiari in conseguenza del fatto che, a distanza di poco tempo, si sono susseguite due diverse strategie di governo opposte fra loro: da un lato, il programma del governo socialista, che aveva dato vita ad un'intensa opera di nazionalizzazione; dall'altro, a breve distanza, la politica del governo di Chirac che ha invece avviato un esteso processo di privatizzazioni. In definitiva, la Francia ha complessivamente ceduto il controllo di aziende operanti in un contesto di mercato di tipo concorrenziale, nonché delle banche, ma, diversamente dalla Gran Bretagna, ha scelto di mantenere il controllo delle imprese di pubblica utilità (Gdf e Edf per tutte). In Germania, al contrario, dove il sistema proprietario delle grandi imprese si è fondato per oltre un secolo su una particolare relazione tra mondo industriale e mondo bancario, la scarsa presenza pubblica nell'economia, nonché la mancanza di un piano di nazionalizzazioni vero e proprio, hanno reso meno impellente l'avvio di un processo di privatizzazione. È infatti soprattutto dagli anni Novanta che le privatizzazioni prendono slancio in questo Paese, in seguito al crollo del muro di Berlino e all'avvio della riunificazione.

Cfr. Rapporto del CER (Centro Europa Ricerca) «*Ruolo e governance delle imprese controllate dallo Stato: analisi e proposte per il futuro*», del gennaio 2008.

280 In particolare il problema della finanza pubblica è stato fortemente sottolineato durante l'*iter* che ha portato alla adozione della l. 35/1992 e della successiva l. 359/1992, in sintonia con il principio per cui negli anni '90 si privatizza per necessità, mentre in passato si privatizzava per ideologia. Cfr. C.G. CARDIA, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Milano, 1994, p. 106.

«societarizzazione» di numerose ed importanti imprese pubbliche in vista della futura dismissione del capitale²⁸¹.

La società per azioni veniva infatti considerata come la formula organizzativa più idonea ad adattarsi ad un'economia di mercato. Ma lo schema organizzativo, oltre che in ragione della capacità di migliorare l'efficienza dell'impresa e di valorizzare le strutture produttive, veniva apprezzato anche per una presupposta attitudine a ridurre la politicizzazione e a rafforzare il settore finanziario²⁸².

281 Invero, il Governo ed il Parlamento hanno iniziato ad interessarsi a questo fenomeno solo negli anni Ottanta del secolo appena trascorso: la crescente ondata di liberalizzazione e la globalizzazione premevano infatti per l'apertura alla concorrenza di importanti settori economici gestiti in forma monopolistica.

Un ruolo rilevante ai fini dell'avvio del processo di privatizzazione è stato peraltro svolto dalla direttiva CEE del 25 giugno 1980, n. 723, sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche nazionali. Tale provvedimento, mirando a distinguere «il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico e il ruolo dello Stato in quanto proprietario», ha imposto agli Stati membri di evidenziare i flussi finanziari attivi e passivi e dunque l'ammontare dei fondi pubblici erogati alle imprese, nonché di dar conto della loro utilizzazione effettiva. L'intervento comunitario ha così condizionato fortemente il modo di essere dell'impresa pubblica sul mercato e ha determinato il superamento del sistema delle partecipazioni statali, fondato sul rapporto di dipendenza finanziaria delle stesse.

In ogni caso, le privatizzazioni degli anni Ottanta non sono mai divenute oggetto di un organico programma di ristrutturazione e riforma: ponendosi, piuttosto, come il risultato dell'iniziativa di singoli enti di gestione, esse hanno risposto non ad un disegno unitario, bensì a logiche finanziarie ed economiche aziendali. Le incoerenze e le incertezze delle politiche aziendali in questione, la sovrapposizione di centri decisionali, l'assenza di procedure chiare ed un quadro normativo incerto hanno determinato l'insuccesso delle privatizzazioni realizzate in quegli anni.

282 La letteratura sulla privatizzazione dell'impresa pubblica è a dir poco sterminata, avendo il fenomeno attratto l'attenzione sia della dottrina di diritto commerciale che di quella di diritto amministrativo. In argomento, tra gli innumerevoli contributi, è possibile ricordare: L. AMMANNATI (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995; F. BONELLI – M. ROLLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, IV aggiornamento, Milano, 2000, *ad vocem*; G.C., CARDIA, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Milano, 1994; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 579 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.; Id., *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XI, *ad vocem*, Torino, 1996; M. CLAUSI, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, in *Giur. mer.*, 1999, 435 ss.; S. DE NARDIS, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000; G. DI GASPARE, *Privatizzazioni (privatizzazione delle imprese pubbliche)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, *ad vocem*; M. FOSCHINI, *Profili rilevanti delle c.d. «privatizzazioni»*, in *Studi in memoria di F. Piga*, II, Milano, 1992, 1270 ss.; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Tratt. dir. amm. (dir. amm. gen.)*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2003, 3021 ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998; P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 989 ss.; Id., *Privatizzazioni (profili generali)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, *ad vocem*; C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 464 ss.; G. MARASA, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium juris*, 1998, 1317 ss.; P. MARCHETTI, *Le*

Allo stesso tempo, i modelli dell'impresa-organo e dell'impresa-ente pubblico vennero progressivamente abbandonati in ragione dell'incapacità di reperire sul mercato capitale di rischio, di rendere sufficientemente trasparente la gestione e di erigere una barriera adeguata contro i condizionamenti della politica²⁸³.

privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi, documenti, Milano, 1995; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»*, in *Riv. soc.* 1994, 740 ss.; G. OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 771 ss.; Id., *Privatizzazioni: aspetti privatistici*, in *Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, 51 ss.; 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; G. ROSSI, *L'evoluzione del sistema elettrico, in particolare il rapporto tra l'Enel e le imprese degli enti locali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1993, 3 ss.; ID., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, 223 ss.; ID., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661 ss.; Id., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 1990; ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl app.*, 2004, 221, ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005; P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, 126 ss.

283 N. IRTI qualifica l'ente pubblico economico come «un istituto giuridico: che non conosce né capitale di rischio né scopo lucrativo né distribuzione di utili, ma soltanto fondi di dotazione erogati da autorità politiche; che rinnova il lacerante dissidio tra interesse pubblico, generatore di controlli e di direttive ministeriali, ed attività economica; che, obbedendo a criteri di “efficienza” (come suonava lo statuto dell'IRI) o di “economicità” (come prescriveva la legge del dicembre 1956), introduceva vincoli ed oneri impropri; che, sottraendosi al fallimento ed alle altre procedure concorsuali, altera la parità della competizione economica e immette nel mercato elementi di anomalia ed eccezionalità». Cfr. N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico – giuridico)*, in P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia, Saggi, leggi, documenti*, Milano, 1995, 38, ora anche in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 133.

Di contro lo stesso Autore si riferisce alla società in termini di «istituto giuridico: che conosce capitale di rischio e scopo lucrativo e distribuzione degli utili; che supera l'antico dissidio tra interesse pubblico ed attività economica, poiché la qualità pubblica dell'azionista non vulnera l'interesse proprio della società; che non altera la parità della competizione economica e non introduce nel mercato elementi di anomalia e di eccezionalità» (*ibidem*, p. 41).

Attenta dottrina, infine, analizzando l'esperienza del nostro Paese, non ha potuto fare a meno di rilevare come il diffuso ricorso a forme ed istituti privatistici non si sia effettivamente posto al servizio di una riduzione della sfera pubblica, in quanto, a volte, paradossalmente, esso ha finito per ampliare e rafforzare l'insieme degli strumenti a disposizione dei pubblici poteri per interventi di tipo dirigistico, consentendo così allo Stato e agli altri enti pubblici una maggiore agilità e libertà d'azione. L'esempio emblematico è rappresentato proprio dal caso della societizzazione degli enti pubblici economici da cui è derivato un vero e proprio rapporto di dominio tra la società privatizzata e la pubblica amministrazione che controlla le quote azionarie: «Non c'è dubbio, infatti, che il grado di potere esercitato dal proprietario della maggioranza delle azioni (ad esempio nella nomina e revoca degli amministratori) è ben più penetrante di quello che si concretizza nel rapporto

La societizzazione è stata quindi intesa nella sua valenza razionalizzatrice e risanatrice di un sistema, mentre il modulo societario, considerato dalla prevalente dottrina ormai “neutro” rispetto allo scopo lucrativo²⁸⁴, veniva esaltato nella sua portata efficientistica²⁸⁵.

di indirizzo e vigilanza, che dà luogo a posizioni di sovraordinazione giuridicamente determinate e delimitate». Cfr. G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, 193.

In effetti, la legge 359/1992 ha realizzato una profonda rottura rispetto al passato, atteso che viene cancellato quel filtro tra potere politico e imprese pubbliche rappresentato dagli organi di gestione, ritenuti in passato l'opzione più adeguata, sia per evitare ogni commistione tra l'attività dello Stato in quanto azionista e l'insieme degli altri interessi di cui lo stesso è contestualmente titolare, sia per assicurare alla gestione imprenditoriale quella snellezza che non è possibile richiedere ad organi burocratici. La stessa attribuzione al Ministro del Tesoro (ora Ministero dell'economia e delle finanze) delle partecipazioni azionarie nelle società privatizzate e l'istituto dei c.d. poteri speciali contraddicono del resto l'obiettivo della spolticizzazione, costituendo, al contrario, canali per un'invadenza politica in misura di gran lunga superiore a quella sperimentata con l'esperienza del sistema delle partecipazioni statali. Va però al contempo osservato che la riforma del diritto societario ha introdotto due potenziali argini all'ingerenza della politica nelle società a partecipazione pubblica in generale. Trattasi dell'attribuzione in via esclusiva della gestione agli amministratori in tutti e tre i sistemi di *governance* previsti (art. 2380-*bis*, comma 1; artt. 2409-*novies*, comma 1; e 2409-*septiesdecies*, comma 1) e dell'introduzione del c.d. modello dualistico, che introduce tra la proprietà azionaria e la gestione un diaframma di tipo professionale, rappresentato dal consiglio di sorveglianza.

284 Sul punto, si veda, per tutti, G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nella società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 160 ss.; nonché G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984; e ID., *Società speciali e società anonime*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993, *ad vocem*.

285 La società è definita come modello organizzativo universale, in virtù, tra l'altro, della «presenza di substrato comune a tutte le esperienze nazionali, in grado di assicurare un'efficiente omogeneità di disciplina, anche a livello internazionale. La sfera di applicazione del modello giuridico della società per azioni tende così a coincidere con il mercato e a seguirne via via l'evoluzione», consentendo alle imprese dei diversi Paesi di dialogare tra loro con maggiore semplicità e favorendo di conseguenza l'integrazione dei mercati. In questi termini si esprimeva la Banca d'Italia nella memoria del febbraio 1988 (*Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1988).

Nella Nota illustrativa della Commissione Cappugi, base del d.l. 5.12.1991, n. 386, si legge inoltre che la semplice trasformazione degli enti pubblici economici in s.p.a. costituisce "un obiettivo strategico esso stesso". La medesima espressione è utilizzata altresì nella deliberazione del CIPE del 25 marzo 1992 contenente gli indirizzi generali di politica economica ed industriale in conformità dei quali dovevano essere attuate le trasformazioni degli enti pubblici economici e delle aziende autonome in società per azioni: «La trasformazione in società è di per sé obiettivo strategico che dovrà essere perseguito con la massima tempestività, al fine di procedere alla necessaria razionalizzazione del sistema degli enti e delle aziende pubbliche statali e per maggiormente impegnarne la gestione a criteri di economicità ed efficienza secondo le regole del mercato».

Sull'importanza della privatizzazione formale si esprimono anche F. BONELLI E M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, quarto aggiornamento, Milano, 2000. Della stessa opinione di questi Autori è anche M. Renna secondo cui «Non può intravedersi nella c.d. privatizzazione formale o “societizzazione” un mero ponte di attraversamento nella

Il compito di trasformare gli enti pubblici nazionali in società per azioni è stato inizialmente rimesso dal legislatore all'iniziativa dei singoli enti: la l. 29 gennaio 1992, n. 35, di conversione del d. l. 5 dicembre 1991, n. 386 prevedeva infatti la possibilità di auto-trasformazione, sia degli enti di gestione delle partecipazioni statali, che degli altri enti pubblici economici e delle aziende autonome statali.

Il procedimento in questione, però, non è stato attuato da alcun ente²⁸⁶ e la l. 8 agosto 1992, n. 359, di conversione del d. l. 11 luglio

direzione della c.d. privatizzazione sostanziale». Lo stesso Autore infatti sottolinea della struttura societaria il suo essere «versatile ed universale modello organizzativo in grado di garantire una gestione efficiente delle attività svolte». Cfr. 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, 52.

Non bisogna poi dimenticare l'autorevolissima voce di N. IRTI, il quale ritiene che lo Stato azionista non sia il semplice strumento della propria distruzione e che la privatizzazione formale non sia solo una fase di passaggio, ma anche un fine in se stessa. Cfr. IRTI, *Dall'ente pubblico economico allo Stato azionista (profilo storico-giuridico)*, in *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 133.

Di opposto avviso, invece, L. AMMANNATI, secondo cui «La trasformazione in società per azioni è uno strumento, un passaggio necessario nel processo di privatizzazione, ma non può essa stessa rappresentare un obiettivo». Cfr. L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1994, 4. Di quest'ultima opinione è anche C.G. CARDIA, il quale afferma che il mutamento della forma giuridica non è di per sé sufficiente ad eliminare le inefficienze tipiche di una gestione pubblicistica, sottolineando «l'esigenza di far seguire al riassetto meramente formale un riassetto che coinvolga l'ente nella sua capacità di produrre». Cfr. C.G. CARDIA, *Profili giuridici della privatizzazione*, Milano 1994, 13. L'Autore si allinea con l'aziendalista G. DOSSENA, il quale, a sua volta, pone l'accento sulla necessità dell'«introduzione di obiettivi di tipo privatistico nella gestione della impresa pubblica (...) [con la conseguente] trasformazione delle modalità di conduzione della impresa stessa». Cfr. G. DOSSENA, *La privatizzazione delle imprese: modalità problemi e prospettive*, in *Scritti di economia aziendale*, Milano, 1990, 37. Ancor più critico è P.G. JAEGER, convinto del fatto che «la forma privatistica non ha pressoché nessuna influenza sui criteri di gestione delle imprese, e non offre ai terzi la garanzie e i vantaggi di trasparenza enunciati e sperati». Cfr. P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 1992, 992. Secondo l'Autore l'unico vero obiettivo strategico è costituito dalla privatizzazione sostanziale, per cui «il rovesciamento del corretto metodo di procedere, che comporterebbe di fissare con la massima precisione gli obiettivi e i limiti della privatizzazione sostanziale (...), e in funzione di essi dettare le regole della privatizzazione formale, rappresent[a] il più grave difetto del sistema prescelto per il nostro Paese», 994.

286 Le ragioni dell'insuccesso di questo primo tentativo di riforma del sistema delle imprese pubbliche sono diverse. Alcune sono legate alla mancanza di investitori istituzionali cui affidare il collocamento sul mercato delle società trasformate, alla scarsa redditività delle imprese pubbliche. Altre ragioni, invece, sono direttamente da imputare al legislatore che non ha indicato gli enti da trasformare, le procedure da seguire per il collocamento ed il soggetto cui attribuire la responsabilità politica delle dismissioni. Un ulteriore motivo del fallimento della l. n. 35/1992 è poi costituito dall'inevitabile tendenza

1992, n. 332, proprio al fine di superare l'inerzia mostrata dai soggetti interessati e di accelerare il processo, ha sostituito l'auto-trasformazione (o trasformazione facoltativa, frutto di un sia pur vincolato atto di autonomia privata) con una trasformazione *ex lege*, dando vita ad una trasformazione coattiva dell'Iri, dell'Eni, dell'Enel e dell'Ina.

Il medesimo testo normativo ha inoltre previsto un'ipotesi di trasformazione coattiva di fonte amministrativa, attribuendo al CIPE il potere di trasformare in società per azioni ulteriori enti pubblici economici, indipendentemente dal loro settore di attività e previa comunicazione alle Camere (art. 18). Proprio in forza di delibere *ad hoc* del Cipe è stata così attuata la privatizzazione formale dell'Ente Ferrovie dello Stato-FS (delibera CIPE 12 agosto 1992) e dell'Ente Poste Italiane (delibera CIPE 18 dicembre 1997)²⁸⁷.

La trasformazione in società per azioni di numerosi enti pubblici economici, cui ha fatto seguito la soppressione del Ministero delle partecipazioni statali e del CIPI, ha determinato il definitivo superamento di quel sistema che ha connotato la nostra economia per ben più di tre decenni, segnando altresì la rinuncia al metodo della programmazione economica²⁸⁸.

In quegli stessi anni, tuttavia, l'impiego a fini pubblici dello schema societario ha conosciuto un nuovo sviluppo, peraltro ancora in

degli organi amministrativi dell'ente da privatizzare alla continuità organizzativa. Cfr. L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, op. cit., 30.

287 Quanto agli altri enti pubblici, la l. 15 marzo 1997, n. 59 ha delegato il Governo ad emanare, entro il termine del 31 luglio 1999, uno o più decreti legislativi al fine di «riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dall'assistenza e dalla previdenza» (art. 11 lett. b), trasformandoli in società o enti pubblici economici (art. 14 lett. b). In attuazione della citata legge, il Governo ha trasformato in società per azioni, per esempio, l'Ente autonomo Acquedotto Pugliese (d.lgs. 11 maggio 1999, n. 41) e l'Istituto poligrafico e Zecca dello Stato (d.lgs. 21 aprile 1999, n. 116).

288 Non sono tuttavia mancate delle ambiguità, che appare comunque opportuno rilevare, seppur brevemente. E difatti, se, da un lato, il comma 5 dell'art. 1 della l. n. 35/1992 dispone che le società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici «sono sottoposte alla normativa generale prevista per le società per azioni», dall'altro, il comma 7 dello stesso articolo, nell'affermare che «le disposizioni che subordinano l'attività degli enti e delle aziende di cui al comma 1 a specifiche direttive gestionali cessano di avere vigore nei confronti delle società da essi derivate», fa tuttavia espressamente salvi «gli indirizzi di carattere generale».

corso, divenendo la società formula organizzativa sostitutiva dell'ente pubblico per la cura dei più disparati interessi.

E difatti, la privatizzazione sostanziale è rimasta per lo più un obiettivo inattuato (se non, addirittura, escluso *ex lege*²⁸⁹), avendo lo Stato conservato quantomeno la partecipazione di controllo delle più importanti società risultanti da processi di privatizzazione²⁹⁰.

Inoltre, la società di capitali si è progressivamente affermata come strumento privilegiato per la gestione dei servizi pubblici locali e si assiste alla costituzione, anche tramite legge, di un numero crescente di società destinate a svolgere anche attività diverse rispetto a quella d'impresa: è il

289 E' quanto si verifica per esempio a proposito di Cassa Depositi e Prestiti, rispetto alla quale la norma di privatizzazione (art. 5, co. 2 d.l. n. 269/2003) prevede che la partecipazione al capitale di ulteriori soggetti rispetto allo Stato, tanto pubblici che privati, sia limitata a quote di minoranza.

290 Nello specifico, in base ai dati reperiti sul sito internet www.tesoro.it, aggiornati al 31 gennaio 2009, il Ministero dell'economia e delle finanze detiene il 21,10% del capitale di Enel, il 20,31% del capitale di Eni, il 100% del capitale di Anas, il 70% del capitale di Cassa Depositi e Prestiti, il 100% del capitale di Ferrovie dello Stato, il 100% del capitale dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, il 65% del capitale di Poste.

Peraltro è questo un dato che accomuna l'intera Europa, in quanto, nonostante le privatizzazioni abbiano caratterizzato gli ultimi trent'anni di storia, la figura dello stato azionista connota fortemente l'economia di tutti paesi europei. La presenza dello Stato è solitamente giustificata da un punto di vista teorico dai cosiddetti fallimenti del mercato e dalla presunta natura strategica di alcuni settori, soprattutto di quello energetico.

Secondo il rapporto del CER (Centro Europa Ricerca) «*Ruolo e governance delle imprese controllate dallo Stato: analisi e proposte per il futuro*», del gennaio 2008, le imprese controllate direttamente e indirettamente dallo Stato sono oltre 400. Nel 2005 il valore della loro produzione ammontava a 158,5 miliardi di euro (circa l'11,2 % del Pil), con un risultato netto di 13,4 miliardi e investimenti per 23,4 miliardi di euro. Gli addetti delle imprese partecipate dal Tesoro erano invece circa 500 mila. Delle oltre 400 società che fanno riferimento al MEF o che sono da esso partecipate, 26 sono controllate direttamente, due sono partecipate con quote irrisorie (0,1 per cento), mentre le rimanenti sono controllate indirettamente. Sette società risultano quotate in borsa, dove assorbono circa il 23% della capitalizzazione complessiva del mercato (pari al 12,7 % del Pil).

In base a quanto emerge dal dossier dell'associazione fra le società italiane per azioni Assonime «*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*», pubblicato nel settembre 2008, il quale a sua volta elabora informazioni diffuse dal Ministero dell'economia e delle finanze nel 2005, le società partecipate dagli enti locali iscritte al registro delle imprese sono ben 4874. Di queste, hanno un bilancio depositato 3769 società, le quali occupano 255 mila addetti, ossia circa l'1% del totale nazionale, producendo un valore aggiunto pari all'1,2% del Pil.

Infine, dalla Relazione sulla Pubblica Amministrazione per il 2007, presentata al Parlamento dal Ministro per l'amministrazione pubblica e l'innovazione, relativamente alla prima applicazione della banca - dati CONSOC prevista dalla finanziaria 2007, si evince l'esistenza di circa 6200 società partecipate (cui devono tuttavia aggiungersi le 400 partecipate, direttamente o indirettamente, dal Ministero dell'economia) e di circa 30.000 partecipazioni, con il coinvolgimento di 6000 amministrazioni pubbliche.

caso della Consap (1992), della Consip (1997), di Italia Lavoro (1997), di Sviluppo Italia (1999), di Mefop (1999), di Arcus (2004), solo per fare alcuni esempi²⁹¹.

Nell'ultimo lustro non poche società pubbliche sono venute ad esistenza per effetto delle leggi con cui sono state attuate di anno in anno le manovre finanziarie. E così, la finanziaria 2006 (d.l. 203/2005, conv. in L. 248/2005 e L. 266/2005) ha previsto l'istituzione della Banca del Mezzogiorno S.p.A., di società per la diffusione della cultura gastronomica e la tutela delle produzioni tipiche, della società per la riscossione dei tributi, della società per l'esercizio delle funzioni di indirizzo nel settore stradale e autostradale, della società per l'attività di rilevazione statistica.

Ed ancora, la finanziaria 2007 (l. 296/2006) ha autorizzato il Ministero dell'economia, la Regione Lombardia, la Provincia, il Comune e la Camera di Commercio di Milano a costituire la società per la gestione dell'Expo 2015. Altre società, invece, sono state ridisciplinate nel senso di un potenziamento o di una trasformazione delle loro attività e dei loro compiti: Agecontrol, Buonitalia, ISA (partecipate dal Ministero delle politiche agricole), Simest, Finest e Sviluppo Italia (partecipate dal Ministero dello sviluppo economico), nonché Sogesid (partecipata dal Ministero dell'ambiente e dal Ministero delle infrastrutture)²⁹².

Da ultimo, appare meritevole di menzione una certa schizofrenia normativa, atteso che lo stesso legislatore che promuove la costituzione, ovvero istituisce direttamente società pubbliche, al contempo detta norme volte a limitare l'impiego dello schema organizzativo societario

291 E difatti, solo tra il 1999 ed il 2003 sono state istituite, sulla base di specifiche disposizioni di legge società di assoluta rilevanza, come Patrimonio dello Stato, Infrastrutture, Coni Servizi, GRTN, Gestore del Mercato, Acquirente Unico, Sogin, le quali si vanno ad aggiungere a società risultanti da processi di privatizzazione di preesistenti enti pubblici, quali Eur, Acquedotto Pugliese, Cassa Depositi e Prestiti, Sace, Anas. Sul punto si rinvia a P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 372 ss.

292 Cfr., recentemente, A. MASSERA, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, intervento svolto alla Tavola rotonda sul tema organizzata dalla SPISA in collaborazione con l'IISA e l'Assonime a Bologna il 4 febbraio 2009.

da parte di soggetti pubblici. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 3, co. 27 della l. 244/2007 (c.d. Finanziaria 2008), il quale dispone testualmente che «al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società»; viceversa, «è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società»²⁹³.

A ben vedere, tuttavia, tale disposizione sembra riecheggiare i (velleitari) tentativi volti a ridimensionare la miriade di enti pubblici esistenti, registratisi già a partire dalla c.d. legge sul parastato e non ancora cessati.

2. La varietà di fattispecie fra discipline speciali e l'utilizzo degli strumenti di indirizzo e controllo propri modello organizzativo prescelto.

Nel ripercorrere l'evoluzione dell'impiego a fini pubblici della formula organizzativa societaria, emerge una diffusione capillare del modello a cui corrisponde una profonda varietà dei tratti che preclude una ricostruzione unitaria del fenomeno in esame. Il compito di sistematizzazione è invero assai arduo, se non addirittura impossibile a fronte di una profonda eterogeneità genetica, funzionale e strutturale,

293 La medesima disposizione prevede altresì che l'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento di quelle possedute debbano essere autorizzati dall'amministrazione pubblica interessata, dovendosi specificare i motivi per cui si tratta di un'attività strettamente necessaria per le finalità istituzionali. Inoltre viene stabilito che le società e le partecipazioni, le quali non rispettino i sopra indicati requisiti, dovranno essere cedute entro il mese di giugno del 2009.

sintomatica, a sua volta, di un diverso grado di attrazione delle singole società partecipate nell'orbita pubblicistica²⁹⁴.

Lo studio delle società pubbliche si presenta pertanto problematico sin dal suo primo approccio, poiché, in mancanza di una definizione normativa più o meno vincolante, possono essere attribuiti all'espressione «società pubbliche» una pluralità di significati eterogenei.

L'estrema diffusione non rappresenta tuttavia la più rilevante nota distintiva delle attuali società pubbliche rispetto a quelle inserite all'interno del sistema delle partecipazioni statali.

Essenzialmente diverso è infatti il contesto giuridico in cui le società pubbliche di oggi si iscrivono, in quanto pubblico e privato, tradizionalmente intesi, rispettivamente, come diritto dell'autorità e diritto del consenso, non sembrano presentarsi più quali rami dell'ordinamento separati, antagonisti ed alternativi tra loro, bensì come sistemi sempre più integrati, coordinati ed applicabili congiuntamente in regimi giuridici misti: come è noto, l'avvenuta oggettivazione del diritto amministrativo fa sì che la norma amministrativa sia applicata non tanto e non solo in considerazione della natura pubblica del soggetto, quanto piuttosto della rilevanza pubblica degli interessi coinvolti.

Contemporaneamente la progressiva e generale preferenza, in nome del principio costituzionale del buon andamento, per le formule privatistiche ai fini della disciplina dell'attività e dell'organizzazione amministrativa, comporta che il diritto pubblico sia invaso da forme privatistiche e che nella stessa misura il diritto privato sia intriso di sostanza pubblicistica²⁹⁵,

294 In considerazione della notevole estensione dell'ambito di operatività delle società pubbliche, la quale sembra segnare la tendenza ad una vera e propria «amministrazione per società», E. FERRARI ha coniato l'apparente, ma felice ossimoro rappresentato da «il diritto amministrativo delle società». Cfr. E. FERRARI, *Comunicazione*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008, 173.

295 Cfr. 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, 99. Sul punto, v. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p. 317 che, rievocando la distinzione fra attività interna ed esterna della pubblica amministrazione elaborata dalla precedente dottrina, rileva la coesistenza di regole

nell'ormai acquisita consapevolezza che «*il diritto amministrativo non è esclusivamente il diritto dell'autorità, ma ancor prima il diritto della funzione*»²⁹⁶.

In un quadro ordinamentale siffatto, la società, e più precisamente la società di capitali, è stata assunta tra le possibili formule organizzative cui la pubblica amministrazione può stabilmente ricorrere per realizzare i più disparati interessi affidati alle sue cure, con la conseguenza che le società pubbliche integrano una parte sempre più cospicua e rilevante nel quadro delle strutture strumentali delle pubbliche amministrazioni territoriali, secondo le più diverse declinazioni del modello²⁹⁷.

In particolare, analizzando l'assetto proprietario, è possibile distinguere tra: società pubbliche quotate (Eni, Enel, Finmeccanica, Snam Rete Gas, Terna, etc.); società pubbliche non quotate, ma comunque partecipate anche da soggetti privati (come avviene ad esempio nel settore

pubblicistiche e privatistiche: le prime dovrebbero trovare applicazione «per ciò che riguarda l'esercizio della funzione, ossia in relazione a quegli atti che incidono sulla sfera giuridica dei destinatari dell'azione»; le seconde, dovrebbero essere applicate con riferimento all'attività di gestione del patrimonio e alle forme responsabilità degli amministratori, «trattandosi in questa ipotesi di atti che esauriscono la loro efficacia all'interno della persona giuridica in seno alla quale vengono in essere». Sulla distinzione fra attività interna ed esterna, v. per tutti M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 883 ss.

296 Cfr. C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 397.

297 La dottrina non ha tuttavia mancato di manifestare alcune perplessità rispetto a questo ricorso disinvolto dei pubblici poteri allo schema organizzativo della società. Segnatamente, è stato affermato che le esigenze di flessibilità organizzativa che sorreggono l'adozione della veste societaria risultano giustificate nel caso di soggetti destinati all'esercizio di un'attività di impresa, specie se in un contesto concorrenziale. Al contrario, rispetto agli enti che svolgono un'attività che ha per molti versi carattere amministrativo, l'assunzione della forma societaria appare avere piuttosto il senso di una fuga nel diritto privato rispetto ai vincoli pubblicistici, anche di natura costituzionale, come il reclutamento del personale dipendente tramite concorso. Cfr. G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, II, 229.

Inoltre, con particolare riferimento alle società pubbliche degli enti locali, sono stati messi in luce alcuni effetti degenerativi prodotti sul piano istituzionale. E difatti, l'uso smodato dello schema societario comporta lo sviluppo di un'amministrazione parallela e personale del Sindaco (o del Presidente della Provincia) che svilisce gli organi collegiali, trasformando per esempio i Consigli, che degli enti locali esprimono la sovranità, da sedi decisionali a sedi di conforto dell'azione del vertice dell'esecutivo locale. Cfr. I. CACCIAVILLANI, *Le «società pubbliche»*. *Atti del Convegno su «Le società pubbliche»*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2002, XII, 1152.

dei servizi pubblici locali); società interamente a capitale pubblico (Poste, Ferrovie, Anas, etc.).

In considerazione dell'oggetto sociale, invece, si individuano società pubbliche che esercitano attività economica, qualificabile o meno come di servizio pubblico, e società pubbliche che svolgono funzioni tipicamente amministrative (es. Age control e Riscossione S.p.A.), ovvero attività strumentali alle pubbliche amministrazioni tradizionalmente intese (Mefop, Fintecna, Cassa Depositi e Prestiti).

Tra le società che svolgono un'attività economica è poi necessario operare un'ulteriore classificazione, atteso che alcune la esercitano a beneficio, esclusivo o prevalente, di pubbliche amministrazioni (es. Consip, Consap, Coni Servizi, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato), altre invece destinano i beni e/o i servizi prodotti alla generalità del pubblico degli utenti – consumatori. Queste ultime inoltre possono operare in mercati concorrenziali, sebbene a volte caratterizzati dalla presenza di pochi operatori, (Eni, Enel, Rai, Finmeccanica), ovvero in mercati non ancora aperti alla concorrenza (Poste e Ferrovie).

A fronte di tale varietà dell'oggetto sociale, non sembra casuale la declinazione del fenomeno in questione al plurale ad opera dello stesso codice civile, come a sottolineare quanto sia difficile ricondurre ad unità i diversi enti societari, in varia misura e a vario titolo partecipati dai pubblici poteri, ovvero orientati al perseguimento di un fine pubblico.

Peraltro, proprio la diversità di destinazioni funzionali ha determinato il frequente ricorso a statuti di diritto singolare che esprimono la tendenza del legislatore a forzare le categorie giuridiche tradizionali in favore di schemi operativi rispondenti più ad esigenze di duttilità e pragmatismo (se non addirittura di mera convenienza) che ad esigenze di sistema.

Inoltre, se in alcuni casi la legge incide soltanto sul regime giuridico, in altri interviene anche nel momento genetico, cosicché, sotto questo profilo, sono identificabili società pubbliche di fonte sicuramente negoziale

e società pubbliche costituite direttamente *ex lege*, con una significativa varietà di combinazioni intermedie tra autonomia privata e *voluntas legis*²⁹⁸.

Le società pubbliche non costituiscono, nell'economia del codice civile vigente, un modello strutturalmente e funzionalmente differenziato; lungi dal dettare una disciplina organica, il codice, fino alla riforma del diritto societario del 2003, dedicava a tale fenomeno unicamente gli artt. 2458 - 2460, nell'ambito della regolamentazione della società per azioni.

Come è noto, la sobrietà della disciplina codicistica delle società pubbliche non costituisce il risultato di una inadeguata considerazione delle peculiarità e della rilevanza della figura dello Stato-azionista, bensì si configura come la conseguenza di una precisa scelta a favore della irrilevanza della persona del socio nella organizzazione delle società per azioni.

In applicazione del principio di parità di trattamento tra iniziativa economica pubblica e iniziativa economica privata, la disciplina della società per azioni viene costruita come «*diritto comune a privati e pubblici operatori*»²⁹⁹.

L'unitarietà del modello codicistico è tuttavia venuta ben presto meno in conseguenza della notevole diffusione del modulo societario come strumento dell'agire pubblico, cui ha fatto riscontro la già accennata varietà di caratteri delle società partecipate, per effetto di scelte riconducibili più

298 In considerazione dell'origine anegoziale e delle destinazione allo svolgimento di un'attività non lucrativa, ovvero diversa da quella di impresa, è possibile definire un numero non indifferente di società pubbliche come «società anomale», intendendo l'anomalia come una «specialità per difformità», la quale ricorre tutte le volte in cui una fattispecie difetti di alcuni elementi propri della fattispecie generale, con la conseguenza che la disciplina generale risulta applicabile alla fattispecie speciale per difformità solo in quanto compatibile. Cfr. G. MARASÀ, *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur.* XXIX, Roma, 1993, *ad vocem*.

299 Cfr. F. GALGANO, *La società per azioni*, *op. cit.*, 454, e ID, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, 2004, 449. Particolarmente significativa, da questo punto di vista, è la Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, ove è enunciata con nitore la scelta dei compilatori: «In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente» (§ 998).

che all'autonomia privata dei soci, allo stesso legislatore, che ha dato vita a statuti definiti di diritto singolare³⁰⁰.

Talvolta il legislatore non ritiene infatti possibile utilizzare a fini pubblici lo strumento societario così com'è, con le sue regole organizzative di scopo³⁰¹, e lo modella prevedendo per esso uno statuto apposito, con la conseguenza che la disciplina codicistica viene relegata ad un ruolo meramente residuale³⁰².

300 Sul tema si rimanda alle riflessioni di C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, VII, 526 ss.; M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 ss.; F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. ec.*, 2004, III-IV, 589 ss.; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, 29 ss.; F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002; M. SCIUTO – P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, III, 1 ss.

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; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, IV, 747 ss.

³⁰¹ Lo scopo assume un ruolo preminente nell'ordinamento societario. In proposito è stato osservato che, mentre contratto ed impresa sono istituti "neutri" rispetto al fine del soggetto agente, per cui la loro adozione ad opera della pubblica amministrazione si traduce in una esclusiva privatizzazione dei mezzi, la società per azioni codicistica è, invece, rigidamente caratterizzata anche sotto il profilo teleologico. Al fine lucrativo – momento essenziale del contratto, del rapporto e della persona giuridica – si adegua infatti la struttura, fondata sul potere di decisione della maggioranza (proporzionato al rischio) e sul potere di controllo ed autotutela della minoranza (volto ad assicurare il rispetto dell'interesse lucrativo comune). Cfr. G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, 43.

³⁰² Emblematico è il caso delle società privatizzate, il cui regime giuridico presenta deviazioni così consistenti rispetto al diritto comune da consentire di qualificare il diritto delle privatizzazioni come diritto speciale delle società per azioni. Al riguardo si può citare, a titolo esemplificativo, l'art. 1, co. 4 del d.l. 5 dicembre 1991, n. 386 convertito nella l. 29 gennaio 1992, n. 35, il quale stabilisce che le deliberazioni dell'ente societarizzato comunque concernenti il diritto di voto risultino soggette ad approvazione ministeriale; il comma 7 dello stesso articolo, che sottrae le società privatizzate alla soggezione rispetto alle specifiche direttive gestionali cui erano sottoposti gli enti trasformati, ma fa salvi gli indirizzi governativi di carattere generale; il comma 8 della medesima disposizione, il quale richiede l'approvazione ministeriale per ogni modificazione statutaria e prevede la costituzione di giunte – termine del tutto estraneo al codice e ricorrente, invece, per gli enti delle partecipazioni statali – o comitati esecutivi, stabilendosi così in via legislativa ciò che l'art. 2381, comma 2 c.c. ordinariamente riserva all'autonomia dei soci; l'art. 1 d.l. 14 agosto 1992, n. 365, il quale dota le società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici di un capitale provvisorio, concetto "non molto ortodosso nel diritto societario"; l'art. 15, comma 3 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito nella l. 8

In alcuni casi l'intervento legislativo ha l'effetto di comprimere fortemente l'autonomia privata, in modo da sottrarre ai soci la disponibilità di alcuni profili, anche rilevanti del regolamento sociale³⁰³, o addirittura da determinare la stessa esistenza in vita dell'ente societario³⁰⁴, nonché la sua destinazione funzionale³⁰⁵; in altri casi ancora esso ha inciso sulla funzione associativa, introducendo nel nostro ordinamento ipotesi di società per azioni unipersonali sin dall'origine ben prima dell'intervento della riforma³⁰⁶.

agosto 1992, n. 352, il quale dispone che il Ministro del tesoro esercita i diritti dell'azionista secondo le direttive del Presidente del Consiglio d'intesa con altri ministri specificamente individuati; l'art. 16 del medesimo testo normativo, che impone la predisposizione di un programma pubblico di riordino delle partecipazioni, quale ulteriore elemento condizionante l'esercizio dei poteri dell'azionista; l'istituto dei c.d. poteri speciali relativamente alle società operanti nel settore delle *public utilities* e della difesa (art. 2, co. 2 d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito nella l. 30 luglio 1994, n. 474), strumento di legame della società con la sfera pubblica alternativo alla proprietà del capitale; i limiti al possesso azionario da parte di soggetti privati (art. 3, co. 1, l. cit); la previsione dell'elezione degli amministratori mediante voto di lista, con rappresentanza delle minoranze (art. 4 l. cit.), etc.

303 V. l'art. 2, co. 7 della l. n. 291/2003, relativa ad Arcus S.p.A., che incide sull'organigramma societario stabilendo che il collegio sindacale sia nominato con decreto del ministro per i beni e le attività culturali, determinando la composizione di tale organo, ed attribuendo al ministro dell'economia e delle finanze il potere di designarne il presidente ed uno dei membri effettivi. Un analogo potere di designazione compete al CONI in ordine al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione di CONI Servizi S.p.A., ed al ministro per i beni e le attività culturali in relazione ai membri del collegio sindacale della medesima società (art. 8, co. 4 d.l. n. 138/2002).

304 Si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 8, co. 2, d.l. n. 138/2002, il quale stabilisce che: «E' costituita una società per azioni con la denominazione di *CONI Servizi s.p.a.*»; ovvero l'art. 7 d.l. n. 63/2002 a proposito di Patrimonio dello Stato S.p.A.

305 E' il caso, tra molti, di Patrimonio dello Stato S.p.A., cui l'art. 7, co. 1 d.l. n. 63/2002 attribuisce la funzione di valorizzare, gestire ed alienare il patrimonio dello Stato; ovvero di S.o.s.e. S.p.A. chiamata dall'art. 10, co. 12 l. n. 146/1998 a svolgere studi di settore ed ogni altra attività di ricerca in materia tributaria.

306 Basti pensare all'art. 3, co. 4 d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, il quale dispone che entro uno specifico termine Enel S.p.A. costituisca una società per azioni cui conferire tutti i beni, eccetto le reti, nonché i rapporti giuridici inerenti all'attività di gestione della rete di trasmissione nazionale; ovvero all'art. 5 dello stesso atto normativo che impone al gestore della rete di trasmissione nazionale di costituire una società per azioni, denominata gestore del mercato, cui è affidato il compito di organizzare il mercato elettrico secondo determinati criteri.

Le possibili forme di incidenza della legge nel momento genetico di una società per azioni sono state ampiamente ricostruite dalla dottrina, in particolare da C. IBBA, (*Le società "legali"*, Torino, 1992), il quale ha inoltre individuato tutta una serie di conseguenze che derivano da tale intervento sulla disciplina delle società dallo stesso interessate.

L'A. conia l'espressione "società legali", intendendo con essa le società "volute" dalla legge in vista del raggiungimento di un certo scopo, anch'esso predeterminato *ex lege*. Secondo un'incidenza via via più penetrante, inversamente proporzionata al grado di

autonomia privata lasciato ai destinatari delle disposizioni normative nel concreto svolgimento del rapporto sociale, la legge può porsi: a) come fonte di una facoltà avente ad oggetto la costituzione di una determinata società, la quale potrebbe dunque dirsi “autorizzata”; b) quale fonte dell’obbligo di intavolare trattative in vista della costituzione della società, che si intende di conseguenza “promossa” dalla legge; c) quale fonte dell’obbligo, per i soggetti prescelti dalla legge stessa, di costituire la società, definibile allora come “obbligatoria”; d) quale fonte diretta del rapporto sociale tra i soggetti designati come soci, potendosi in quest’ultimo caso parlare di società “coattiva”.

In senso stretto possono però definirsi società legali solo quelle c.d. obbligatorie e coattive, perché solo rispetto ad esse si può dire che la loro esistenza sia stata effettivamente voluta dal legislatore e dunque sottratta alla disponibilità dei soci.

Tratto comune a tutte le ipotesi di società legali è rappresentato dalla compressione della libertà di determinare il contenuto del regolamento societario derivante dall’immodificabilità di quegli elementi predeterminati dalla legge e di quelli ad essi strettamente connessi.

Lo stesso C. IBBA (*Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, *ad vocem*), oltre a dar vita alla categoria delle società legali, costruisce anche quella delle c.d. società legificate. Si tratta di enti (non necessariamente societari) per i quali sia stato predisposto, successivamente alla loro costituzione, uno statuto societario legale *ad hoc*, più o meno completo e più o meno difforme da quello codicistico, in vista dello svolgimento di una certa attività. Il legislatore può mirare semplicemente a porre le condizioni per lo svolgimento (facoltativo) dell’oggetto sociale legificato, oppure tendere, invece, all’imposizione di un vincolo in ordine allo svolgimento dell’oggetto stesso. Conseguentemente, si parla di legificazione facoltativa, obbligatoria e automatica (come quella delle società privatizzate). Questa diversità si riflette poi sulle successive vicende della legificazione, nel senso che l’ingresso e l’uscita dal regime legificato sono retti, per così dire, da un principio di simmetria. Ciò significa che la società vincolata all’adozione di un certo statuto predisposto *ex lege* rimane indefinitamente assoggettata ad esso, mentre la società che ha scelto liberamente di sottoporvisi può, altrettanto liberamente, sottrarsene con un atto uguale e contrario.

Non è mancato chi (M. RENNA, *La Sibec s.p.a. tra realtà normativa e prospettive d’attuazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 599) ha contestato la distinzione tra società legali e società legificate, ritenendo analoga *quoad effectum* la “legificazione” di un ente alla neo-istituzione legislativa di un soggetto strutturato in forma societaria. L’unica differenza rinvenibile si pone, secondo l’A., sotto il profilo temporale, poiché nella seconda ipotesi il momento della scelta normativa relativa all’esistenza in vita dell’ente è contestuale al momento della scelta dell’adozione per esso della forma privatistica; mentre nella seconda ipotesi i due momenti sono scissi e si distingue di conseguenza una legge istitutiva ed una legge di trasformazione dell’originaria veste giuridica.

Secondo la nomenclatura ideata da C. IBBA sono, per esempio, società pubbliche “autorizzate” Arcus S.p.A., Simest S.p.A., Sogesid S.p.A., e Sose S.p.A.; “obbligatorie” Acquirente Unico S.p.A., Age Control S.p.A., Consip S.p.A., Grtn S.p.A., Gestore del mercato S.p.A., Italia lavoro S.p.A., Riscossione S.p.A., Sogin S.p.A., e Sviluppo Italia S.p.A.; “coattive” Coni Servizi S.p.A. e Patrimonio dello Stato S.p.A.

Molte società pubbliche si configurano poi come “legificate”, in quanto risultanti dalla privatizzazione *ex lege* di preesistenti enti pubblici. E’ il caso di Acquedotto Pugliese S.p.A., Anas S.p.A., Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., Cinecittà Holding S.p.A., Enav S.p.A., Enel S.p.A., Eni S.p.A., Eur S.p.A., Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.A., Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., Sace S.p.A.

La legge può pertanto disporre la denominazione, la sede, l'oggetto, l'ammontare del capitale, il valore delle azioni e la loro titolarità, nonché i fondamentali assetti organizzativi³⁰⁷.

La recente riforma del diritto societario ha avuto l'effetto di ricondurre nell'alveo del diritto comune istituti e discipline originariamente collocati nell'ambito del diritto speciale o singolare³⁰⁸, ma al di là di ciò, occorre quale altra conseguenza essa abbia avuto sullo statuto di queste società di diritto speciale, o addirittura singolare³⁰⁹.

307 Così, a titolo di esempio, l'art. 4 d.lg. 16 marzo 1999, n. 79 impone al gestore della rete di trasmissione nazionale di costituire una società per azioni denominata "acquirente unico", assegnando alla costituenda società la funzione di stipulare e gestire i contratti di fornitura al fine di garantire ai clienti vincolati la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica necessaria e la fornitura di energia elettrica in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio, nonché di parità di trattamento anche tariffario. La possibilità di ingresso nel capitale di ulteriori soggetti rispetto al gestore della rete di trasmissione nazionale, cui deve rimanere comunque la maggioranza delle azioni, è circoscritta ad una quota non superiore al 10%, e subordinata ad autorizzazione del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato (ora Ministro dello sviluppo economico), sentita l'Autorità dell'energia elettrica e del gas, nonché limitata a soggetti che rappresentino componenti significative delle attività di distribuzione dell'energia elettrica. Immediato corollario dell'origine eteronoma delle società legali è l'impossibilità di applicare quelle norme del diritto societario comune che ne presuppongono la genesi negoziale. Non ha quindi senso parlare di atto costitutivo, di condizioni per la costituzione, di costituzione per pubblica sottoscrizione, di soci promotori o di soci fondatori; l'iscrizione nel registro delle imprese (che assume rilievo solo ove la società pubblica eserciti un'attività di tal guisa) non ha carattere costitutivo, bensì di semplice pubblicità notizia; la legittimazione ad acquistare lo *status* di socio è drasticamente ridotta e di conseguenza è fortemente limitata la circolazione delle azioni ed esclusa di principio la possibilità di emettere, sulla base di un'autonoma decisione, obbligazioni convertibili; i soci che sono tali per legge, necessariamente soggetti pubblici, non possono uscire dalla compagine sociale né mediante il trasferimento della propria partecipazione, né mediante l'esercizio del diritto di recesso. Risultano altresì limitate le prerogative dell'assemblea ordinaria circa la nomina dei membri dell'organo di gestione e di quello di controllo, poiché frequenti sono le disposizioni che prevedono la loro nomina extra-assembleare; e limitati sono anche i poteri dell'assemblea straordinaria in ordine alle modificazioni statutarie, essendo immodificabili l'oggetto sociale, il capitale (nel senso di una sua riduzione), e la forma, con conseguente inammissibilità delle delibere di trasformazione. Infine deve escludersi la facoltà di autoscioglimento, nonché l'applicazione degli istituti della fusione e della scissione, ove si traducano in una vicenda estintiva. Analogamente va esclusa la sottoponibilità a fallimento e a concordato preventivo, in quanto procedure concorsuali con finalità liquidative. Cfr. C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992; G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, IV, (I parte), 716 ss.

308 Basti pensare, ancora una volta, alla società per azioni unipersonale che è tale sin dalla sua origine.

309 Su tale argomento si rinvia a C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss., e in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 176 ss.

Sebbene i principi generali stabiliscano che *lex generalis posterior non derogat speciali priori*, tuttavia, bisogna considerare che la disciplina delle società (pubbliche) di diritto speciale e singolare risulta comunque composta anche dal diritto societario codicistico, il quale agisce in via integrativa, ora in modo automatico, ora secondo il canone della compatibilità.

Poiché determinate norme speciali o singolari potrebbero essere state dettate dal legislatore proprio nel presupposto della loro interazione con le norme di diritto comune, si presenta all'interprete il problema di stabilire, a fronte di rinvii non recettizi al codice, cosa succeda ora che il contenuto del diritto societario risulta modificato.

In queste ipotesi si impone quindi la necessità di individuare il nuovo equilibrio, nella disciplina delle società (pubbliche) di diritto speciale e singolare, tra norme dettate *ad hoc* dal legislatore e norme di diritto comune³¹⁰. Al riguardo viene utilmente in soccorso il criterio della *ratio legis*, ossia della ragione del rinvio alla disciplina codicistica; e ciò vale sia per rinvii di segno positivo, volti cioè all'applicazione del diritto comune, sia per rinvii di segno negativo, volti cioè ad una sua disapplicazione³¹¹.

³¹⁰ Sul punto, rilevanti le considerazioni di F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., p. 212 che, ponendosi in una prospettiva più ampia di individuazione dell'intero regime giuridico da applicare con riferimento alle c.d. «società legali», rileva che «i fini e i risultati che tali società devono perseguire sembrano segnare i confini dell'applicazione delle regole sulla funzione: la cura dell'interesse generale sopravvive nell'abito della previsione di moduli organizzativi di diritto privato costituendo fonte normativa solo per le attività ad essa direttamente finalizzate; quanto attiene ai mezzi o al procedimento volto al conseguimento del risultato resta, invece, ascritto alla sfera dell'autonomia privata».

³¹¹ Nel periodo ante riforma, un tipico caso di disapplicazione del diritto societario comune era rappresentato da quello avente ad oggetto l'art. 2362 c.c., che accompagnava la previsione di una società per azioni con un unico socio *ab origine*.

Tale disapplicazione era prevista (art. 8, comma 1 della legge 15 giugno 2002, n. 112) a proposito della Infrastrutture S.p.A. (oggi non più esistente perché fusa in data 31 dicembre 2005 in Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.) a favore della Cassa Depositi e Prestiti (allora ancora ente pubblico), unico azionista. Analoga previsione è poi contenuta, questa volta a favore dello Stato, nell'art. 5 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 269, che ha disposto la trasformazione in società per azioni dell'ente pubblico Cassa Depositi e Prestiti. Peraltro in questo caso non è chiaro se il legislatore abbia voluto riferirsi all'art. 2362 c.c. ante riforma, o nel testo attuale, posto che se tale intervento normativo è successivo al d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6, adottato in attuazione

Come visto 'attuale assetto delle partecipazioni azionarie pubbliche si caratterizza per una netta prevalenza di modelli speciali che in vario modo si stratificati nel corso degli anni in relazione a più o meno evidenti esigenze organizzative legate al settore istituzionale in cui si sono venute a collocare.

La varietà di fattispecie esistenti impone quindi di operare una preliminare distinzione che dia conto dell'eventuale esistenza di una disciplina speciale.

In assenza di specifiche norme derogatorie tali organismi saranno sottoposti all'ordinaria disciplina societaria e pertanto gli strumenti di indirizzo e controllo propri del modello organizzativo prescelto verranno semplicemente rapportati alla natura pubblica del soggetto proprietario.

I problemi che attengono alle modalità di esercizio dei diritti d'azionista da parte dell'ente territoriale di riferimento non sembrano destare particolari perplessità in quanto si tratta pur sempre della soggezione a regole sostanzialmente universali che non operano alcuna distinzione in ragione della natura pubblica o privata del soggetto titolare del capitale azionario.

Il più delle volte tali enti sono classificati come società per azioni esclusivamente in virtù dell'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese dell'atto costitutivo e pertanto appaiono come il frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale comunque riconosciuta a soggetti

della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, la riforma del diritto societario è entrata in vigore solo il 1° gennaio 2004.

Nel testo originario tale disposizione prevedeva che la unipersonalità comportasse la perdita del beneficio della responsabilità limitata. Attualmente invece, in virtù del combinato disposto degli artt. 2325, co. 2, 2342 e 2362, tale perdita si determina solo in determinati casi. Che implicazioni ha dunque ora la disposta disapplicazione dell'art. 2362 c.c.? A tale interrogativo è stata data risposta proprio considerando la *ratio* di tale disapplicazione, che era quella di escludere in modo assoluto (anche per evitare le spinose questioni legate ad un'eventuale violazione del divieto comunitario degli aiuti) la perdita del beneficio della limitazione della responsabilità. Ciò posto, si è ritenuto che nell'attuale contesto del diritto societario, la disapplicazione dell'art. 2362 c.c. abbia l'effetto di evitare che il mantenimento del beneficio in questione sia subordinato alla presenza di determinate condizioni (assolvimento degli obblighi pubblicitari ivi previsti), dovendosi invece ritenere per intero applicabili le ulteriori norme, aventi lo scopo di controbilanciare l'unipersonalità con determinate cautele

La soluzione interpretativa qui riportata è di C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 21.

appartenenti all'ordinamento giuridico. Queste ipotesi non si caratterizzano quindi per una qualificazione societaria eteronoma e sono conseguentemente sottoposti alla disciplina legislativa generale predisposta per una classe aperta di soggetti non individuati nominativamente per legge.

Tuttavia anche in assenza di una disciplina specificatamente dedicata al singolo organismo societario, alcune di queste entità potranno essere sottoposte a particolari limitazioni dell'autonomia o a forme di ingerenza aggiuntive che trovano applicazione in ragione della ricorrenza di determinati presupposti.

La maggior parte delle volte il fattore legittimante un tale trattamento fa perno sulla natura pubblica del soggetto proprietario, tuttavia non mancano singolari disposizioni che delimitano l'ambito di applicazione di una determinata disciplina anche in ragione di parametri alquanto eccentrici³¹².

Ci si soffermerà prevalentemente sulla disciplina generale, evidenziando gli istituti che, in ragione del rinvio operato da specifiche discipline, ovvero dell'evoluzione apportata in via interpretativa dalla giurisprudenza, potranno essere applicati alle società per azioni che non presentino particolari deviazioni rispetto agli schemi ordinari.

In tale analisi si prescindereà invece dagli strumenti di indirizzo e controllo indiretti, legati alla presenza di autorità indipendenti volte alla regolamentazione di un determinato settore, ovvero che si realizzano per effetto di atti concessori, contratti di servizio o particolari forme di incentivi.

Sebbene non si possa negare che anche attraverso una tale tipologia di strumenti i pubblici poteri possano assicurarsi un'ingerenza di analoga intensità la base concettuale su cui poggiano è sostanzialmente diversa. In conseguenza dei processi di liberalizzazione di alcuni settori dell'economia il ruolo dei pubblici poteri si è progressivamente spostato da un intervento diretto a una attività di regolazione. Il contestuale processo di privatizzazione degli enti pubblici economici operanti nel settore il più delle

³¹² Sul punto, v. *infra*.

volte ha comportato il venir meno degli specifici poteri di controllo allora previsti sul singolo ente pubblico per lasciare spazio a strumenti condizionanti di più ampia portata.

Si tratta infatti di meccanismi destinati a dispiegare i propri effetti indipendentemente dalle caratteristiche soggetto proprietario e che pertanto appaiono inidonei a sintetizzare le peculiarità del rapporto che lega le società partecipate al socio pubblico in quanto poste in relazione al settore in cui questa svolge la propria attività.

3. I poteri di nomina e revoca nella disciplina del codice civile.

L'art. 2449 c.c. e la sua incompatibilità con l'ordinamento comunitario.

Come già accennato, anche a seguito della riforma del diritto societario la disciplina specificatamente dedicata alla «società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici» risulta sostanzialmente scarna.

Il legislatore ha infatti limitato il proprio intervento all'introduzione degli artt. 2449-2450 c.c. che, salvi i necessari adattamenti connessi all'introduzione dei due nuovi modelli di *governance*, appaiono, almeno *prima facie*, sostanzialmente riproduttivi della previgente regolamentazione dettata dai precedenti art. 2458-2460 c.c..³¹³

³¹³ Nonostante l'esiguità della disciplina dedicata al fenomeno delle società, anche sotto la vigenza degli originari art. 2458-2459 c.c., la tematica P. ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, *Impr. amb. e P.A.*, 1975, 369; T. ASCARELLI, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, *Riv. dir. comm.*, 1933, 284; F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, *Giur. comm.*, 1983, I, 510 e segg.; G. MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1954, 712 e segg.; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1955; O. CAGNASSO, M. IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, (dir. da W. BIGIAMI), Torino, 2^aed., 1990; F.A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *Riv. dir. civ.*, 1986, 258 e segg.; V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, *Le società*, 2001, 773 e segg.; A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici. Ex art. 2458*, *Foro Amm.*, 1984, 565 e segg.

In particolare l'art. 2449 c.c., nella formulazione risultante dal d. lgs. gennaio 2003, n. 6³¹⁴, prevede che allo Stato o agli enti pubblici che siano soci della società lo statuto possa conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori, i quali possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. L'art. 2450 c.c., poi abrogato, dall'art. 3 del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con l. n. 43/2007, prevedeva invece che «le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente».

Il contesto normativo in cui tali norme si iscrivono tuttavia è profondamente mutato rispetto all'assetto dei poteri delineato dalla precedente disciplina.

Nel vigore degli artt. 2458-2460 c.c. si discuteva, infatti, in ordine all'individuazione dell'interesse che gli amministratori di nomina pubblica dovessero perseguire nell'espletamento delle loro funzioni, essendo controverso se essi fossero o meno tenuti a dare esecuzione ad eventuali

³¹⁴ L'articolo 13 della legge 25 febbraio 2008, n. 34, in seguito ai numerosi giudizi volti a vagliare la compatibilità della norma con la disciplina comunitaria, ha sostituito l'art. 2449 c.c. con la seguente formulazione «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 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. 4. Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti.». Sul punto v. *infra*.

direttive impartite dall'ente pubblico nominante, anche nell'ipotesi in cui queste si fossero rivelate confliggenti con l'interesse della società.

Il terzo comma dell'art. 2449 c.c. prevede invece che i membri degli organi sociali di nomina pubblica “hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea”, e al contempo aggiunge che “sono salve le disposizioni delle leggi speciali”, come a sottolineare che solo ed esclusivamente in virtù di un intervento del legislatore sia possibile alterare tale identità di posizione giuridica³¹⁵.

Tale previsione va quindi contestualizzata nel rinnovato rapporto sussistente fra gli amministratori e l'organo assembleare.

Come già visto nell'ambito dell'analisi specificatamente dedicata al modello societario, la riforma ha accentuato l'autonomia degli amministratori rispetto alla proprietà, escludendo che una qualche competenza gestoria possa residuare in capo all'assemblea, la quale può,

³¹⁵ Di questo avviso R. RORDORF, *Le società “pubbliche” nel codice civile*, in *Le Società*, 2005, IV, 427; B. PETRAZZINI, *Commento all'art. 2449*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, Torino, 2004, 1697; M. BERTUZZI, in M. BERTUZZI – G. BOZZA – G. SCIUMBATA, in *Patrimoni destinati. Partecipazioni statali. Società in accomandita per azioni*, Milano, 2003, sub artt. 2449 e 2450 c.c., 208 e 220; L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 cod. civ. ai tempi della riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 466; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, IV, 748 e 762; F. GOGGIAMANI, *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società partecipate*, nota a Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, IV.

In senso contrario invece A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 844, secondo cui il riferimento alle disposizioni di legge speciale svolgerebbe semplicemente la funzione di formale rinvio alla stratificata e consistente produzione normativa che si è aggiunta a quella codicistica in materia di società pubbliche. Tuttavia, posta la natura assolutamente generale del principio per cui *lex specialis derogat generali*, l'interpretazione appena ricostruita della specificazione introdotta con la riforma al comma 3 dell'art. 2449 c.c. avrebbe l'effetto di conferirle un carattere ridondante. Sembra quindi più opportuno ritenere che il legislatore del 2003 sia voluto invece intervenire nel dibattito relativo allo *status* dei componenti degli organi sociali di nomina pubblica nel senso sopra chiarito.

Nella generale previsione dell'art. 2449, co. 3 c.c. rientra di sicuro l'art. 6 della l. n. 145/2002, il quale stabilisce che “*le nomine degli organi di vertice e dei consigli di amministrazione (...) delle società controllate o partecipate dallo Stato (...) conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura (...) possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto di fiducia al Governo*”. Tale disposizione, che segnala l'emersione a livello normativo, del rapporto fiduciario tra vertice politico e soggetti preposti alle società a partecipazione statale, pone *ex lege* una giusta causa di revoca dall'incarico di amministratore, la quale pertanto esclude il diritto dell'amministratore revocato al risarcimento del danno.

tutt'al più, se richiesto dallo statuto, autorizzare il compimento di singoli atti³¹⁶.

Coerentemente con questo principio, il nuovo art. 2364, co. 1, n. 5 mantiene ferma la responsabilità degli amministratori verso la società (oltre che verso i singoli soci, i creditori ed i terzi) a fronte di atti il cui compimento, secondo lo statuto, è soggetto ad una preventiva autorizzazione dell'assemblea ordinaria, per cui tale autorizzazione non può essere adottata dagli amministratori per giustificare un'eventuale loro condotta di carattere dannoso³¹⁷.

Il socio pubblico di controllo non solo perde il ruolo di gestore di ultima istanza, ma anche quello di esclusivo titolare dell'azione sociale di responsabilità, ora esperibile anche da una minoranza qualificata *ex art.* 2393-*bis*, co. 1 c.c.³¹⁸, oltre che dal collegio sindacale (art. 2393, 3 co. c.c.) e, ove si sia optato per il modello dualistico, dal consiglio di sorveglianza (2409-*decies*, co. 2, e 2409-*terdecies*, co. 1, lett. *d*) c.c.).

A giudizio di gran parte della dottrina che si è occupata di analizzare i riflessi della riforma del diritto delle società di capitali sulle società pubbliche, le disposizioni appena indicate andrebbero ad avvalorare quella tesi, già sostenuta in passato, secondo cui gli amministratori non possono

³¹⁶ La riduzione dell'incidenza dell'assemblea, e dunque della proprietà, sulla vita dell'ente societario è accentuata nel modello dualistico, che attribuisce ad un organo di matrice professionale, qual è appunto il consiglio di sorveglianza, scelte da sempre riservate all'assemblea, come la nomina e la revoca degli amministratori, ovvero l'approvazione del bilancio (art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. *a*) e *b*)).

³¹⁷ E' evidente il mutamento rispetto al previgente art. 2364, co. 1, n. 4 c.c. e all'interpretazione che ad esso si dava nel senso di escludere la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti previa delibera assembleare. Alla luce di tale interpretazione, in passato, a prescindere dall'idea accolta in ordine al rapporto tra interesse pubblico ed interesse sociale, la penetrazione del primo, ed in generale degli interessi extrasociali, poteva comunque in concreto realizzarsi attraverso l'intervento autorizzatorio dell'assemblea. Per evitare tale penetrazione, l'unica possibilità era quella di impugnare la relativa delibera assunta con voto determinante del socio in conflitto di interessi, ove potenzialmente dannosa.

³¹⁸ La perdita da parte dell'assemblea della posizione di gestore di ultima istanza si allinea perfettamente con la scelta di consentire a chi non detiene la maggioranza assembleare di far valere la responsabilità degli amministratori verso la società, in quanto tale rimedio sarebbe svuotato di significato in un sistema che consentisse ancora alla maggioranza di esonerare gli amministratori dalla responsabilità per fatti compiuti previa deliberazione (sempre a maggioranza) dell'organo rappresentativo degli azionisti. Cfr. A. GUACCERO, *Alcuni spunti, op. cit.*, 846.

essere considerati come mandatari dell'organo o del soggetto che li ha nominati, ovvero, vincolati alle istruzioni del mandante.

In quest'ordine di idee, essi sono piuttosto titolari di una esclusiva competenza ad amministrare la società cui corrisponde una specifica responsabilità verso la società, i soci, i creditori ed i terzi³¹⁹ senza che possa assumere alcun rilievo la derivazione pubblicistica del soggetto che li ha nominati.

In sostanza, la previsione che consente la nomina al soggetto pubblico modifica solo la fonte dell'investitura: muta il soggetto che provvede alla nomina, ma non anche l'oggetto e il contenuto dell'attività che da essa scaturisce³²⁰. Come a dire che il potere di nomina e revoca attribuito al soggetto pubblico esaurisce la propria portata sul piano organizzativo, non essendo causa di un'alterazione dell'ordinamento societario (specie sotto il profilo teleologico).

Ciò significa che tale potere è semplicemente sintomatico di una particolare tutela accordata dal legislatore all'interesse pubblico³²¹; il che tra l'altro non costituisce più nemmeno una prerogativa del socio pubblico, essendo stati individuati dal nuovo diritto societario altri interessi meritevoli di identica forma di tutela, quali quelli dei lavoratori o di coloro che apportano alla società (anche) opere o servizi³²².

³¹⁹ Di conseguenza, se gli amministratori eseguono le direttive dell'ente pubblico lo fanno sotto la propria responsabilità, ossia assumendo come proprie le decisioni del soggetto pubblico, incidendo la mancata esecuzione di tali direttive esclusivamente sul rapporto fiduciario tra l'ente pubblico nominante e l'amministratore. Ciò significa che quest'ultimo potrà essere revocato al termine della carica, o prima della sua naturale scadenza, anche se con diritto al risarcimento del danno, non trovando la revoca il proprio fondamento in una causa definibile come "giusta", alla luce dell'ordinamento societario. Cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. ec.*, 2004, 459.

³²⁰ Cfr. M. BERTUZZI, in M. BERTUZZI – G. BOZZA – G. SCIUMBATA, in *Patrimoni destinati*, *op. cit.*, 220.

³²¹ Così, L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci*, *op. cit.*, 460; ma anche A. PERICU, in G. NICOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, *Le società di capitali*, Napoli, 2004, *sub artt.* 2449-2450, 1300.

³²² La sottrazione all'assemblea del potere di nominare membri dell'organo di amministrazione e controllo prevista dagli artt. 2449 e 2450 c.c. trova infatti corrispondenza in un analogo potere riconosciuto ai portatori di strumenti finanziari, con la conseguenza che nel nuovo diritto societario la specialità delle due disposizioni relative alle società a partecipazione pubblica risulta fortemente ridotta. V. M.T. CIRENEL, *Riforma delle società*,

Sulla base della complessiva disciplina sembra quindi che il problema relativo alla qualificazione in termini pubblicistici o privatistici del rapporto intercorrente fra gli amministratori e lo Stato o gli enti pubblici che hanno provveduto alla nomina, si ridimensioni parzialmente almeno per alcuni profili.

L'influsso costante sull'organo amministrativo della società che si renderebbe necessario per il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso dall'art. 2449 c.c., nel nuovo contesto normativo non può esplicarsi attraverso dei poteri di direttiva³²³, in quanto l'amministratore appare l'unico responsabile e attuatore delle scelte gestorie.

In relazione ad altri aspetti, la questione appare invece di meno agevole risoluzione. Alcuni di questi investono la qualificazione del relativo atto di nomina e del corrispondente atto di revoca, ma in questa sede non assumono una rilevanza determinante³²⁴.

legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica, in *Riv. comm. int.*, 2005, 51; ma anche M. PIZZIGATI, *Organi di controllo nelle "società pubbliche" e riforma del diritto societario*, relazione al convegno su "Le società pubbliche", Venezia, 25, 26, 27 novembre 2004; ovvero R. RORDORF, *Le società "pubbliche"*, *op. cit.*, 426 ss.; Cfr. L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci*, *op. cit.*, 459.

In particolare, l'art. 2351, co. 5 c.c. dispone che, in caso di emissione di strumenti finanziari, ex artt. 2346, co. 6 c.c. o 2349, co. 2 c.c., può essere attribuita ai titolari degli stessi, secondo modalità stabilite dallo statuto, la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco.

Non possono comunque essere tacite le differenze tra la fattispecie prevista dagli artt. 2449-2450 c.c. e quella delineata dall'art. 2351, co. 5 c.c. Il potere di nomina pubblica presenta infatti un chiaro fondamento soggettivo, essendo ancorato direttamente alla particolare natura del soggetto cui è attribuito, di contro il potere previsto per i titolari dei c.d. strumenti partecipativi ha una base oggettiva, in quanto presuppone la titolarità di una particolare tipologia di strumenti finanziari. Cfr. M. BERTUZZI, in M. BERTUZZI – G. BOZZA – G. SCIUMBATA, in *Patrimoni destinati*, *op. cit.*, 214.

³²³ Sul punto v. F.A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *cit.*, che riteneva un tale rapporto caratterizzato da un'attività direttiva che, legando l'amministratore allo Stato o all'ente pubblico, andava qualificato in termini di dipendenza pubblicistica. Ravvisava l'esistenza di un potere di direzione anche S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960, p. 111. Per un approfondimento di più ampio respiro cfr. V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, che negando l'esistenza di un rapporto gerarchico o di subordinazione fra lo Stato e l'amministratore, preferiva qualificarlo in termini esclusivamente fiduciari. Sul punto, v. anche F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965.

³²⁴ La ricostruzione è stata proposta sia in termini pubblicistici che privatistici. Se si accede al primo orientamento è giocoforza individuare negli atti di nomina e revoca i tratti tipici

del provvedimento amministrativo (supponendosi essi adottati dal soggetto pubblico nella sua veste autoritativa) e dunque i presupposti della giurisdizione amministrativa e di un'eventuale decisione di annullamento. Di contro, corollario della tesi privatistica è la qualificazione della nomina e della revoca come atti di natura negoziale a struttura unilaterale, essendo stati adottati nell'esercizio di un diritto potestativo, riconosciuto ad un soggetto pubblico che, avendo optato per lo strumento societario, ha scelto di agire *jure privatorum* e dunque di sottoporsi alla giurisdizione ordinaria. In argomento si iscrive una recente pronuncia delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione (sent. 15 aprile 2005, n. 7799), la quale con decisione qualifica il potere di nomina e revoca pubblica come estrinsecazione non di un potere pubblico, ma di una potestà di diritto privato, ed in considerazione di ciò esclude la generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo. La pronuncia in commento segna un inequivocabile cambio di rotta del giudice di legittimità rispetto all'orientamento espresso nella sentenza della sezione I, 15 luglio 1982, n. 4139, ove si è escluso il diritto al risarcimento del danno a favore dell'amministratore di nomina pubblica revocato in assenza di giusta causa, nel presupposto che è inibito al giudice ordinario sindacare il contenuto di un provvedimento discrezionale della pubblica amministrazione, quale è appunto quello di revoca dell'amministratore, a favore del quale sono esperibili tutti i rimedi concessi dall'ordinamento a tutela degli interessi legittimi. La decisione della Suprema Corte ha l'effetto di confermare le decisioni già assunte, in relazione alla medesima controversia dal TAR e dal Consiglio di Stato. Secondo l'interpretazione accolta dalla Suprema Corte, in qualità di giudice della giurisdizione, l'attribuzione del potere in questione ad un soggetto pubblico ha il solo effetto di sottrarlo all'assemblea, cui compete naturalmente secondo il diritto comune, mentre non condiziona la natura giuridica degli atti di nomina e revoca. Tali conclusioni non sono tuttavia generalizzabili, in quanto legate a specifici presupposti, rappresentati dalla fonte negoziale del potere (lo statuto) e dal riconoscimento dello stesso in capo al soggetto pubblico in qualità di socio: posta la natura privata della società a capitale pubblico (la proprietà pubblica del capitale non è di per sé elemento sufficiente a qualificare come persona giuridica l'ente societario), il socio pubblico può influenzare il funzionamento della società solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e non anche con poteri di tipo pubblicistico. Ne deriva l'appartenenza alla giurisdizione ordinaria della controversia avente ad oggetto la legittimità dell'atto di revoca dell'amministratore di nomina pubblica, cui può essere riconosciuto un diritto soggettivo alla conservazione della carica sociale. In altre parole, la Cassazione analizza nella pronuncia in esame la configurazione del potere di nomina e revoca limitatamente a come esso viene conformato dall'art. 2449 c.c.

Diverso è invece il caso speculare, rientrando nella previsione dell'art. 2450 c.c., in cui il potere ha fonte legale e viene attribuito al soggetto pubblico a prescindere dalla titolarità di una partecipazione azionaria. Ne deriva una duplice possibile qualificazione degli atti di esercizio del potere stesso: atti negoziali nella prima ipotesi, con conseguente giurisdizione ordinaria, e provvedimenti nella seconda. Tuttavia, se diversa in queste due fattispecie è la conformazione del potere identici sono gli effetti del suo esercizio, in quanto l'art. 2450 c.c. rinvia all'art. 2449 c.c., per cui, in linea di principio, anche i componenti degli organi sociali nominati da un soggetto pubblico non socio "hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri nominati dall'assemblea", e quindi anche identiche garanzie. Per un commento esaustivo alla pronuncia in questione v. F. GOGGIAMANI, *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori*, in *Serv. pubb. app.*, IV, 2005. Non sembra pertanto che necessariamente alla qualificazione dell'atto di revoca come provvedimento segua la sussistenza della giurisdizione amministrativa, dipendendo il corretto incardinamento della controversia sotto l'aspetto della giurisdizione dalla configurazione della pretesa fatta valere dal soggetto. Così, se per esempio l'amministratore revocato fa valere la propria aspettativa al mantenimento dell'incarico, allora viene in discussione la legittimità del provvedimento di revoca, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Di contro, se questo stesso soggetto aspira ad una tutela

Più inerente all'ambito della presente indagine appare la questione che era sorta in ordine all'estensione della disciplina della *prorogatio* contenuta nella legge 14 luglio 1944, n. 444 anche agli amministratori delle società a partecipazione pubblica³²⁵. Sul punto, tuttavia, le soluzioni offerte dalla dottrina erano sostanzialmente volte a riscontrarne l'incompatibilità con la disciplina codicistica in materia societaria³²⁶.

La problematica è stata poi condizionata dall'introduzione dell'art. 6 della l. n. 145/2002, il quale stabilisce che «*le nomine degli organi di vertice e dei consigli di amministrazione (...) delle società controllate o partecipate dallo Stato (...) conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura (...) possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto di fiducia al Governo*». Si tratta di una disposizione che sancendo a livello normativo l'esistenza di un rapporto fiduciario tra vertice politico e soggetti preposti alle società a partecipazione statale, finisce per porre *ex lege* una giusta

risarcitoria, allora viene in discussione non la legittimità del provvedimento, bensì la presenza o meno di una "giusta causa" ex art. 2383, co. 3 c.c., da valutare non in riferimento al rapporto fiduciario con l'ente pubblico, ma all'ordinamento societario, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno a favore dell'amministratore e soprattutto del componente dell'organo di controllo nominati e revocati dall'ente pubblico, negato dalla già citata sentenza della Cassazione, sez. I. 15 luglio 1982, n. 4139, è tra l'altro funzionale a tutelarne la posizione di autonomia e di indipendenza, che sarebbe invece compromessa da un regime di revoca *ad libitum*. Di questo avviso M. BERTUZZI, in M. BERTUZZI – G. BOZZA – G. SCIUMBATA, in *Patrimoni destinati*, op. cit., 221; R. RORDORF, *Le società "pubbliche"*, op. cit., 429; L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci*, op. cit., 464; V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci*, op. cit., 774. Gli artt. 2449 e 2450 c.c. hanno l'effetto di sostituire il soggetto pubblico nell'esercizio di un potere che fisiologicamente compete all'assemblea. Ciò significa che nell'esercizio del potere di nomina il soggetto pubblico opera sostanzialmente come organo della società, tant'è che il rapporto giuridico generato dalla nomina si instaura tra l'amministratore e la società medesima. Sembra pertanto che la pretesa risarcitoria debba essere indirizzata nei confronti non del soggetto pubblico, bensì della società.

³²⁵ G. ENDRICI, *La prorogatio nell'organizzazione amministrativa: la fine di un principio*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1994, 394 e segg.

³²⁶ CAMMELLI M., ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, II ed., p. 297

causa di revoca dall'incarico di amministratore, cui consegue l'esclusione del diritto dell'amministratore revocato al risarcimento del danno.³²⁷

Ma al di là di tali questioni, la problematica che più di ogni altra ha condizionato l'evoluzione dei rapporti fra società e pubblici poteri inerisce alla conformità del potere di nomina con la disciplina comunitaria.

L'art. 2449 c.c. è stato infatti recentemente sottoposto all'esame della Corte di giustizia per via della questione di pregiudizialità sollevata dalla prima sezione del Tar Lombardia con l'ordinanza 13 ottobre 2004, n. 175 nell'ambito di un'articolata vicenda che ha visto coinvolto il Comune di Milano e la società AEM³²⁸.

³²⁷ M. ATELLI, *Dallo Stato-padrone allo spoil-system: un nuovo caso di conflitto tra regole neutrali di corporate governance e modello di politica industriale*, *Le società*, 2002, 1071 e segg.

³²⁸ Per il commento a tale ordinanza, v. A. M. BALESTRERI, *La compatibilità dell'art. 2449 cod. civ. e dell'inserimento di "Golden Share" negli statuti delle società ex municipalizzate*, in *www.giustamm.it*; B. MAMELI, *La privatizzazione delle società in mano pubblica dinanzi alla Corte di Giustizia (nota a Tar Lomb., sez. I., ord. 13 ottobre 2004, n. 175)*, in *Urb. App.*, 2005, VII, 846 ss; R. URSI, *nota a Tar Lombardia, sez. I., ord. 13 ottobre 2004, n. 175*, in *Foro it.*, 2005, I, 34 ss.

La vicenda giudiziaria fa perno sulla decisione assunta dal Comune di Milano di procedere alla privatizzazione sostanziale della società per azioni AEM (ex Azienda energetica municipalizzata operante in forma societaria dal 1996 e quotata in borsa), riducendo così l'entità della propria partecipazione al capitale dal 51% al 33,4%, ma conservando il potere di nominare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, con coerente modifica dello statuto societario. Situazione questa che, nella sostanza, si traduceva nel potere di nominare direttamente un quarto dei membri del consiglio di amministrazione ed il diritto di partecipare alla presentazione delle liste per l'elezione dei rimanenti amministratori

Nel primo progetto di delibera da sottoporre all'approvazione del consiglio comunale, il potere di nomina diretta veniva giustificato sulla base del potere speciale previsto dall'art. 2, co. 1 lett. d), d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474, applicabile anche alle società di proprietà locale operanti nel settore dei servizi pubblici ed interessate da un processo di privatizzazione sostanziale. Di contro nella delibera definitiva (delibera n. 05/2004) il fondamento di tale potere veniva individuato nell'art. 2449 c.c. Verosimilmente tale mutamento è stato condizionato dall'intervento della finanziaria per il 2004 (legge 24 dicembre 2003, n. 350) che al comma 227 dell'art. 4 ridimensiona le prerogative attribuite all'ente territoriale dall'art. 2, comma 1, lett. d) della l. n. 474/1994, prevedendo la nomina diretta di un solo consigliere di amministrazione, per altro sprovvisto del diritto di voto. In sostanza, ciò che non era più consentito alla luce della nuova normativa in tema di privatizzazioni sostanziali, è stato reso possibile attraverso il richiamo ad una delle (due) disposizioni che attualmente definiscono lo statuto (speciale) codicistico *"delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici"*.

L'assemblea straordinaria di AEM provvedeva a modificare lo statuto in senso conforme alle indicazioni contenute in tale delibera, che veniva successivamente impugnata davanti al g.a. ad opera di alcuni soci e dell'associazione rappresentativa dell'azionariato diffuso presente nella stessa società, nel presupposto che la posizione privilegiata del socio

Nonostante la copiosa giurisprudenza già esistente in materia, era la prima volta che la giurisprudenza comunitaria, in luogo delle disposizioni destinate ad operare con riferimento a particolari categorie di società, si rapportava ad una disposizione codicistica suscettibile di un'applicazione generalizzata.

pubblico avrebbe scoraggiato ulteriori investimenti in termini di capitale di rischio, con perdita di valore delle azioni. Realizzandosi una dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale della società, tra partecipazione azionaria e potere gestorio, chiunque avesse aspirato al possesso azionario in AEM S.p.A. con ambizioni di governo della società sarebbe stato dissuaso dall'investimento, poichè, anche ove fosse divenuto socio di maggioranza relativa, non avrebbe comunque potuto assicurarsi la maggioranza del consiglio di amministrazione e con essa il controllo della società.

In sede cautelare (ord. 10.06.2004, n. 1576), il Tar Lombardia accoglieva l'istanza di sospensione, qualificando i poteri di controllo sulla società riservatisi dal Comune come misure di fatto equivalenti ai c.d. poteri speciali, in contrasto con la libertà di circolazione dei capitali e con la giurisprudenza comunitaria in materia di *golden share*. Di diverso avviso invece il Consiglio di Stato (Cons. St, sez. V, ord. 10.08.2004, n. 3866), che, adito in sede di appello, riformava la decisione del Tribunale amministrativo sulla base di tre considerazioni: la diversità tra i poteri speciali ed il potere di cui il socio pubblico può disporre *ex art. 2449 c.c.*; l'inerenza della controversia in esame non alla giurisprudenza comunitaria in materia di *golden share*, ma alle norme comunitarie in materia di proprietà delle imprese pubbliche e di libera circolazione dei capitali; l'azione dei principi di proporzionalità, efficienza, imparzialità e buon andamento come argini rispetto al rischio di un cattivo uso di discrezionalità da parte del socio pubblico nella scelta degli amministratori. Il Tar, chiamato a decidere nel merito, preso atto di questa diversità di orientamenti, adiva la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 TCE.

Il contrasto giurisprudenziale emerso in sede cautelare si incentra principalmente sulla applicabilità dei principi elaborati dal giudice comunitario in materia di poteri speciali anche a quel potere di nomina di cui il soggetto pubblico, in funzione dello *status* di azionista, può essere titolare ai sensi di una disposizione civilistica, quale l'art. 2449 c.c.

La Corte venne dunque chiamata in primo luogo a riscontrare l'eventuale sussistenza di una relazione di equivalenza tra il potere speciale di cui all'art. 2, co. 1 lett. d) d.l. n. 332/1994 ed il potere di nomina *ex art. 2449*, e a stabilire se il Comune di Milano abbia effettivamente agito *uti socius*, con normale applicazione del diritto societario, ovvero in veste di pubblica autorità.

Occorre comunque rilevare come nella fattispecie si possa dubitare della sussistenza nel caso in esame della giurisdizione del g.a. Oggetto di impugnazione è infatti la delibera consiliare del Comune di Milano, la quale rileva come atto formativo della volontà del socio pubblico. Tale delibera dunque non appare di per sé lesiva, dovendosi invece ricondurre capacità offensiva solo alla successiva modifica dello statuto sociale ad opera dell'assemblea straordinaria. Inoltre, non può sfuggire il fatto che i ricorrenti abbiano agito in qualità di soci in difesa di interessi di natura patrimoniale. Per tali osservazioni si rinvia a R. URSI, *nota a TAR Lombardia, op. cit.*, 35. Di diverso avviso il Tar Lombardia, il quale ritiene che la delibera dell'assemblea straordinaria di AEM sia meramente esecutiva della determinazione amministrativa impugnata, cui deve essere ricondotta la decisione della modifica statutaria, individuata dal Comune quale presupposto indefettibile della privatizzazione della società.

La Corte di giustizia, Sez. I, con sentenza del 6 dicembre 2007, resa nelle cause riunite C-463/04 e C-464/04 ³²⁹ ha ritenuto la disposizione dell'art. 2449 c.c. contraria ai principi di libera circolazione dei capitali sanciti dall'art. 56 del Trattato, in quanto consente allo Stato un potere di controllo sproporzionato rispetto all'entità della partecipazione nel capitale societario.

Alla base dei rilievi mossi dalla Corte si pone l'assenza di ogni limite sia di ordine quantitativo che temporale per gli amministratori di nomina diretta da parte dello Stato o dell'ente pubblico.

La disposizione codicistica, infatti, determinerebbe un'alterazione del rapporto di normale corrispondenza fra l'entità degli investimenti nell'apparato societario e il grado di influenza in concreto esercitabile ed il tutto senza che si prevedano particolari condizioni o situazioni legittimanti un tale intervento³³⁰.

³²⁹ Corte di giustizia, Sez. I, sentenza 6 dicembre 2007, causa riunite C-463/04 e C-464/04, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, p. 365 ss., con nota di E. M. BARBIERI, *L'art. 2449 comma 1 c.c. davanti alla Corte di giustizia*, p. 373-382. Nella stesso volume, v. pure i contributi di F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, p. 396-410; G. SPATTINI, «Vere» e «false» «golden shares» nella giurisprudenza comunitaria. La «deriva sostanzialista» della Corte di giustizia, ovvero il «formalismo» del principio della «natura delle cose»: il caso Volkswagen, e altro..., p. 303 ss.

³³⁰ Come si rileva nei punti 33-35 della decisione «anche se il diritto di nomina non è attribuito direttamente allo Stato o all'ente pubblico dall'art. 2449 del codice civile, ma, in applicazione di tale articolo, è necessaria una decisione dell'assemblea generale degli azionisti della società interessata, conformemente al meccanismo previsto dalla legge per la formazione della volontà dei soci, ciò non di meno siffatta circostanza non priva la disciplina di cui è causa del suo carattere restrittivo. Infatti, indipendentemente dalla questione se l'azionista pubblico disponga di per sé della maggioranza necessaria per fare inserire nello statuto della società interessata il suo diritto di nomina diretta di amministratori di quest'ultima, o se (...) può conseguire tale modifica solo con il concorso di altri azionisti, occorre constatare che è solo in forza della disciplina di cui trattasi nelle cause principali, la quale deroga al diritto societario comune, che l'azionista pubblico, a differenza di un azionista privato, può ottenere che gli sia concesso il diritto di partecipare all'attività del consiglio d'amministrazione con maggiore rilievo rispetto a quanto gli sarebbe normalmente concesso dalla sua qualità di azionista. Anche se un tale diritto di nomina, una volta inserito nello statuto, non è immutabile, dato che, in via di principio, può essere oggetto di modifica in occasione di un'ulteriore revisione dello statuto medesimo, esso tuttavia gode di una protezione relativamente intensa. L'azionista pubblico, infatti, può trarre profitto dalla garanzia di continuità di cui beneficia lo statuto di una società per azioni, in quanto per la modifica di quest'ultimo è di norma necessaria una maggioranza qualificata degli azionisti. Così, anche quando l'azionista pubblico non dispone più successivamente, da solo o con il concorso di altri azionisti, della maggioranza necessaria

Si tratta di una pronuncia che si inserisce nel solco di orientamenti giurisprudenziali ormai sempre più consolidati che tendono, in ragione dell'affermazione del principio di parità fra gli azionisti, ad affrancare il modello societario da particolari situazioni di privilegio.

La nuova formulazione dell'art. 2449 c.c., modificato nelle more della pendenza del giudizio presso la Corte di giustizia, cerca di farsi carico, almeno parzialmente, delle esigenze di compatibilità con la normativa comunitaria dettando un trattamento differenziato in ragione del ricorso o meno al capitale di rischio. Sulla base di quanto indicato al quarto comma dell'art. 2449 c.c., infatti, per le società che fanno ricorso al capitale di rischio si potrà far ricorso ai soli strumenti di cui all'art. 2346 c.c.³³¹.

Tuttavia, sulla base dei rilievi fin qui mossi dalla Corte di giustizia, difficilmente tale disposizione potrà sopravvivere ad ulteriori censure delle istituzioni comunitarie

per ottenere l'attribuzione di un diritto di nomina diretta degli amministratori, segnatamente perché, nel frattempo, ha ridotto la sua partecipazione al capitale della società interessata, esso può tuttavia continuare a godere di un tale diritto».

³³¹ L'art. 2446 c.c. stabilisce che « 1. La partecipazione sociale è rappresentata da azioni; salvo diversa disposizione di leggi speciali lo statuto può escludere l'emissione dei relativi titoli o prevedere l'utilizzazione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione. 2. Se determinato nello statuto, il valore nominale di ciascuna azione corrisponde ad una frazione del capitale sociale; tale determinazione deve riferirsi senza eccezioni a tutte le azioni emesse dalla società. 3. In mancanza di indicazione del valore nominale delle azioni, le disposizioni che ad esso si riferiscono si applicano con riguardo al loro numero in rapporto al totale delle azioni emesse. 4. A ciascun socio è assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quello del suo conferimento. Lo Statuto (3) può prevedere una diversa assegnazione delle azioni. 5. In nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale. 6. Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione».

4. La disciplina dei «poteri speciali» e problemi di compatibilità con l'ordinamento comunitario.

Come già accennato, i processi di privatizzazione intrapresi alla fine del secolo trascorso sono stati caratterizzati da un atteggiamento per molti versi ambiguo. Lo Stato, infatti, raramente si è sottratto dall'introdurre una serie di meccanismi volti ad assicurare la permanenza di un potere di direzione sulle società risultanti dal processo di privatizzazione.

Un atteggiamento del genere si è riscontrato anche in altri Paesi, tuttavia l'esperienza italiana assume dei connotati particolari in ragione dello strumento utilizzato che non sembra ascrivibile né alla «golden share» di matrice anglosassone né alle «actions spécifiques» dell'esperienza francese³³².

Il sistema italiano si incentra infatti su un sistema di «poteri speciali» attribuiti alle autorità pubbliche a prescindere dalla titolarità di un qualsivoglia pacchetto azionario, circostanza questa che sembra collidere già in astratto con i principi del diritto societario³³³.

Si tratta di un'ipotesi aggiuntiva e diversa rispetto alla disciplina dettata dall'art. 2449 c.c., in quanto pensata con riferimento a categorie societarie individuate in relazione ad un determinato ambito settoriale di operatività.

³³² Cfr. L. SALERNO, *Golden share, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2002, 671 ss.; T. BALLARINO-L. BELLODI, *La "golden share" nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 2 ss.; S. GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di libera circolazione dei capitali*, in *DUE*, 2004, 427 ss.; C. SAN MAURO, *Golden share, poteri speciali e tutela di interessi nazionali essenziali*, Roma, 2004; F. SANTONASTASO, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, III, 383 ss.; G. CAGGIANO, *Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizio di interesse economico generale*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, Suppl. n. 03/2006 "L'impresa europea di interesse generale", 1 ss.

³³³ Guido Rossi, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., ove si legge che « è certamente meno stridente uno Stato azionista, con poteri speciali attribuiti alla categoria che possiede, piuttosto che lo Stato che fa valere un assoluto, bizzarro potere d'imperio nel settore più delicato delle libertà private, economiche, civili, cioè quello del diritto societario »

La disciplina originariamente introdotta dall'art. 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474, è stata interessata da una pluralità di interventi di modifica³³⁴ volti ad adeguarne la struttura alle sopravvenute esigenze sorte in relazione al consolidamento degli orientamenti emersi in sede comunitaria, che non di rado si sono tradotti in specifiche procedure di infrazione che hanno interessato lo Stato italiano³³⁵.

Nella sua formulazione originaria il citato art. 2 l. n. 474 del 1994, prevede che possano essere inserite negli statuti delle società privatizzate, operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, clausole volte ad

³³⁴L'art. 2 (*Poteri speciali*) del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modifiche nella legge 30 luglio 1994, n. 474, "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", è stato dapprima oggetto di un intervento integrativo da parte dell'art. 66 (*Modalità di dismissione delle partecipazioni detenute dallo Stato*), III, IV e V comma, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 (legge finanziaria per il 2000) e poi dai commi 227-231 dell'art. 4 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria per il 2004), il primo dei quali ne ha integralmente sostituito il primo comma mentre gli altri ne hanno ulteriormente integrata la disciplina. Sulla disciplina è poi intervenuto l'art. 1, comma 384, legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria per il 2006, in *G.U.* del 29 dicembre 2005, n. 302, suppl. ord. n. 211), che ha abrogato (condizionatamente all'approvazione comunitaria delle misure disposte dai commi 381-3), l'art. 3 (*Altre clausole statutarie*) della legge n. 474/1994 che prevedeva la possibilità di introdurre negli statuti delle società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato di cui all'art. 2, nonché banche e imprese assicurative, limiti al possesso azionario.

Diversa è la situazione disciplinata dall'art. 3 della legge n. 474/1994, che, tuttavia, non sembra rientrare nella categoria dei «poteri speciali», sia in ragione della diversa denominazione e collocazione, sia perchè riguarda società in cui permane il controllo pubblico. Sul punto anche la Commissione nella citata *Comunicazione* del 1997 ha chiarito che, con riferimento ai problemi di coerenza con le norme dei Trattati che potrebbero sorgere sulle soglie di partecipazione al capitale da autorizzare dal pubblico potere, « non si tratta qui dei casi in cui lo Stato detenga una partecipazione di controllo» (punto 8, nt. 8). La limitazione dei diritti di voto prevista dal d.l. 25 maggio 2001, n. 192, inerente al c.d. caso EDF, assume invece dei connotati differenti. La disciplina è stata dapprima modificata con d.l. 14 maggio 2005, n. 81 e poi abrogata dall'art. 1 della legge 1° agosto 2006, n. 242 dopo l'intervenuta condanna della Corte giust. CE, per un'analisi della vicenda v. L.R. PERFETTI, *Dal rilievo della soggettività pubblica (o dell'enfasi delle privatizzazioni) alla tutela della concorrenza (o della rilevanza dei privilegi del monopolista e dei diritti dell'utente). Brevi riflessioni a partire dal caso Edison, EdF, AEM, in Servizi e appalti pubblici*, suppl. al n. 3/2006, 131-144.

³³⁵ Per un'esaustiva analisi sulla disciplina dei «poteri speciali» dalla loro conformazione originaria alle successive modifiche prodotte dalla normativa v. il contributo di G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2005, p. 197 ss., ID. «Vere» e «false» «golden shares» nella giurisprudenza comunitaria. La «deriva sostanzialista» della Corte di giustizia, ovvero il «formalismo» del principio della «natura delle cose»: il caso Volkswagen, e altro..., p. 303 ss.

attribuire al Ministero del tesoro l'esercizio di taluni poteri speciali, da esercitarsi d'intesa col Ministero dell'industria e tenendo conto degli obiettivi nazionali di politica economica e industriale.

La tecnica di selezione delle società sottoposte al regime dedicato è apparsa per molti versi singolare, in quanto l'articolo 2 prevede che le stesse, siano «individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari» tra «le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi».

Un tale procedimento di individuazione è preliminare alla predetta modifica statutaria da adottarsi mediante deliberazione dell'assemblea straordinaria e prima di ogni atto che possa determinare la perdita del controllo sulla società. Si tratta di una modifica volta all'introduzione di apposite clausole che attribuiscono al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di uno o più dei poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive (ora Ministro dello sviluppo economico).

I «poteri speciali» indicati dalla predetta normativa possono qualificarsi come poteri di gradimento, poteri di veto e poteri di nomina.

In particolare si prevedeva un gradimento «da rilasciarsi espressamente all'assunzione, da parte dei soggetti nei confronti dei quali opera il limite del possesso azionario di cui all'art. 3, di partecipazioni rilevanti, per tali intendendosi quelle che rappresentano almeno la ventesima parte del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nelle assemblee ordinarie o la percentuale minore fissata dal Ministro del tesoro con proprio decreto». Mentre un ulteriore gradimento era invece previsto

«quale condizione di validità, alla conclusione di patti o accordi di cui all'art. 10, quarto comma, della legge 18 febbraio 1992, n. 149»³³⁶.

Per quanto riguarda il potere di veto, questo, può essere esercitato in relazione «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 modifiche dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo».

E., infine, si prevedeva, come già accennato, il potere di nomina «di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore a un quarto dei membri del consiglio di amministrazione e di un sindaco».

Sebbene non espressamente menzionati nell'ambito dell'art. 2 della legge 474/1994, parte della dottrina fa discendere un ulteriore potere speciale dalla previsione dell'art. 1, comma 4, laddove questo dispone che «nel caso in cui tra i partecipanti al nucleo stabile sia presente il Ministro del tesoro, questi può riservarsi, per un periodo da indicare nel contratto di cui al terzo comma, il diritto di prelazione nel caso di cessione della partecipazione».

La fattispecie assume però dei tratti differenti rispetto ai poteri speciali elencati in precedenza, in quanto non si tratta di una clausola di gradimento derivante da una fonte formalmente pattizia e a tal fine inserita nello statuto, ma di un autonomo diritto di prelazione riconosciuto espressamente dalla legge.

L'ampiezza dei poteri descritti non hanno tardato a far emergere uno stridente contrasto con in principi comunitari. A seguito di una procedura di infrazione avviata nel dicembre del 1997 che poi ha condotto al deferimento dell'Italia con ricorso depositato il 19 febbraio 1999 da parte della Commissione, già nelle more della decisione della Corte, lo Stato italiano

³³⁶ Si tratta della disciplina volta alla regolamentazione delle OPV e delle OPA, modificata a tal fine proprio dalla legge n. 474/1994, art. 7, comma 1, lett. b), poi rivisitata integralmente per effetto dell'introduzione del d.lgs. 58/1998 (T.U.F.).

aveva inteso circoscrivere la portata dei poteri speciali con il d.P.C.M. 4 maggio 1999.

Nonostante l'espreso riferimento al rispetto del diritto comunitario, nonché, al principio di non discriminazione, alla tutela della concorrenza e, indirettamente, al principio di proporzionalità, richiamati laddove era disposto che i poteri speciali potessero essere esercitati solo per salvaguardare interessi vitali dello Stato, rispondenti a imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riguardo all'ordine pubblico, alla sanità ed alla difesa, la natura giuridica dell'atto non precluse la prosecuzione della procedura di infrazione ormai avviata.

In particolare, il d.P.C.M. 4 maggio 1999, appariva sostanzialmente assimilabile alle circolari interpretative o, comunque, a una direttiva con cui il vertice dell'esecutivo intendeva semplicemente imporre ai suoi ministri un'applicazione della l. n. 474 conforme alla disciplina comunitaria.

La capacità sanante della nuova norma, secondo la Corte di Giustizia veniva infatti pregiudicata dalla stesso rapporto di gerarchia tra le fonti in quanto «l'incompatibilità di norme nazionali con le disposizioni del Trattato, anche direttamente applicabili, può essere eliminata definitivamente soltanto mediante norme interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico delle norme da modificare»³³⁷.

³³⁷ Vedi C. giust. Ce, 19 marzo 2000, causa C-358/98, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-1255; C. giust. Ce, 26 ottobre 1995, causa C-151/94, *Commissione c. Lussemburgo*, *ivi*, I-3685.

Per introdurre nel sistema una modificazione legislativa resistente alle obiezioni comunitarie, il legislatore italiano è dovuto intervenire una seconda volta, pochi mesi dopo, emanando alcune disposizioni ad hoc contenute, questa volta sì, in una legge formale dello Stato. Mi riferisco ad alcune previsioni del tit. IV, cap. II l. 23 dicembre 1999 n. 488, legge finanziaria per l'anno 2000. In particolare, l'art. 66, rubricato « Modalità di dismissione delle partecipazioni detenute dallo Stato », ha dettato alcune indicazioni riguardo all'esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2 l. n. 474 del 1994. Quanto al suo contenuto, la legge citata pare aver ripreso le previsioni del precedente d.P.C. 4 maggio 1999, dotandole di una forza normativa maggiore, anche per via dell'espresa previsione dell'abrogazione delle disposizioni incompatibili con le nuove indicazioni.

Il quarto comma dell'art. 66 della finanziaria ha formalmente delegato ad un nuovo decreto del Presidente del Consiglio l'elencazione dei criteri per l'esercizio dei poteri speciali, così che i poteri autorizzatori potessero basarsi « su criteri obiettivi, stabili nel tempo e resi previamente pubblici ». In ottemperanza a quanto previsto dall'art. 66, è stato emanato un

Per far fronte all'evidente difetto di forma, il legislatore italiano è dovuto intervenire una seconda volta, pochi mesi dopo, emanando alcune disposizioni nell'ambito del tit. IV, cap. II della l. 23 dicembre 1999 n. 488 (legge finanziaria per l'anno 2000). In particolare, l'art. 66, rubricato «Modalità di dismissione delle partecipazioni detenute dallo Stato» ha formalmente delegato all'emissione di un nuovo decreto del Presidente del Consiglio contenente l'elencazione dei criteri per l'esercizio dei poteri speciali, così che i poteri autorizzatori potessero basarsi «su criteri obiettivi, stabili nel tempo e resi previamente pubblici ». In ottemperanza a quanto previsto dall'art. 66, è stato emanato un nuovo decreto, il d.P.C. 11 febbraio 2000, articolato, come già il precedente, in due articoli: uno contenente le finalità dei poteri speciali, l'altro i criteri del loro esercizio.

Gli sforzi del Governo italiano sono stati comunque vanificati dalla sentenza del 23 maggio 2000, resa nella causa C-58/99. Tale pronuncia ha accolto i rilievi formulati dalla Commissione che aveva già rilevato «che tali poteri, che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, devono soddisfare quattro condizioni, cioè devono applicarsi in modo non discriminatorio, devono essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale, devono essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre a quanto necessario per il raggiungimento di questo» ed è dunque pervenuta ad affermare che «poiché non risulta da nessuna parte che queste condizioni siano soddisfatte nella fattispecie e poiché questi “poteri speciali” conferiscono alle autorità italiane un potenziale potere di discriminazione che può essere utilizzato in modo arbitrario (...) [si] ritiene che tali “poteri speciali” siano incompatibili con gli artt. 52 e 73 B del Trattato»

Quindi sulla base delle risultanze della giurisprudenza comunitaria, il legislatore si è determinato a rimettere mano alla disciplina contenuta nella

nuovo decreto, il d.P.C. 11 febbraio 2000, articolato, come già il precedente, in due articoli: uno contenente le finalità dei poteri speciali, l'altro i criteri del loro esercizio.

legge n. 474/1994 con i commi 218, 227-231 della'art. 4 della legge n. 350 del 2003 (Legge finanziaria per il 2004).

Differentemente dalla precedente normativa che non aveva introdotto alcuna sensibile modifica in ordine alla struttura e al contenuto dei poteri stessi, in tale occasione sono stati ridefiniti: a) i soggetti nei confronti dei quali i poteri speciali possono trovare applicazione pur restandone facoltativa la previsione; b) l'articolazione procedimentale del processo decisionale; c) i presupposti per l'adozione delle decisioni con la conseguente imposizione di un obbligo motivazionale; d) i criteri per l'esercizio dei poteri; e) le conseguenze derivanti dalla loro introduzione e dall'esercizio delle facoltà ad essi afferenti³³⁸.

Tuttavia, si è già visto che la predetta disciplina sia stata parzialmente sanzionata dalla giurisprudenza comunitaria congiuntamente all'art. 2449 c.c.

L'ultimo capitolo della vicenda è stato recentemente segnato dall'ulteriore pronuncia della Corte di giustizia del 26 marzo 2009 resa nell'ambito della causa C-326/07.

Con tale sentenza la Corte definisce il ricorso intentato dalla Commissione Europea con riguardo all'inadempimento degli obblighi comunitari di cui l'Italia si sarebbe resa responsabile per effetto dell'art. 1, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modifiche, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474.. In particolare, a parere dell'Esecutivo comunitario, il citato art. 1, comma 2, d. P. C. M. 10 giugno 2004 contrasterebbe con gli articoli 43 e 56, TCE, nella parte in cui non definisce con sufficiente chiarezza e precisione i limiti ed i presupposti per l'esercizio dei richiamati poteri speciali attribuibili al Ministero dell'Economia e delle Finanze. Pertanto, tale contesto normativo, che ha tra

³³⁸ In termini pressoché uguali, v. SPATTINI, *Pubblici poteri dopo la privatizzazione*, cit. p. 236, a cui si rinvia per una dettagliata analisi delle differenze ed analogie sussistenti con la precedente regolamentazione della materia.

l'altro giustificato l'introduzione dei poteri speciali con riguardo a società quali ENI, Telecom Italia, Enel e Finmeccanica, non consentirebbe agli investitori di conoscere le condizioni legittimanti l'esercizio delle prerogative di diritto pubblico, così comprimendo le libertà comunitarie di stabilimento e di circolazione dei capitali.

La Corte, quindi, allineandosi ad una giurisprudenza pressoché costante, accoglie le censure mosse dalla Commissione, pur sottolineando come la previsione di poteri societari speciali (ovvero di golden share da assegnare ai soci pubblici) non contrasti ex se con il diritto comunitario, così riconoscendo la sussistenza di incomprimibili interessi pubblici che solo mediante l'esercizio di poteri prettamente gestori possono essere in concreto tutelati. Onde evitare che però di dette prerogative si faccia un uso indiscriminato e strumentale, volto a proteggere indebitamente i cosiddetti "campioni nazionali" dagli interessi di eventuali investitori stranieri, la Corte esige che le leggi interne ne aggancino l'esercizio a parametri certi, definiti e strettamente collegati, o comunque facilmente collegabili, ai valori pubblicistici che lo Stato-membro intende salvaguardare nel rispetto del principio di proporzionalità. Proprio intorno a questi profili si appuntano le principali critiche che il Giudice comunitario rivolge alla normativa italiana al fine di sancirne la contrarietà alle disposizioni del Trattato.

5. I limiti all'autonoma determinazione del modello organizzativo nei più recenti interventi normativi.

Nel corso degli ultimi anni le società di proprietà pubblica sono state investite da un fenomeno che, se rapportato al *trend* normativo che ne ha caratterizzato lo sviluppo e l'affermazione, appare alquanto insolito.

Una serie di interventi normativi stanno progressivamente disegnando un complesso di norme che dimostra una certa attitudine a porsi come disciplina di carattere generale.

A partire dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge Finanziaria per il 2007), infatti, il legislatore è più volte intervenuto individuando varie tipologie societarie da assoggettare a particolari forme di limitazione all'autonomia.

Si tratta di disposizioni che finiscono per restringere i margini di autonomia insiti nel modello societario in quanto incidono su una pluralità di aspetti che normalmente sono rimessi alla libera determinazione degli organi sociali.

Vengono infatti introdotti dei limiti al numero dei membri dell'organo amministrativo, alla possibilità di ricevere l'incarico in seno allo stesso, alla determinazione dei relativi compensi, e una serie di limitazioni aggiuntive corroborate dalla presenza di specifici di obblighi di comunicazione. Fattori, questi, variamente animati da una finalità di contenimento della spesa pubblica e da un più o meno esplicito intento di moralizzazione.

Le norme si riferiscono a singoli tipi di società, individuati di volta in volta in ragione dell'ente territoriale proprietario, dell'entità della partecipazione pubblica, dell'essere o meno quotate in borsa, secondo criteri variabili dai quali non emerge una logica complessiva.

L'insieme della normativa non è di agevole ricostruzione e presenta numerose incertezze interpretative. Tali parametri, da cui discendono delle specifiche conseguenze in termini di disciplina, sono stati generalmente considerati in modo congiunto, secondo una molteplicità di possibili combinazioni che fanno emergere l'assenza di un criterio ordinatore capace di ricondurre ad unità le varie norme.

Il quadro normativo che ne risulta è estremamente complesso e in un certo senso rispecchia le peculiarità dello strumento legislativo in cui sono state collocate le varie norme che, inserendosi nelle leggi finanziarie o in provvedimenti legislativi d'urgenza, sono state sottratte al contributo dialettico delle varie forze politiche e non hanno goduto di un appropriato

periodo di sedimentazione che potesse contribuire a disegnare un assetto dotato di una qualche sistematicità.

Si può quindi esaminare il contenuto delle singole disposizioni per riscontrare quali siano i principali profili di problematicità che si celano dietro il lodevole intento di razionalizzare l'utilizzazione dello strumento societario da parte dei pubblici poteri.

Alcune di queste, si traducono nella semplice imposizione di obblighi di comunicazione e rispondono principalmente a delle finalità di trasparenza³³⁹, altre finiscono per incidere direttamente sulla composizione e l'assetto degli organi e la retribuzione spettante ai titolari dei relativi incarichi.

Per quanto riguarda le disposizioni che incidono sulla consistenza numerica dell'organo amministrativo, queste sono essenzialmente contenute nel comma 465 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge Finanziaria per il 2007), riferito alle società partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze, e nel comma 729, riferito alle società partecipate dagli enti locali³⁴⁰.

La prima delle disposizioni indicate conferisce al Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti,

³³⁹ Rileva in tal senso il comma 44 dell'art. 3 della legge finanziaria per il 2008, sul punto v. *infra*.

³⁴⁰ In particolare il comma 465 stabilisce che « Il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti, entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, emana un atto di 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». Il comma 729 prevede invece che «729. Il numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali, non può essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore all'importo che sarà determinato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città e autonomie locali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Nelle società miste il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a cinque. Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall'entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri».

il potere di emanare un «atto di indirizzo» volto al contenimento del numero dei componenti del C.d.A.

Nell'ambito del comma 729 vengono invece stabiliti direttamente dei limiti al numero massimo degli amministratori dettando una disciplina differenziata per le società integralmente partecipate dagli enti locali, anche in via indiretta, e le società miste. In questo primo caso si stabilisce il limite di tre membri, che potrà essere innalzato a cinque nell'ipotesi in cui il capitale interamente versato raggiunga determinati importi da stabilirsi con D.P.C.M. Nella seconda ipotesi, la norma limita il numero dei soli componenti del consiglio d'amministrazione designati dai soci pubblici, fissandolo a cinque e prevedendo che tale numero debba ritenersi comprensivo di eventuali amministratori nominati dalle regioni.

Le norme finiscono quindi per dettare un trattamento differenziato in ragione del soggetto titolare delle partecipazioni azionaria: il legislatore, infatti, limita direttamente, e senza possibilità di distinzioni il numero dei componenti del C.d.A. delle società a totale partecipazione degli enti locali, mentre qualifica come eventuale la riduzione di tale numero per le società partecipate dal MEF, subordinandola ad una valutazione di opportunità dello stesso socio pubblico e di altri Ministri guidata dall'esigenza di rendere il numero dei componenti del C.d.A. coerente con l'oggetto sociale.

È possibile ritenere che la ragione del diverso trattamento, che presenta almeno qualche perplessità risieda nelle diverse dimensioni delle società di proprietà statale e ciò spiegherebbe anche perché i limiti, nel caso delle società statali, vengano estesi anche agli organi delle società a partecipazione indiretta. Va detto, per altro, che la mancata estensione alle società controllate indirettamente dagli enti locali si presta a evidenti pratiche elusive che potrebbero legarsi ad un'interpretazione letterale della norma.

Problematiche ancora più evidenti si collegano alle limitazioni alla possibilità di ricevere l'incarico di amministratore.

Il comma 734 dell'art. 1 l. n. 296/2006 (Finanziaria 2007) dispone che «non può essere nominato amministratore di un 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».

La norma introduce una nuova causa di ineleggibilità alla carica di amministratore di società che presentino una partecipazione pubblica, così da garantire che le stesse siano guidate da un *management* in grado di farsi autore di una gestione improntata ai canoni dell'efficienza e dell'economicità.

L'intervento della Finanziaria 2007 si inserisce nell'ambito della disciplina contenuta negli artt. 2382 e 2387 cod. civ., rispettivamente volti alla regolare le cause di ineleggibilità e di decadenza degli amministratori, nonché, i requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza degli stessi. Si viene così a stabilire un nuovo e più stringente requisito di professionalità in considerazione della natura pubblica delle risorse investite, la cui mancanza, analogamente a quanto previsto dall'art. 2382 c.c., verrebbe a determinare l'automatica decadenza dalla carica.

Le caratteristiche del soggetto proprietario, hanno quindi indotto il legislatore ad imporre una maggior cautela nella scelta dei soggetti da predisporre alla guida delle società che presentino una partecipazione pubblica, e per tali ragioni si è intervenuti con una norma imperativa di ordine pubblico, la cui eventuale inosservanza rende nulla la delibera assembleare adottata.

Tali considerazioni circa la *ratio* della norma e lo scopo perseguito dal legislatore, da ultimo palesato nella documentazione di chiarimento depositata presso la V Commissione della Camera dei Deputati il 17 maggio

u.s.³⁴¹, consentono di escludere che la stessa possa essere qualificata come norma sanzionatoria.

Ponendosi nell'unica prospettiva di tutela del patrimonio della società, la norma è semplicemente volta ad evitare che risorse di derivazione pubblica possano essere amministrate da soggetti che abbiano già dato prova di incapacità gestionale.

Quindi, la norma non sembra rivolgersi nei confronti degli amministratori o porre in capo agli stessi diretti obblighi di condotta. Gli unici destinatari della norma appaiono i titolari del potere di nomina degli amministratori, vale a dire l'assemblea, secondo l'ordinaria disciplina civilistica, ovvero, «*lo Stato e gli enti pubblici*», nelle limitate ipotesi in cui all'art. 2449 c.c. possa apparire ancora conforme con la normativa comunitaria.

La norma, adottando una sorta di presunzione assoluta di incapacità a gestire un'impresa, è finalizzata ad evitare che soggetti che si siano già dimostrati inadeguati alla gestione possano ricoprirla. Tuttavia non viene posta alcuna distinzione in ordine alla situazione di bilancio in cui si trovi la società o l'ente di riferimento all'atto dell'insediamento dell'amministratore e, pertanto, se interpretata letteralmente, appare indistintamente applicabile sia alle ipotesi in cui l'amministratore venga chiamato a dirigere un'impresa in floride condizioni economiche, sia ai casi in cui venga incaricato di attuare un piano di risanamento.

La formulazione della norma si presta pertanto a numerosi rilievi critici. Sulla base della stessa infatti si consente, del tutto irragionevolmente, di nominare amministratore di una società di proprietà pubblica chi, avendo assunto la gestione di un'impresa assolutamente prospera e fiorente, abbia determinato, per incapacità gestionale o addirittura in violazione dei doveri gravanti *ex art. 2392 c.c.* sull'amministratore, la riduzione progressiva degli utili, fino ad azzerarli, o addirittura la chiusura dell'ultimo, o degli ultimi

341«...la norma (...) è, in realtà diretta ad introdurre un più stringente criterio di valutazione del curriculum del candidato, da svolgersi al momento del conferimento dell'incarico».

due esercizi, in perdita, magari condannando l'impresa da lui amministrata alla decozione. Nonostante l'evidenza di una *mala gestio*, e pur potendo sussistere gli estremi di un'azione sociale di responsabilità, tale soggetto, ove si adotti un criterio esegetico di tipo strettamente letterale, potrebbe comunque essere nominato amministratore di una società a partecipazione pubblica.

Viceversa, non sarebbe (paradossalmente) nominabile chi, avendo dato prova di grande capacità gestionale, abbia assunto le redini di un'impresa in grave dissesto finanziario chiudendo in attivo gli ultimi due esercizi del proprio mandato.

In definitiva, una tale chiave di lettura finisce per sottintendere una concezione della professionalità e della responsabilità dell'amministratore non rispondente alla reale dinamica dei fenomeni economico-aziendalistici: è ormai un dato acquisito che il valore di un'impresa e di una determinata gestione aziendale non si esaurisca nelle rappresentazioni di bilancio, le quali non sono in grado di esprimere né le prospettive future dell'impresa, né il valore dell'idea imprenditoriale che ne è alla base e dalla quale dipende in gran parte l'effettiva capacità produttiva dell'impresa stessa.

Parimenti irragionevoli sarebbero, inoltre, le conseguenze sull'orientamento dell'azione degli amministratori. Prioritario diventerebbe, infatti, l'obiettivo del pareggio di bilancio, con l'effetto di compromettere la redditività futura dell'impresa sotto molteplici aspetti: verrebbe adottata una strategia gestionale confinata nel brevissimo periodo; sarebbero scoraggiate le spese di investimento, capaci di avere una ricaduta positiva sul bilancio solo nel medio – lungo periodo, mentre, viceversa, sarebbero incentivate le operazioni che consentono di conseguire immediata liquidità, anche a costo di sacrificare importanti fattori produttivi.

Le conseguenze più assurde si registrerebbero, poi, proprio dove maggiori sono le necessità di un risanamento, atteso che un manager, anche di grande capacità, sarebbe disincentivato ad assumere la guida

dell'impresa, ovvero, sarebbe costretto a confinare la propria strategia nell'ambito di un orizzonte temporale estremamente ristretto³⁴².

Nel caso di specie, l'unica interpretazione che consente di immunizzare il comma 724 da possibili rilievi di irragionevolezza dovrebbe essere quello di non assimilare fra loro situazioni che siano nettamente distinte.

Svincolando l'applicabilità della norma in questione da ogni criterio di imputabilità, si rischierebbe di far gravare in capo a un soggetto le passività che, in realtà, sono imputabili a gestioni precedenti.

Per operare una valutazione che non sia falsata dalle contingenti situazioni che di volta in volta potrebbero presentarsi, bisognerebbe rapportarsi ad una situazione "ideale" di pareggio di bilancio per poi verificare, in rapporto alla stessa, l'effettivo impatto della gestione imputabile all'amministratore. Solo così sarà possibile ricondurre a logica un sistema di valutazione della professionalità dell'amministratore che sia improntato al criterio utili - perdite.

In altri termini, l'amministratore non può essere considerato responsabile per i fatti verificatisi in altre gestioni. Infatti, se lo spirito dell'intervento normativo è quello di evitare che siano preposti alla guida della società amministratori che abbiano dato prova di *mala gestio*, affinché sia configurabile una cattiva gestione, è comunque imprescindibile e necessario che esista un danno alla società e che questo sia dovuto alla violazione di un obbligo di diligenza (Cassazione civile, sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707). Pertanto, può essere imputato all'amministratore solo il risultato economicamente sfavorevole riconducibile alla sua gestione e solo se esso risulti causalmente riconducibile alla violazione dei doveri,

³⁴² Oltre agli enunciati profili di irragionevolezza, sembrano porsi anche delle possibili frizioni con il principio di non discriminazione. Si appalesa, infatti, una chiara disparità di trattamento fra gli amministratori che assumono la guida di società che registrano utili in bilancio e quelli delle società che, al contrario, attraversano una pur temporanea fase di difficoltà.

impostigli dalla legge o dallo statuto, da adempiere con la diligenza richiesta dall'incarico e dalle sue specifiche competenze (art. 2392, co. 1 c.c.).

L'espressione "perdite di bilancio", per la stessa funzionalità della norma, non sembra potersi intendere in termini tali da comprendere anche i risultati delle gestioni precedenti. Si tratta di una concezione di "perdite" che dovrebbe assumere un valore relativo, in quanto impone di rapportarsi alla situazione di bilancio esistente all'atto dell'insediamento dell'amministratore e di verificare se in rapporto alla stessa si siano prodotti utili o perdite³⁴³.

Più numerose sono le disposizioni che fissano limiti e parametri per la determinazione dei compensi erogati dalle società.

Tra queste si collocano il comma 466, i commi 718, 725, 726 e 728 della legge finanziaria 2007³⁴⁴, a cui si aggiunge anche il comma 44 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008.

³⁴³ Del resto, tale conclusione sembra trovare un'implicita conferma nella stessa terminologia della norma. Appare infatti evidente come il legislatore riferendo le perdite di bilancio all'amministratore, anziché alla società, abbia voluto prendere in considerazione i soli risultati prodotti dallo stesso («non può essere nominato... chi ...abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi»).

³⁴⁴ Per facilità di lettura si riporta il testo delle disposizioni. Il comma 466 prevede che « A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, per il conferimento di nuovi incarichi, nelle società di cui al comma 465, i compensi degli amministratori investiti di particolari cariche, ai sensi dell'articolo 2389, terzo comma, del codice civile, non possono superare l'importo di 500.000 euro annui, a cui potrà essere aggiunta una quota variabile, non superiore al 50 per cento della retribuzione fissa, che verrà corrisposta al raggiungimento di obiettivi annuali, oggettivi e specifici. Tali importi saranno rivalutati annualmente con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, in relazione al tasso di inflazione programmato. Per comprovate ed effettive esigenze il Ministro dell'economia e delle finanze può concedere autorizzazioni in deroga. Nella regolamentazione del rapporto di amministrazione, le società non potranno inserire clausole contrattuali che, al momento della cessazione dell'incarico, prevedano per i soggetti di cui sopra benefici economici superiori ad una annualità di indennità». Il comma 718 stabilisce che « Fermo restando quanto disposto dagli articoli 60 e 63 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, l'assunzione, da parte dell'amministratore di un ente locale, della carica di componente degli organi di amministrazione di società di capitali partecipate dallo stesso ente non dà titolo alla corresponsione di alcun emolumento a carico della società». Il comma 725 stabilisce che «nelle società a totale partecipazione di comuni o province, il compenso lordo annuale, onnicomprensivo, attribuito al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione, non può essere superiore per il presidente all'80 per cento e per i componenti al 70 per cento delle indennità spettanti, rispettivamente, al sindaco e al presidente della provincia ai sensi dell'articolo 82 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Resta ferma la possibilità di prevedere indennità di risultato solo nel caso di produzione di utili e in misura ragionevole e proporzionata». Il

La prima delle norme indicate, che appare riferibile alle sole società partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze e alle rispettive controllate e collegate, incide sulla determinazione del compenso degli amministratori che, nel conferimento dei futuri incarichi, saranno investiti di particolari cariche ai sensi del terzo comma dell'art. 2389 c.c.

In luogo dell'ordinaria disciplina civilistica, che rimette la determinazione di un tale compenso allo stesso C.d.A., viene stabilito un meccanismo in base al quale i relativi importi non potranno superare la somma di 500.000 euro l'anno, somma che potrà godere di un incremento del 50% in caso di raggiungimento di obiettivi prefissati e che potrà essere ulteriormente incrementata a seguito di un'apposita autorizzazione in deroga del Ministro dell'economia e delle finanze.

Viene inoltre limitata la possibilità di introdurre clausole che, al momento della cessazione del rapporto, concedano benefici superiori ad una annualità di indennità, senza però specificare se tale annualità vada computata in ragione del limite dei 500 mila euro, o in ragione delle eventuali deroghe concesse.

Il secondo gruppo di disposizioni è pensato, invece, con riferimento alle società partecipate dagli enti substali.

comma 726 prevede che « nelle società a totale partecipazione pubblica di una pluralità di enti locali, il compenso di cui al comma 725, nella misura ivi prevista, va calcolato in percentuale della indennità spettante al rappresentante del socio pubblico con la maggiore quota di partecipazione e, in caso di parità di quote, a quella di maggiore importo tra le indennità spettanti ai rappresentanti dei soci pubblici». Il comma 727 tabilisce che «Al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione sono dovuti gli emolumenti di cui all'articolo 84 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, alle condizioni e nella misura ivi stabilite». Secondo il comma 728 «nelle società a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici o privati, i compensi di cui ai commi 725 e 726 possono essere elevati in proporzione alla partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali, nella misura di un punto percentuale ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è pari o superiore al 50 per cento del capitale, e di due punti percentuali ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è inferiore al 50 per cento del capitale». E infine, secondo il comma 730 « le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano ai principi di cui ai commi da 725 a 735 la disciplina dei compensi degli amministratori delle società da esse partecipate, e del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione di dette società. L'obbligo di cui al periodo che precede costituisce principio di coordinamento della finanza pubblica».

In particolare la prima delle disposizioni prevede che la carica di membro dell'organo di gestione di una società partecipata da un ente locale non dà diritto ad alcun emolumento a carico della società medesima a favore del soggetto che sia anche amministrazione del medesimo ente locale. Si tratta in tutta evidenza di una disciplina volta ad evitare che la scelta di esternalizzazione di una determinata attività possa in concreto veicolare intenti di moltiplicazione delle retribuzioni spettanti all'amministratore.

Il comma 725, è volto a determinare il compenso degli organi amministrativi della società. In particolare il compenso del Presidente del non potrà superare l'80% di quello del sindaco o del presidente della provincia, mentre per gli altri componenti del C.d.A. la percentuale viene abbassata al 70%. Il comma 726, disciplina stabilisce, invece, degli specifici criteri per l'eventualità in cui la società si trovi partecipata da una pluralità di enti locali.

Un aspetto problematico delle disposizioni in esame attiene alla scelta di ancorare gli eventuali incrementi retributivi alla produzione di utili, irragionevole in sé ed in rapporto a quanto disposto dal comma 466. Tale opzione appare infatti irragionevole se solo si considera che alcune società sono preposte all'esercizio di servizi pubblici (classico l'esempio del trasporto pubblico locale) strutturalmente diseconomici; ma è, allo stesso tempo, irragionevole anche rispetto a quanto previsto dal comma 466 che, più opportunamente, subordina gli incrementi retributivi al raggiungimento di "obiettivi annuali, oggettivi e specifici".

Il comma 728, che prende in considerazione le società miste tra enti locali e altri soggetti, pubblici o privati, non opera alcun riferimento all'entità della partecipazione del ente territoriale.

Nel modulare i limiti di compenso stabiliti prevede la possibilità di aumentare di derogare i criteri stabiliti dai commi 725 e 726 in ragione dell'entità della partecipazione degli enti locali stabilendo, così, un meccanismo d'incremento differenziato in ragione di quote superiori o inferiori alla soglia del 50%. Poiché la norma introduce una mera facoltà di

innalzamento dei compensi, in assenza di determinazioni ulteriori, si dovranno ritenere applicabili anche per gli amministratori e presidenti di società miste i limiti di compenso stabiliti dai commi precedenti.

Tale estensione costituisce primo aspetto problematico della disposizione in commento, sembrando poco ragionevole equiparare la disciplina del trattamento retributivo degli amministratori espressione della proprietà pubblica del capitale e di quella espressione della proprietà privata dello stesso. Se infatti nelle ipotesi descritte dai commi 725 e 726, la limitazione ai compensi può giustificarsi in ragione della natura sostanzialmente derivata della società, che, in quanto totalmente partecipata, si pone come una mera articolazione dell'ente locale di riferimento, nell'ipotesi contemplata dal comma 728 il tetto di retribuzione massima non appare ben congegnato. Sembrano infatti presentarsi le medesime problematiche che si sono riscontrate con riferimento all'ordinamento comunitario per una possibile restrizione della libertà di circolazione dei capitali.

Il comma 44 dell'art. 3 della legge Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008)³⁴⁵ che si sostituisce al comma 593 della Legge

³⁴⁵ La norma stabilisce quanto segue «Il trattamento economico onnicomprensivo di chiunque riceva a carico delle pubbliche finanze emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, agenzie, enti pubblici anche economici, enti di ricerca, università, società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate, ovvero sia titolare di incarichi o mandati di qualsiasi natura nel territorio metropolitano, non può superare quello del primo presidente della Corte di cassazione. Il limite si applica anche ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, ai presidenti e componenti di collegi e organi di governo e di controllo di società non quotate, ai dirigenti. Il limite non si applica alle attività di natura professionale e ai contratti d'opera, che non possono in alcun caso essere stipulati con chi ad altro titolo percepisce emolumenti o retribuzioni ai sensi dei precedenti periodi, aventi ad oggetto una prestazione artistica o professionale che consenta di competere sul mercato in condizioni di effettiva concorrenza. Nessun atto comportante spesa ai sensi dei precedenti periodi può ricevere attuazione, se non sia stato previamente reso noto, con l'indicazione nominativa dei destinatari e dell'ammontare del compenso, attraverso la pubblicazione sul sito web dell'amministrazione o del soggetto interessato, nonché comunicato al Governo e al Parlamento. In caso di violazione, l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita. Le disposizioni di cui al primo e al secondo periodo del presente comma non possono essere derogate se non per motivate esigenze di carattere eccezionale e per un

Finanziaria 2007, ne riproduce gran parte dei precetti, ma non risolve le principali questioni ermeneutiche che avevano caratterizzato il precedente intervento normativo.

La norma introduce un tetto massimo al compenso per i titolari di un qualsivoglia incarico conferito (tra l'altro) dalle società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa, parametrando le relative retribuzioni al compenso spettante al primo presidente della Corte di cassazione. Si tratta di una disposizione che sembra porsi come norma di chiusura in tema dei compensi e che per tale ragione ha un ambito di applicazione molto ampio.

Numerosi sono quindi i profili di problematicità che investono il complesso delle disposizioni esaminate.

Alcuni rilievi potrebbero essere mossi con riferimento alla compatibilità con l'assetto derivante dal nuovo titolo V della Costituzione. Infatti le disposizioni esaminate, la maggior parte delle volte, dettano un trattamento più stringente verso le società degli enti locali, ossia, ove minori dovrebbero essere i margini di intervento.

Sotto un altro profilo traspare invece una scarsa considerazione dei profili di compatibilità delle disposizioni civilistiche in materia di controllo societario.

periodo di tempo non superiore a tre anni, fermo restando quanto disposto dal periodo precedente. Le amministrazioni, gli enti e le società di cui al primo e secondo periodo del presente comma per i quali il limite trova applicazione sono tenuti alla preventiva comunicazione dei relativi atti alla Corte dei conti. Per le amministrazioni dello Stato possono essere autorizzate deroghe con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, nel limite massimo di 25 unità, corrispondenti alle posizioni di più elevato livello di responsabilità. Coloro che sono legati da un rapporto di lavoro con organismi pubblici anche economici ovvero con società a partecipazione pubblica o loro partecipate, collegate e controllate, e che sono al tempo stesso componenti degli organi di governo o di controllo dell'organismo o società con cui è instaurato un rapporto di lavoro, sono collocati di diritto in aspettativa senza assegni e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza. Ai fini dell'applicazione del presente comma sono computate in modo cumulativo le somme comunque erogate all'interessato a carico del medesimo o di più organismi, anche nel caso di pluralità di incarichi da uno stesso organismo conferiti nel corso dell'anno. Alla Banca d'Italia e alle altre autorità indipendenti il presente comma si applica limitatamente alle previsioni di pubblicità e trasparenza per le retribuzioni e gli emolumenti comunque superiori al limite di cui al primo periodo del presente comma.»

Molte delle disposizioni indicate fanno riferimento a delle modalità di partecipazione diretta e/o indiretta, con eventuale rilevanza delle relazioni di controllo e collegamento³⁴⁶.

Così i commi 465 e 466 della Finanziaria 2007 operano un sommario riferimento alle società controllate e collegate indicandole come destinatarie di determinati effetti giuridici.

Il parametro di riferimento per l'individuazione di tali relazioni risulta l'art. 2359 c.c. che detta la disciplina generale delle società controllate e collegate in funzione dei sottostanti concetti di «influenza dominante» ed «influenza notevole». Il generico riferimento alle società controllate non appare tra i più felici, in quanto, in virtù dell'indeterminatezza delle situazioni di controllo delineate dai nn. 2 e 3 dell'art. 2359 c.c., sembra delinearsi un sistema non accuratamente ancorato alle esigenze di certezza del diritto.

Infatti, con un richiamo indifferenziato alle ipotesi disciplinate dall'art. 2359 c.c., non si circoscrive l'operatività dei commi richiamati con riferimento alle sole situazioni, agevolmente accertabili, del c.d. controllo interno di diritto, ossia legato al raggiungimento di una maggioranza assoluta dei voti esercitabili in seno all'assemblea ordinaria. Bensì se ne estende la portata al punto da assorbire le altre ipotesi di soggezione all'«influenza dominante» altrui il cui accertamento rappresenta pur sempre una *quaestio facti* piuttosto complessa.

Nel c.d. *controllo azionario minoritario* o di fatto, sarà pur sempre necessaria un'indagine sull'eventuale dispersione del capitale azionario,

³⁴⁶La formula che viene presa in considerazione in misura prevalente è la partecipazione diretta: alle società direttamente partecipate dalle pubbliche amministrazioni si riferiscono infatti le disposizioni relative a: gli obblighi di comunicazione e pubblicità (commi 587-590, 593 secondo periodo, e 735); i limiti alla retribuzione dei soggetti incaricati di qualsivoglia incarico (comma 593); i compensi del presidente e degli amministratori delle società locali (commi 718, 725, 726, 728) o regionali (commi 725, 726, 728, estesi alle società regionali per effetto del comma 730); i limiti alla possibilità di ricoprire la carica di amministratore (comma 734). Le società controllate e collegate sono prese in considerazione esclusivamente dai commi 465 e 466 disciplinanti i limiti al numero dei componenti del C.d.A. ed il compenso degli amministratori investiti di particolari cariche, applicabili alle società non quotate partecipate dal MEF e rispettive società controllate e collegate.

ovvero, sul sistematico assenteismo di alcune categorie di soci, per verificare se il socio pubblico sia effettivamente in grado di esercitare un'influenza dominante nonostante il possesso di una partecipazione minoritaria.

Più opportuni appaiono, pertanto, i riferimenti che, anziché ancorarsi al riscontro di situazioni di controllo, abbiano preferito evocare l'esistenza di partecipazioni maggioritarie.

Tali norme, conformandosi maggiormente agli obiettivi sottesi all'intervento legislativo, evitano di far gravare prevalentemente sui privati gli effetti di limitazioni che si giustificano solo in ragione di una concreta riferibilità del capitale alla sfera finanza pubblica.

Accogliendo la medesima prospettiva garantista si dovrebbe dubitare sull'opportunità di vincolare al rispetto delle disposizioni indicate anche le società semplicemente collegate.

Sembra infatti prospettarsi un'indebita limitazione della sfera dei terzi che contrasta con il principio di proporzionalità. Le disposizioni in commento finirebbero per dispiegare una maggior efficacia proprio nei confronti di soggetti estranei alla sfera pubblica, in quanto, sulla base del terzo comma dell'art. 2359 c.c., l'«influenza notevole» necessaria per configurare un rapporto di collegamento presuppone l'esercizio in seno all'assemblea ordinaria di un quinto dei voti.

In tal modo, soggetti titolari di quattro quinti del capitale, si vedrebbero limitate nell'esercizio di molte delle prerogative connesse alla qualità di socio, per procurare un limitato ed indiretto effetto sulla finanza pubblica.

Se per le ipotesi indicate sembra, quindi, possibile affermare che il legislatore abbia allargato a dismisura i criteri per l'individuazione dei destinatari delle norme, in altri casi, sembra aver peccato per difetto.

Infatti, la scelta di fondo che connota l'intero impianto della legge finanziaria 2007 sembra essere quella di circoscrivere la portata della stragrande maggioranza delle disposizioni alle sole società pubbliche

partecipate direttamente. Gli occasionali riferimenti alle relazioni indirette riguardano, infatti, in via esclusiva gli enti locali (commi 729-730).

Un tale approccio comporta il concreto rischio di un depotenziamento dell'efficacia complessiva dell'intervento normativo, volto al contenimento della spesa pubblica e ad un uso moralmente più elevato del denaro pubblico.

La mancata indicazione delle partecipazioni indirette potrebbe, infatti, consentire delle facili elusioni del sistema, in quanto, le società che vorranno arginare o aggirare gli obblighi ed i limiti sanciti dalla Finanziaria, potrebbero costituire delle apposite *holding* a cui attribuire la titolarità del capitale delle varie società operative. In tal modo ogni singola società potrebbe agire al riparo da ogni vincolo che si produrrà in capo alla sola *holding*.

Più giustificabile, anche se non perfettamente coerente, appare invece la scelta operata in ordine al regime applicabile alle società quotate.

Ognuna delle disposizioni richiamate prevede un'esplicita esclusione di tale categoria di società dall'ambito di applicazione delle relative limitazioni.

La distinzione poggia, probabilmente, sul presupposto che tali società operino in un regime concorrenziale volendo così evitare un trattamento discriminatorio. Tuttavia, questa è solo una tendenza, una propensione, e non l'elemento caratterizzante delle società quotate. Vi sono società non quotate che operano in regime di concorrenza e vi sono società quotate, come Terna S.p.A., che operano in regime di monopolio.

L'eventuale quotazione in borsa della società è un elemento che andrebbe comunque tenuto distinto dal regime dell'attività della stessa. Il pericolo di un trattamento discriminatorio si verificherebbe soprattutto con riferimento alle società esposte alla concorrenza che potrebbero invocare uno svantaggio competitivo conseguente all'impossibilità di retribuire adeguatamente gli amministratori e quindi di poter procacciare le migliori risorse presenti sul mercato.

La distinzione fra quotate e non quotate risponde sicuramente ad una maggior cautela nei confronti delle società soggette ad azionariato diffuso. Tuttavia, un tale parametro non sempre è ragionevolmente adottato quando si tratta di introdurre norme impositive di vincoli alla spesa, che incidono evidentemente sull'attività della società e possono avere dei riflessi in termini di svantaggi competitivi.

Al di là di tali rilievi, non può comunque mancarsi di sottolineare che alla tendenza avviata dalle leggi finanziarie per il 2007 e per il 2008 si stia progressivamente conformando anche la successiva normativa volta alla regolamentazione delle società a partecipazione pubblica.

Infatti, anche il decreto legge del 25 giugno 2008 n. 112 (c.d. decreto mille proroghe) sembra aver abbracciato una tale ottica: sia la normativa inerente alla responsabilità amministrativa che quella afferente al reclutamento del personale fanno esplicito riferimento alle società quotate per escluderne l'applicazione.

Sulla questione della responsabilità amministrativa e dei problemi derivanti dalla regolamentazione contenuta nell'art. 16-*bis* del d.l. n. 112/08 si tornerà in seguito. Per quanto riguarda invece la disciplina relativa al reclutamento delle società pubbliche, il legislatore nell'ambito dell'art. 18 del medesimo decreto ha previsto che «le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, 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 n. 165 del 2001». Mentre per «le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo» si prevede che queste adottino, «con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità». Per effetto del terzo comma di tale articolo, inoltre, «le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati».

Nonostante i profili di incongruenza che vi si possono riscontrare, l'assetto complessivo della normativa appena descritta, appare sintomatico di una certa insofferenza verso gli abusi che si collegano all'utilizzo del modello societario che, non di rado, è stato utilizzato in ragione della connessa capacità di eludere la disciplina pubblicistica.

In altri termini, si sta verificando quell'«effetto paradosso», già riscontrato dalla dottrina nell'analisi degli effetti delle privatizzazioni, che vede le società per azioni in mano pubblica sottoposte a regimi più stringenti di quelli previsti per gli enti pubblici³⁴⁷.

6. Il «controllo analogo» negli affidamenti in house e la sua compatibilità con il modello della società per azioni.

Nonostante l'ampia mole di contributi giurisprudenziali che hanno accompagnato l'evoluzione dell'*in house providing*, solo in tempi relativamente recenti si è posta una specifica attenzione con riferimento ai profili di compatibilità di una tale soluzione organizzativa con il modello della società per azioni³⁴⁸.

³⁴⁷ Parla espressamente di «effetto paradosso», tra gli altri, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., p. 314, rilevando emblematicamente che «quando gli enti originariamente pubblici e recentemente sottoposti a privatizzazione erano disciplinati dall'ordinamento come enti pubblici economici, gestori diretti di impresa o di partecipazioni pubbliche, non si dubitava, in linea di massima, che le attività esercitate nell'ambito della cd. Capacità di diritto privato fossero sottratte al modello di diritto amministrativo. Ora, viceversa, che tali soggetti sono costituiti in forma di società per azioni, alle attività contrattuali e a quelle di diretto esercizio del servizio pubblico conferito su concessione legale o amministrativa la giurisprudenza applica in toto il regime pubblicistico». L'orientamento della giurisprudenza e del legislatore si è oggi spinto oltre. Oltre alle disposizioni esaminate, anche le evoluzioni sul tema della responsabilità amministrativa stanno procedendo ad una pubblicizzazione forzata dei modelli organizzativi privatistici. Sul punto v. *infra*.

³⁴⁸ La genesi del fenomeno viene normalmente ricondotta agli auspici di chiarificazione formulati in risposta al Libro verde del 1996 (*Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione*) sicché il primo riferimento ufficiale al concetto di «appalti in house» si rinviene nell'ambito del Libro bianco, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, COM (98) 143 def., 1 marzo 1998, pt. 2.1.3, p. 11, nota n. 10, nel quale la Commissione, nell'intento di fornire delle delucidazioni sulle numerose questioni interpretative sollevate, li ha definiti come «quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad

Si tratta di un fenomeno che viene normalmente fatto risalire alla ricostruzione operata dalla Corte di giustizia nell'ambito della nota vicenda *Teckal* ove si è affermato che le direttive in materia di appalti pubblici non dovranno trovare applicazione con riferimento alle fattispecie di acquisizione di beni o servizi da parte di un ente locale, “nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un *controllo analogo* a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”.

La cumulativa ricorrenza di tali parametri verrebbe così a delimitare un'importante eccezione al regime comunitario ordinario degli appalti pubblici fissando “due presupposti in presenza dei quali una procedura di acquisizione di beni o servizi sfugge all'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici”³⁴⁹.

Pur non potendosi affrontare in questa sede le ampie problematiche che afferiscono al fenomeno, comunque puntualmente analizzate dalla

esempio tra amministrazione centrale e locale, o ancora, tra un'amministrazione ed una società da essa interamente controllata». La complessità della questione ha assolto un efficace ruolo deterrente alla sua definizione. In tal senso appare sintomatica proprio l'opera della stessa Commissione che, nella pur successiva *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12 aprile 2000, 2000/C 121 02, in *G.U.C.E.*, 29 aprile 2000, non sembra celare il carattere remissivo del proprio intervento, in quanto, limitandosi a prendere atto della sua problematicità, ha preferito optare per un rinvio recettizio ai contributi, anche futuri, della Corte di giustizia (cfr. art. 2.4). Ancorché una prima analisi sia rinvenibile nell'ambito delle conclusioni che gli avvocati generali hanno presentato con riferimento ai casi Corte di giustizia, 10 novembre 1998, *BHI Holding BV c. G. Arnhem e G. Rheden*, C-306/96, in *Racc.*, p. I-5923, e Corte di giustizia, 9 settembre 1999, *RI. SAN. s.r.l. c. Comune di Ischia*, C-108/98, in *Racc.*, p. I-5219, il vero *leading case* della questione trova il suo naturale referente nella vicenda *Teckal*. (Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, *Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*, C-107/1998, in *Urb. App.*, 2000, p. 227 e ss.) Sul punto, v. pure l'analisi di D. CASALINI, *Organismo di diritto pubblico e produzione in house*, cit. p. 103 ss. e p. 251 ss., che evidenzia come un primo riferimento normativo alla produzione *in house*, quale tecnica contrapposta al *contracting out*, fosse già prevista per le autorità pubbliche indicate nei *Local Government Act* del 1988 e del 1992 del Regno Unito.

³⁴⁹ Nell'ottica di un'opera ricognitiva sul fenomeno, in tali termini si è espresso l'avvocato generale C. Stix-Hackl, nel pt. 52 delle *Conclusioni* presentate il 23 settembre 2004, nella causa C-26/03 *Stadt Halle / RPL Recyclingpark Lochau GmbH*, disponibili sul sito www.europa.eu.int.

dottrina³⁵⁰, si possono comunque ricordare le tappe fondamentali del percorso intrapreso dalle istituzioni comunitarie per poi verificare come questo si rapporta al modello delle società per azioni³⁵¹.

Come noto la maggior parte dei problemi sono sorti con riferimento alla delimitazione del requisito del c.d. controllo analogo che presuppone l'esistenza di un rapporto di ingerenza dell'ente controllante su quello controllato particolarmente invasivo.

Le difficoltà in concreto riscontrate per definire con sufficiente chiarezza il requisito del «controllo analogo» hanno infatti comportato una serie di interventi chiarificatori della giurisprudenza comunitaria che a più riprese si è adoperata per conferire un minimo di certezza ad una nozione che presentava molti punti di ambivalenza.

³⁵⁰ Nonostante si tratti di un fenomeno abbastanza recente, le problematiche legate all'*in house providing* sono state oggetto di una produzione dottrina decisamente abbondante. A mero titolo esemplificativo v. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 495 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 1461 ss.; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., p. 84 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 9 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 915 ss.; C. M. SARACINO, *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubbl. e app.*, 2005, p. 631 ss.; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, n. 2/2005; R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, p. 34 ss.; F. GUALTIERI, *Società miste e in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, p. 468 ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento in house*, cit., 133 e segg.; A. MASSERA, *L'"in house providing": una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 849; S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro Amm.*, 2004, 1136; C. LACAVA, *In house providing e tutela della concorrenza*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, 844; M. DUGATO, G. PIPERATA, *La gestione dei servizi pubblici per mezzo di società holding*, *Riv. trim. app.*, 2001, pp. 312 ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento in house alla luce della giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 133 ss.

³⁵¹ Oltre alla già citata sentenza *Teckal*, si vedano le sentenze della Corte di Giustizia: 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*; 10 novembre 2005, causa C-29/04, *MoD.Ling*; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo Spa*; 19 aprile 2007, causa C-295/2005, *Asemfo*; 17 luglio 2008, causa C-371/05, *Commissione c. Repubblica italiana (ASI s.p.a.)*; 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*, rinvenibili da ultimo in www.amministrativamente.it.

Così nell'ambito della sentenza della Corte di Giustizia CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, si è affermato che “la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società” alla quale partecipi anche un'amministrazione aggiudicatrice, “esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi”.

A supporto di questa affermazione, la Corte ha rilevato che, mentre il rapporto tra un'autorità pubblica ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, “per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente”.

La necessaria considerazione degli interessi privati sottesi all'investimento azionario preclude quindi la possibilità dell'esercizio di un potere di condizionamento sull'operato della società che possa essere considerato «analogo» al controllo esercitato sui propri servizi.

Ancora più significativa per i fini che maggiormente rilevano in questa sede è la pronuncia della relativa al caso *Parking Brixen*³⁵² ove si

³⁵²La vicenda era abbastanza articolata. Il Comune di Bressanone aveva affidato in concessione alla ASM Bressanone s.p.a., società interamente pubblica derivante dalla trasformazione, ex art. 115 del T.U.E.L., dell'azienda speciale Servizi Municipalizzati di Bressanone (già dotata di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale), la gestione di due aree da adibire a parcheggio a pagamento. La società P.B.G., in quanto operatrice del settore, si opponeva all'affidamento, sostenendo che il Comune avrebbe dovuto procedere mediante pubblico appalto, anziché ricorrere alla concessione e di conseguenza, ne chiede l'annullamento al giudice della causa principale. Il Comune, da parte sua, eccepisce che, trattandosi di concessione *in house* di servizio pubblico locale, non vi è necessità di porre in essere le procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria in materia di appalti. In relazione a quest'ultimo punto, il giudice *a quo* constata che la trasformazione dell'azienda in società ha comportato un manifesto incremento di autonomia a favore di quest'ultima. L'ambito di attività della ASM Bressanone s.p.a. è stato infatti considerevolmente ampliato rispetto a quello della Servizi Municipalizzati Bressanone, dal momento che può compiere attività in ambito locale, nazionale e internazionale, mentre l'attività dell'azienda speciale era limitata al territorio dell'ente locale di riferimento. Inoltre, mentre la Servizi Municipalizzati Bressanone era subordinata al controllo diretto e all'influenza del Consiglio comunale, viceversa, nel caso della “nuova” società, il controllo da parte del comune è limitato alla libertà d'azione di cui gode, ai sensi del diritto societario, la maggioranza dei soci. Nello Statuto della ASM Bressanone s.p.a., si prescrive, inoltre, che “al Consiglio di Amministrazione spettano i più ampi poteri per l'ordinaria amministrazione della società, con facoltà di compiere tutti gli atti ritenuti opportuni o

opera di un diretto riferimento alle caratteristiche del modello organizzativo della società per azioni e della conseguente “vocazione commerciale che rende precario il controllo” analogo.

Più in particolare il percorso operato dalla Corte di giustizia si snoda attraverso argomentazioni che investono la natura del modello societario adottato, l'estensione dell'oggetto sociale e la previsione statutaria di futura apertura del capitale azionario a terzi, per poi soffermarsi in modo più approfondito sui poteri conferiti al consiglio di amministrazione.

La portata innovativa dell'approccio offerto in tale sede si lega , infatti, alla constatazione che neppure la partecipazione pubblica totalitaria garantisce che una società per azioni possa per ciò solo considerarsi *in house*³⁵³, essendo necessario, piuttosto, che quest'ultima conservi la dimensione di ente strumentale assoggettato alle direttive dell'ente pubblico di controllo, cosa che non si verifica quando il Consiglio di amministrazione, ancorché composto da soggetti nominati dall'ente pubblico dispone, per previsione statutaria, di forme di autonomia molto ampie

necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale”; che “Salvo preventiva autorizzazione da parte dell'Assemblea, il Consiglio di Amministrazione non potrà rilasciare garanzie eccedenti il limite di 5 milioni di euro”; che “la quota di partecipazione al capitale sociale di appartenenza del comune di Bressanone non potrà mai essere inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie”; che, infine, “il comune (...) ha facoltà di nominare la maggioranza dei componenti del Consiglio di amministrazione della società”. Su queste basi, il *Verwaltungsgericht*, sezione autonoma per la Provincia di Bolzano, pone al giudice comunitario le seguenti questioni pregiudiziali: 1) se nel caso di attribuzione della gestione di parcheggi a pagamento, oggetto della materia controversa, si tratti di un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE ovvero di una concessione di servizio pubblico, nei cui confronti si applicano le regole sulla concorrenza della Comunità europea, in particolare gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza; 2) se – qualora si dovesse effettivamente trattare di una concessione di pubblico servizio – l'affidamento diretto disposto dal comune in favore di una società dallo stesso partecipata in misura del 100% del capitale azionario, ma il cui C.d'A. dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione entro un valore di 5.000.000 di Euro per affare, sia compatibile coi principi comunitari in materia di libera prestazione dei servizi, parità di trattamento e divieto di discriminazioni.

³⁵³ La Corte ha, così facendo, implicitamente disatteso le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 1 marzo 2005, la quale aveva invece attribuito importanza decisiva, ai fini della sussistenza del controllo analogo, al dato della designazione degli amministratori della società da parte dell'ente pubblico socio.

Alla base di tale affermazione risultano considerazioni afferenti al modello organizzativo prescelto: alla lett. *a*) del punto 67, della decisione si colloca tra gli elementi che rendono precario il controllo sull'ente concessionario la *natura* di società per azioni propria di quest'ultimo, acquisita in seguito alla trasformazione dell'azienda speciale.

Secondo parte della dottrina³⁵⁴, la pronuncia in questione dimostrerebbe che la società di capitali come disciplinata dal nostro ordinamento nazionale, lungi dal configurarsi come mera veste formale, abbia in realtà caratteristiche sostanziali, prima fra tutte il necessario scopo lucrativo, tali da impedirne la piena identificabilità con l'ente pubblico socio. Vi sarebbe, in altri termini, incompatibilità sotto il profilo teleologico tra società di capitali (anche interamente in mano pubblica) e *in house providing*.

In effetti, al di là di tali considerazioni, le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria in ordine alla sussistenza del requisito del "controllo analogo" pongono delicate questioni di compatibilità tra la disciplina dell'ordinamento societario nazionale e l'*in house providing*.

L'affermazione secondo cui il Consiglio di Amministrazione della società *in house* non deve disporre di ampia autonomia rispetto all'ente rappresentato in assemblea contrasta in modo piuttosto evidente con l'evoluzione della disciplina verso un modello di società per azioni nel quale si è accentuata la separazione tra proprietà (partecipazione al capitale) e gestione societaria³⁵⁵.

Come già visto con riferimento all'evoluzione del modello societario, l'art. 2380 *-bis* c.c., introdotto dalla riforma realizzata con il D.Lgs del 17 gennaio 2003, n. 6, afferma che «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni

³⁵⁴ F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1915 ss

³⁵⁵ V. R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 79.

necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»³⁵⁶. Conformemente con tale impostazione, l'art. 2364 c.c., dedicato alle competenze dell'assemblea ordinaria, è stato modificato nella parte in cui faceva riferimento alla possibilità che tale organo deliberasse «sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori»³⁵⁷. Come è stato già visto, infatti, non è più consentito agli amministratori di sottoporre a deliberazioni dell'assemblea atti di gestione a loro scelta.

Privata di qualsiasi competenza di carattere gestionale, l'assemblea dispone solo dei poteri attinenti alla scelta degli amministratori e dei sindaci, alla revoca, all'approvazione del bilancio, e alle decisioni in ordine alla liquidazione dell'impresa.

Si tratta di una specificazione dei poteri che, come visto, trova applicazione indipendentemente dal modello di *governance* adottato: sia l'art. 2409*novies* sia l'art. 2409*septiesdecies*, infatti, riproducono, rispettivamente per il sistema dualistico³⁵⁸ e per il sistema monistico³⁵⁹, disposizioni di contenuto identico all'art. 2380*bis*.

³⁵⁶ Il precedente art. 2380, equipollente dell'attuale art. 2380*bis*, non conteneva alcuna statuizione di questo genere, ma si limitava a stabilire che l'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci. Ciò è previsto, oggi, dal co. 2 dello stesso art. 2380*bis*.

³⁵⁷ R. URSI, *Le società per la gestione sei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 202, spiega come, in passato, la formula contenuta nell'art. 2364, co. 1, n. 4) c.c., consentiva di tradurre nell'ambito della vita societaria gli "indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza", previsti tra gli atti fondamentali del Consiglio dell'Ente Locale dall'art. 42, co. 2, lett. g) del D.Lgs. n. 267/2000, nel quale era confluita la corrispondente norma dettata nell'art. 32 della legge n. 142/1990. Si aveva, in sostanza, una linea di sviluppo delle strategie che partiva dall'organo assembleare del Comune o della Provincia, veniva ad essere trasposta nelle strategie della società partecipata dagli atti di "gestione" dell'assemblea societaria, e quindi tradotta in misure concrete. Il problema attuale, allora, è dovuto al fatto che pur essendo rimasta la disposizione del T.U.E.L., tuttavia non vi sono più previsioni normative, nel diritto societario, che consentano la trasfusione "immediata" delle valutazioni di strategia dell'Ente locale azionista nelle società partecipate.

³⁵⁸ Questo è caratterizzato dal fatto che l'assemblea dei soci nomina un consiglio di sorveglianza (cui competono funzioni di controllo e funzioni che nel sistema tradizionale spettano all'assemblea, come ad esempio l'approvazione del bilancio) il quale nomina un consiglio di gestione (cui compete l'amministrazione).

³⁵⁹ Questo, diffuso in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, vede l'assemblea dei soci nominare un consiglio di amministrazione (cui compete la gestione) che costituisce al suo interno un comitato per il controllo sulla gestione. La peculiarità di tale modello risiede

Il ricorso ai modelli di *governance* alternativi può, semmai, enfatizzare il ridimensionamento dei poteri dell'assemblea. Le competenze dell'assemblea nel modello dualistico appaiono infatti ulteriormente ridimensionate, essendo in parte conferite all'organo di controllo rappresentato dal consiglio di sorveglianza. Così, ad esempio, spetta a quest'ultimo, e non all'assemblea stessa, il potere di nomina degli amministratori³⁶⁰.

La portata delle disposizioni inerenti ai rapporti tra l'organo amministrativo e l'organo assembleare sul fenomeno dell'*in house* è legata al carattere inderogabile o meno che queste possono assumere.

Se l'autonomia statutaria potesse mettere in discussione l'assetto dei poteri delineato a livello legislativo, conferendo all'assemblea il potere di impartire direttive finalizzate ad influire sulla gestione della società, il problema della compatibilità del requisito del "controllo analogo" con l'ordinamento societario non sussisterebbe. Viceversa, disconoscendo una tale potenzialità all'autonomia statutaria, si dovrebbero ricercare altrove soluzioni idonee a legittimare, in capo all'ente pubblico di controllo, la titolarità dei penetranti poteri di indirizzo sulla gestione dell'ente *in house* richiesti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Come già visto, considerazioni di ordine sistematico depongono per l'inderogabilità dell'assetto delle competenze. Può essere utile, in tal senso, anche un confronto con la disciplina riservata alla società a responsabilità limitata.

Analizzando, infatti, l'art. 2479 c.c. dedicato alle s.r.l. si può riscontrare di come tale disposizione, al contrario degli artt. 2380*bis* e 2364, configuri in termini alquanto flessibili il rapporto tra l'amministrazione e la proprietà della struttura societaria. È previsto, in particolare, che i soci

dunque nella circostanza per cui l'organo di controllo non è separato dall'organo di gestione.

³⁶⁰ Come si può leggere nella relazione al D.Lgs. n. 6/2003, il modello dualistico, realizzando la dissociazione tra proprietà dei soci e poteri degli organi sociali, è "particolarmente adatto a società in cui la gestione è affidata a *managers* autonomi e con poche interferenze dei soci".

decidano sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché su qualsiasi argomento che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione. L'art. 2476, comma 7, stabilisce inoltre che sono solidalmente responsabili con gli amministratori i soci che hanno «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi». E ancora, l'art. 2468, co. 3, contempla la possibilità che ad alcuni soci siano attribuiti “particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società”.

Le disposizioni riportate testimoniano che quando il legislatore ha voluto conferire ai soci non amministratori il potere di interferire con la gestione della società, lo ha fatto senza lasciare spazio a dubbi. L'autonomia statutaria che caratterizza le s.r.l. in ordine all'allocazione delle funzioni amministrative tra i suoi organi non sembra circoscritta da margini significativi.

È di tutta evidenza, dunque, che la rigida separazione delle competenze operata con riferimento alla s.p.a. dev'essere interpretata come il chiaro segnale dell'indisponibilità statutaria al compimento di scelte allocative delle funzioni di segno diverso³⁶¹.

Ciò spiega perché, a seguito del riscontro da più parti operato dell'inconciliabilità del modello della s.p.a. con l'organizzazione *in house*³⁶², si sia sempre più frequentemente fatto ricorso al più duttile strumento della s.r.l.³⁶³.

³⁶¹ Secondo G. FERRI, *op. cit.*, 341, “nella società per azioni (...) alla rigidità della ripartizione di competenze non può logicamente non corrispondere una rigidità dei modelli organizzativi. Con la conseguenza che l'obiettivo di riconoscere spazio all'autonomia privata può essere essenzialmente perseguito offrendo ad essa la scelta tra una pluralità di modelli predefiniti dal legislatore: ciò appunto avviene ora nel nostro ordinamento, il quale (...) consente di scegliere tra i tre diversi sistemi rappresentati da quello *tradizionale*, *dualistico* e *monistico*”.

³⁶² G. PIPERATA, , *L'affidamento in house alla luce della giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, cit., 2006, p. 144. In giurisprudenza, v. Consiglio di Stato, 30 agosto 2006, n. 5072 conclude per l'assenza del requisito del controllo analogo in un'ipotesi in cui gli amministratori erano chiamati a gestire autonomamente le attività societarie senza che il comune possedesse alcun potere di intervento di carattere gestionale.

³⁶³

7. L'eventuale controllo sulla gestione finanziaria ex l. 259/1958

La problematica attinente alla sottoposizione o meno delle società di proprietà pubblica al controllo della Corte dei conti trova un naturale referente nella sentenza della Corte Costituzionale n. 466/1993 (c.d. sentenza Cheli)³⁶⁴, ove, in sede di risoluzione di un conflitto di attribuzione tra Corte dei conti e Governo, si è affermato il permanere del controllo ex art. 12 l. n. 259/1958 sulla gestione finanziaria di IRI S.p.A., ENI S.p.A., INA S.p.A. ed ENEL S.p.A., società per azioni risultanti dalla privatizzazione formale dei preesistenti enti pubblici economici, realizzata dal d.l. n. 333 n. 1992 convertito, con modificazioni, nella l. n. 359/1992.

L'importanza della pronuncia in questione deriva dal particolare contesto storico in cui si inserisce in cui erano pressoché isolate le voci della dottrina che propendevano per una qualificazione in termini pubblicistici delle società risultanti dal processo di privatizzazione³⁶⁵. La Corte costituzionale ha ritenuto che il mutamento della sola veste formale non è sufficiente ad escludere il controllo della Corte dei conti di cui all'art. 12 della legge 259/1958 se a questo non faccia seguito un'effettiva dismissione della maggioranza delle partecipazioni tale da sottrarne la gestione finanziaria alla disponibilità dello Stato.

³⁶⁴ Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur. Cost.*, 1993, 3829, con note di A. CERRI, *La "mano pubblica" e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto* e C. PINELLI, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*. Tra le prime significative pronunce del giudice amministrativo cfr. Cons. St., VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Foro It.*, 1999, III, 178, con nota di S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale?* e in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 159, con nota di A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale"*; Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998, 1478, in *Foro It.*, 1999, III, 178, con nota di R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lg. 80/98)*; Cons. St., VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro It.*, 2002, III, 423 ss., con nota di I. PAOLA, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*.

³⁶⁵ V. Sul punto le considerazioni formulate da G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit.

Le società suddette infatti presentavano numerosi profili di specialità rispetto al regime ordinario che consentivano di operarne una qualificazione in termini pubblicistici.

La pronuncia in questione ha rappresentato la base giuridica per estendere il controllo a soggetti che, al di là dell'adozione di una formula organizzativa di stampo privatistico, presentavano un'essenza di tipo pubblicistico.

Le società attualmente sottoposte al controllo sono circa trenta, fanno tutte riferimento ad un azionariato statale e sono interessate da entrambe le tipologie di controllo disciplinate dalla legge 21 marzo 1958 n. 259 e, dunque, sia dal controllo cartolare, di cui all'art. 2, che dal controllo concomitante, previsto dall'art. 12³⁶⁶ anche se la formula prevalente è quest'ultima in quanto solo un modico numero di società è sottoposta al controllo di cui all'art. 2³⁶⁷.

Tuttavia, il procedimento per la sottoposizione al controllo delle nuove società pubbliche continua ad articolarsi secondo gli schemi ordinari e, pertanto, ove questo non sia appositamente previsto dalla legge istitutiva, si necessita sempre di un apposito decreto di sottoposizione al controllo. Nonostante la Corte dei conti ritenga sussistere in capo alla stessa un autonomo potere di attivare in via diretta l'assoggettamento a controllo, allo stato attuale non si registra nessun caso in sia effettivamente avvenuto³⁶⁸.

366 Come già visto, al controllo *ex art. 2* sono sottoposti gli enti, non ulteriormente qualificati, che con carattere di periodicità ricevano dalla p.a. contributi da oltre un biennio, ovvero, quelli cui sia continuativamente attribuito un potere impositivo. Di contro, al controllo disciplinato dall'art. 12 sono sottoposti solo ed esclusivamente gli "*enti pubblici*" che ricevano dallo Stato una contribuzione in termini di "*apporto al capitale*" o di "*concessione di una garanzia finanziaria*". L'elemento unificante delle due forme di controllo è rappresentato dalla finalità cui esso è teso, coincidente con lo svolgimento di un'attività di referto diretta al Parlamento e strumentale all'esercizio delle funzioni di indirizzo e vigilanza a questo spettanti.

³⁶⁷ Risultano sottoposte al controllo *ex art. 2* solo Rete ferroviaria S.p.A., R.A.I. – Radiotelevisione italiana S.p.A. e Tirrenia navigazione S.p.A.

³⁶⁸ Sul punto, v. la Determinazione n. 2/2005, ove si legge "che non è preclusa l'attivazione diretta – da parte di questa Sezione – del controllo sugli enti rientranti nelle specifiche previsioni dell'art. 12 della legge n. 259/1958, poiché detta norma non formula alcuna indicazione circa il procedimento della loro individuazione, allorché la contribuzione si configura come apporto al patrimonio"

Diversamente, è possibile rinvenire una pluralità di determinazioni della Corte dei conti ove si accerta la permanenza del controllo stesso nonostante la mutata veste giuridica del soggetto che vi era originariamente sottoposto. Nell'ambito di tali vicende non viene attivato il controllo su entità istituite *ex novo*, ma si afferma la necessità di una sua prosecuzione, in ragione del rapporto di derivazione, più o meno diretta, delle singole società dagli enti pubblici privatizzati dal d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 359.

Sono state così sottoposte al controllo la CONSAP S.p.A. (derivata dalla scissione parziale dall'I.N.A. S.p.A),³⁶⁹ la CONSIP S.p.A. (società costituita dalla CONSAP S.p.A. ed originariamente da questa integralmente partecipata)³⁷⁰, GRTN S.p.A. (società costituita dall'ENEL S.p.A. e a questa succeduta)³⁷¹, SOGIN S.p.A. (società costituita dall'ENEL S.p.A. e a

³⁶⁹ In riferimento a tale società la Determinazione n. 16/1995 ha rilevato che il controllo già spettante alla Corte sulle attività e funzioni d'interesse pubblico di cui la società scissa era precedentemente investita, "continua ad esercitarsi nelle medesime modalità, anche dopo la concentrazione delle stesse nella nuova società CONSAP S.p.A. di cui costituiscono l'oggetto sociale".

³⁷⁰ A seguito dell'integrale trasferimento del pacchetto azionario di CONSIP S.p.A., da parte della CONSAP S.p.A. al Ministero del Tesoro (ora M.E.F.), la Sezione competente, con determinazione n. 6/2002 ha stabilito la permanenza del controllo "sulle funzioni e attività di interesse pubblico prima svolte dalla CONSAP S.p.A. attraverso la partecipata CONSIP S.p.A ed ora dalla medesima CONSIP S.p.A, nella sua autonoma configurazione e nell'innovato assetto proprietario".

³⁷¹ La società, che era originariamente succeduta nella titolarità e nelle funzioni di "gestore della rete" prima spettanti all'ENEL S.p.A., è stata da questa costituita sulla base dell'art. 3 del D.lg. n. 79/1999, che ha disposto, tra l'altro, l'assegnazione a titolo gratuito delle azioni della suddetta società al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (ora M.E.F.). Pertanto, nella Determinazione n. 18/2000, la Corte ha rilevato che il controllo "sulle predette attività e funzioni continui - con le stesse modalità - anche dopo la loro separazione dalle attività e funzioni facenti capo all'ENEL S.p.A."

questa succeduta)³⁷² e FINTECNA S.p.A (società fusa mediante incorporazione con l'I.R.I. S.p.A.)³⁷³.

La mancata adozione degli appositi D.P.R. di assoggettamento con riferimento alle società istituite ex novo ha comunque comportato una certa reazione da parte della Corte dei conti.

Nell'ambito della Determinazione n. 4/2006, la Sezione controllo enti della Corte dei conti, seguendo un percorso già intrapreso nelle precedenti determinazioni di programma³⁷⁴ ha rilevato che “per effetto dell'incompleta adozione dei decreti governativi di assoggettamento, restano ancora sottratte al controllo ed al conseguente referto al Parlamento, numerose gestioni sovvenzionate dallo Stato e, in particolare, importanti imprese pubbliche”.

La Corte ha più volte sollecitato il Governo ai fini di una “compiuta ed aggiornata ricognizione di tutte le gestioni sottoposte e da sottoporre al controllo, affinché esso sia esteso e venga confermato, per quelle di rilevante impatto sulle finanze pubbliche”³⁷⁵. Allo stato attuale tuttavia non risulta che a tale richiesta di intervento sia stata data alcuna risposta.

Conseguentemente, in armonia con quanto suggerito dallo stesso Governo nella lettera del 4 marzo 1995 (prot. 1.1.27/16281), la Sezione

³⁷² La società che è succeduta nella titolarità delle funzioni di smaltimento delle centrali elettronucleari dimesse prima spettanti all'ENEL S.p.A. è stata da questa istituita in attuazione dell'art. 13 del D.lg. n. 79/1999 che ha disposto, analogamente a quanto previsto per GRTN S.p.A., l'assegnazione gratuita delle azioni della suddetta società in capo al Ministero dell'economia e delle finanze. Pertanto, anche in tale ipotesi, la Corte, con Determinazione n. 5/2002 ha rilevato che il controllo “sulle predette attività e funzioni continui – con le stesse modalità – anche dopo la loro separazione dalle attività e funzioni facenti capo all'ENEL S.p.A.”

³⁷³ Secondo quanto affermato nella Determinazione n. 2/2003 sussiste il presupposto dell'apporto statale al patrimonio, in quanto, “all'esito della fusione, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha sostituito la propria partecipazione al capitale dell'I.R.I. S.p.A. con la partecipazione, pari al 100%, del capitale della FINTECNA S.p.A.”.

³⁷⁴ Sul punto, v. determinazioni n. 14/2001; n. 65/2001; n. 77/2002; n. 6/2004; n. 2/2005

³⁷⁵ Una specifica attenzione al tema delle società per azioni di proprietà pubblica è dedicata nella stessa Determinazione n. 4/2006, ove si avverte che: “E' in corso l'istruttoria per l'identificazione di ulteriori gestioni e riveste maggiore urgenza l'adozione dei richiesti decreti da parte della Presidenza del Consiglio ed il previo sollecito esercizio del poterdovere di proposta, spettante ai Dicasteri vigilanti o titolari dei diritti di azionista e quindi, principalmente, al Ministero dell'economia e delle finanze, per le società in mano pubblica”.

controllo enti, negli ultimi tre anni, ha proceduto a segnalare diverse gestioni finanziarie da assoggettare a controllo.

Rinvenuta “la fattispecie tipizzata dell’apporto statale al patrimonio” e, di conseguenza, il presupposto per l’attivazione del controllo di cui all’art. 12 della l. 259/1958, la Corte ha pertanto ritenuto di dover sollecitare l’adozione dei relativi D.P.C.M. per un cospicuo numero di società non ottenendo sempre i risultati attesi³⁷⁶.

Allo stato attuale permangono numerose anomalie nel controllo della Corte. A mero titolo esemplificativo si possono citare le opposte esperienze di Patrimonio dello Stato S.p.A. e dell’Istituto dell’Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.A.

Per quest’ultima, nonostante la presenza di un capitale pubblico in posizione assolutamente minoritaria e la modesta entità dei contribuiti a carico dello Stato, continua a permanere il controllo nella forma di cui all’art. 12. Mentre per Patrimonio dello Stato S.p.A., l’assoggettamento a

³⁷⁶ Così, nel periodo compreso tra il 2003 e il 2004 ha sollecitato l’emissione dei decreti di assoggettamento per SOGEI S.p.A.: la ricorrenza dei presupposti per l’attivazione del controllo è stata individuata con la Determinazione n. 23/2003, ove si è rilevato che “attraverso l’acquisizione della SOGEI S.p.A., un’attività di carattere tecnico-strumentale di interesse fondamentale per l’amministrazione statale – già gestita in regime di concessione – si è venuta ad oggettivare in un particolare ente gestore, appositamente costituito ed il cui capitale è interamente detenuto dallo Stato”, ed in particolare “dal Ministero dell’Economia e delle Finanze”; Sviluppo Italia S.p.A.: la Determinazione n. 49/2003 suggerisce l’attivazione del controllo sul presupposto della “partecipazione totalitaria al capitale da parte del Ministero dell’economia e delle finanze”. Sul punto, è possibile rinvenire ulteriori sollecitazioni anche nell’ambito delle Determinazioni di programma n. 2/2005 e n. 4/2006 ove, per altro, si fa espresso riferimento al “crescente arcipelago delle sue partecipate”; Italia Lavoro S.p.A.: per tale società la Determinazione n. 50/2003 richiede l’adozione del D.P.C.M. in ragione del fatto che “il relativo capitale è integralmente detenuto dallo Stato”; SIMEST S.p.A.: per tale società la Determinazione n. 51/2003 ha richiesto l’adozione del D.P.C.M. in virtù del rilevato “vincolo di partecipazione maggioritaria dello Stato”; CIRA s. c. p. a.: La Determinazione n. 27/2004 sollecita la formalizzazione del controllo sulla base del ricorrere di tre elementi, considerati come integranti i presupposti per l’assoggettamento a controllo. Si tratta della “riserva di capitale in favore dello Stato o di altri enti pubblici in misura non inferiore al 52%” della “prevalente derivazione pubblica degli organi di amministrazione e di controllo”, ed infine “di contribuzioni pubbliche, sia nella forma di finanziamento periodico, sia in quella dell’apporto al patrimonio in capitale”. La risposta è stata puntuale solo con riferimento la SOGEI S.p.A. per la quale è stato adottato il D.P.C.M. 19 giugno 2003, con cui è stata sottoposta al controllo *ex art.* 12 della l. n. 259/1958, mentre per le altre gestioni si è dovuto attendere molto più tempo. V. ad esempio il caso di CIRA – Centro Ricerche Aerospaziali S.C.p.A il cui decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è stato adottato solo in data 7 febbraio 2007.

controllo non è stato esplicitamente previsto da alcun D.P.R., pertanto, la società è rimasta priva del controllo fino ad epoca recente non si è operato alcun controllo fino ad epoca recente. Verso la fine del 2006 il Ministero del tesoro ha provveduto al trasferimento della totalità delle azioni originariamente possedute in Patrimonio dello Stato S.p.A. a Fintecna S.p.A. e, conseguentemente, è stato esercitato in via mediata, per effetto del controllo esercitato su Fintecna S.p.A., solo a partire da tale data il controllo. Nonostante la marcata caratterizzazione in senso pubblicistico, la società è rimasta del tutto svincolata dalle forme di controllo di cui alla legge 259/1958 per tutte le gestioni precedenti³⁷⁷.

8. L'evoluzione della responsabilità amministrativa sulle società per azioni pubbliche tra giurisprudenza e recenti interventi legislativi.

L'analisi delle problematiche connesse all'applicazione dell'istituto della responsabilità amministrativa alle società pubbliche rappresenta uno dei settori che, soprattutto negli ultimi tempi, ha attirato le maggiori attenzioni della dottrina³⁷⁸.

³⁷⁷ Il trasferimento si realizzò a titolo gratuito con decreto del Direttore Generale del Tesoro del 16 novembre 2006 e prima di tale momento la totalità del capitale azionario era direttamente detenuto dal Ministero. Per quanto riguarda i tratti da cui si può evincere la caratterizzazione in senso pubblicistico della predetta società, basti rilevare che è stata direttamente costituita da un'apposita disposizione di legge (art. 7 d.l. n. 63/2002, convertito con modificazioni nella legge n. 112/2002), la quale determina tipo sociale, denominazione, oggetto, entità del capitale e composizione della compagine societaria. La destinazione funzionale della società consiste nella valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato, nel rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici. Ai sensi del comma 3 dell'art. 7 la totalità del capitale azionario era attribuita al Ministro dell'economia e delle finanze prevedendosi però la possibilità di alienazione delle azioni, ma solo in favore di società per azioni delle quali il M.E.F. detenesse, direttamente o indirettamente, l'intero capitale azionario. La società appartiene alle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, individuate dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, co. 5, della legge 30 dicembre 2004, n. 311

³⁷⁸ La tematica è stata oggetto di un recente studio da parte del Gruppo di lavoro *ASTRID*, diretto da L.TORCHIA, *La responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, del 6 ottobre 2008, il cui *Papel* provvisorio, disponibile su www.astrid-online.it, è stato redatto da M. MACCHIA. La bibliografia sul punto è comunque vastissima, fra i molti, v. G. ROSSI, *Le società di proprietà pubblica. Controlli*

In seguito all'emersione dell'orientamento giurisprudenziale avviato con l'ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667 in materia di enti pubblici economici, la responsabilità amministrativa ha subito un significativo ampliamento dei suoi orizzonti iniziali.

Nell'affermare la responsabilità amministrativa di un funzionario di fatto di un ente pubblico economico per un danno prodotto nei confronti del medesimo ente, le Sezioni Unite tracciano un nuovo *discrimen* tra le due giurisdizioni: non più la natura dell'attività svolta (imprenditoriale o meno), bensì la natura (pubblica o privata) delle risorse impiegate, e degli scopi con esse perseguiti³⁷⁹.

In tale decisione si rinviene in nuce una nuova configurazione della giurisdizione contabile, poi esplicitata nelle successive pronunce, in termini

e responsabilità, in *Serv.pubb. app.*, 2006, II, p. 185 ss.; MERUSI F., *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, *Dir. Amm.*, 2006, 1 ss.; L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, *Serv. Pubbl. e App.*, 2006, 224 CARDI E., *Le società di proprietà pubblica. Riflessione sulle problematiche emergenti*, *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 237 ss.; DOMENICHELLI V., *Responsabilità amministrative giurisdizione (le confuse linee di confine tra le giurisdizioni, Diritto e società*, 2003;); SORACE D., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, *Dir. Amm.*, 2006, 249 ss.; F. LOMBARDO, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato : l'influenza della normativa comunitaria*, *Foro Amm.- C.d.S.*, 2005, 629 e segg.; A. MIMMO, *Le responsabilità di amministratori e funzionari nelle aziende pubbliche trasformate in s.p.a.*, *Le società*, 2002, 306 e segg.; C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, *Rass. giur. en. el.*, 2004, 507 e segg. L. VENTURINI, *Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, *Riv. C. Conti*, 2001, pp. 294 ss.

³⁷⁹ Secondo l'orientamento tradizionale, formatosi a partire dall'ordinanza delle medesime sezioni unite 2 marzo 1982, n. 1282, la giurisdizione della Corte dei conti veniva esclusa in relazione agli enti pubblici economici in considerazione del carattere imprenditoriale dell'attività da loro svolta, fatta salva l'ipotesi di esercizio di poteri autoritativi. Il presupposto di tale scelta esegetica era rappresentato dall'assunto di una sostanziale incompatibilità tra regole di contabilità pubblica ed attività d'impresa: "la categoria degli enti pubblici economici è, infatti, sorta proprio per la necessità di realizzare un tipo di organizzazione più idoneo allo svolgimento di attività d'impresa, svincolata dalle regole troppo rigide della contabilità pubblica e sottoposta a forme più appropriate di controllo, e per rendere possibile il conseguimento di utili attraverso la partecipazione alla vita degli affari, di regola in regime di concorrenza con gli imprenditori privati del settore". Sul punto, v. *supra*, ove il problema viene affrontato con riferimento agli enti pubblici economici.

di giurisdizione esclusiva sul danno pubblico, sussistente in ogni caso di cattiva gestione di risorse finanziarie della collettività, indipendentemente dal fatto che tali risorse siano gestite secondo schemi di tipo pubblicistico o privatistico (oramai assunte come neutrali), ed indipendentemente dal titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta.

Il riconoscimento della soggezione degli amministratori di società pubbliche all'azione di responsabilità erariale rappresenta la naturale applicazione di questa mutata ricostruzione della giurisdizione contabile.

In questo caso la sostanza pubblica, ossia la proprietà pubblica del capitale sociale, opera come causa di attrazione delle figure soggettive in esame nell'ambito della giurisdizione contabile, in quanto il capitale sociale non rileva come patrimonio della società, bensì per la sua connessione con la finanza pubblica, mentre l'organizzazione societaria viene considerata del tutto irrilevante, *pura forma*³⁸⁰.

Non stupisce dunque che nell'ordinanza 26 febbraio 2004, n. 3899 sia stata dichiarata la sottoposizione alla giurisdizione contabile degli amministratori di una società a partecipazione comunale pressochè totalitaria, incaricata della gestione di un pubblico servizio. Pur ammettendosi che nell'ipotesi esaminata sarebbero stati sufficienti i tradizionali criteri d'individuazione del rapporto di servizio³⁸¹, si rinvia *per*

³⁸⁰Evidenti i legami di tale visione rispetto al processo di privatizzazione, al sempre più frequente affidamento a soggetti privati di compiti propri della sfera pubblica, ad una nozione allargata di pubblica amministrazione fondata sull'elemento finalistico, alla neutralizzazione dello schema societario ed allo sviluppo di discipline a carattere misto.

³⁸¹In particolare si rileva che «fermo il carattere pubblico del servizio relativo all'impianto e all'esercizio di mercati annonari all'ingrosso di Milano, anche escludendo che la Sogemi s.p.a. agisse come *longa manus* del Comune e quindi in una situazione di compenetrazione organica, non può certamente negarsi che tra la suddetta società e l'ente territoriale si fosse stabilito un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo. Rapporto di servizio che, per costante giurisprudenza, implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione (ex plurimis, Cass., Ss. Uu., 22 gennaio 2002, n. 715)».

relationem all'iter argomentativo seguito nell'ambito dell'ordinanza n. 19677/2003.

L'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni unite ha trovato esplicite adesioni anche in numerose pronunce della Corte dei conti³⁸² ove il criterio della provenienza delle risorse utilizzate ha costituito la base delle argomentazioni attinenti al riscontro di tale forma di responsabilità.

Normalmente si riscontra un passaggio «dalla responsabilità amministrativa dei soli amministratori e dipendenti pubblici per il danno patrimoniale da essi determinato alle finanze dell'amministrazione di appartenenza in relazione alla violazione di obblighi di servizio, alla "responsabilità finanziaria", intesa come una generale forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze, in cui possono incorrere tutti i soggetti che abbiano maneggio o che utilizzino pubbliche risorse e che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione delle risorse pubbliche»³⁸³

La giurisprudenza ha quindi accolto un tale orientamento ritenendo che l'estensione della responsabilità amministrativa agli amministratori di società a partecipazione pubblica, si fonda quindi essenzialmente sul principio per cui l'utilizzo di risorse pubbliche, indipendentemente dallo strumento pubblico o privato al quale si ricorre, costituisce il presupposto

³⁸² Tra le più significative, vanno menzionate Corte dei conti, sez. giur. Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67 e Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, ord. 9 febbraio 2005, n. 32. In particolare, nella prima, la Corte dei conti ha affermato la propria giurisdizione per il giudizio nei confronti dei dipendenti della "Società Abruzzese per il Servizio Idrico", ovvero di una società per azioni con dotazione di capitale pubblico derivante dalla trasformazione di un precedente Consorzio. Nella seconda, si è ritenuto sussistere il regime della responsabilità amministrativa nei confronti dei dipendenti di Enel Power, società interamente partecipata da Enel S.p.A. Sul punto, Cfr. anche Corte dei conti, sez. giur. Veneto, 194/04 Corte dei conti, sez. giur. Marche, n. 1137/04; Corte dei conti, sez. giur. Veneto n. 67/2006, in www.corteconti.it.

³⁸³ Corte dei Conti, sez. giurisd. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114. Singolare la ricostruzione operata dalla Corte dei Conti, sez. giur. Friuli Venezia Giulia, n. 656 del 2007 ove la sussistenza della responsabilità amministrativa si collega alla natura di organismo di diritto pubblico, confondendo così il piano operativo delle categorie.

necessario e sufficiente a legittimare la giurisdizione della Corte dei Conti³⁸⁴.

Nonostante in numerosi rilievi critici sollevati dalla dottrina in merito all'estensione della responsabilità amministrativa con riferimento alle società pubblica, l'orientamento della giurisprudenza non sembra destinato a mutare.

I profili di maggiore perplessità sono stati sollevati con riferimento alla compatibilità del nuovo sistema di responsabilità con il principio di legalità e con i principi dell'ordinamento comunitario.

Per quanto riguarda la prima delle questioni indicate i dubbi sono sorti con riferimento all'assenza nell'ambito dell'ordinamento di una norma che preveda la possibile estensione della giurisdizione contabile in favore di soggetti che assumono una forma privatistica in virtù di un'apposita scelta del legislatore che non è accompagnata da alcuna valutazione in ordine al regime di responsabilità.

Secondo l'orientamento della Corte Costituzionale³⁸⁵ la giurisdizione della Corte dei conti ha carattere tendenziale e necessita per potersi esplicare della c.d. *interpositio legislatoris*: l'apporto della giurisprudenza non sarebbe legato alla necessità di colmare alcuna lacuna dell'ordinamento, in quanto il regime civilistico appositamente dettato per il modello societario dispone di specifici strumenti per l'attivazione dei necessari meccanismi risarcitori³⁸⁶.

³⁸⁴ Così, v. pure Cass., sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886.

³⁸⁵ *Ex multis* Corte Cost., sent. n. 24/1993 e n. 327/1998.

³⁸⁶ Cfr. L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 228, la quale evidenzia ulteriori limiti alla legittimità di una deroga in via giurisprudenziale alla giurisdizione generale della autorità giudiziaria ordinaria, in considerazione delle caratteristiche del proprio del processo contabile, quali, per citare solo le principali, l'impari posizione delle parti e la possibilità di ricorrere in Cassazione solo per motivi attinenti alla giurisdizione, con conseguente sottrazione di tali controversie alla funzione nomofilattica della stessa. In senso conforme anche G. BARZAZI, *La giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, IV, p. 534. L'Autore dubita della compatibilità costituzionale di questo nuovo indirizzo interpretativo della Suprema Corte, prospettandone profili di contrasto sia con l'art. 3 che con l'art. 25 Cost., in quanto la previsione della responsabilità erariale degli amministratori delle società pubbliche finisce per differenziare il trattamento di società e

Altre perplessità sono legate alla dubbia compatibilità fra il regime della responsabilità amministrativa e l'attività di impresa. Costituisce un dato indiscutibile il fatto che l'attività di impresa possa essere svolta indifferentemente da un soggetto privato e da un soggetto pubblico, con l'effetto che essa ha caratteri suoi propri, rispetto ai quali la qualificazione dell'imprenditore è del tutto irrilevante: quello dell'impresa è un diritto comune a privati e pubblici operatori³⁸⁷.

Tale identità di disciplina, cui consegue la neutralità dell'assetto proprietario dell'impresa, è d'altronde un fattore che condiziona lo sviluppo di mercati effettivamente concorrenziali. Pertanto, in considerazione dell'irrelevanza della qualificazione dell'imprenditore, se è vero che la proprietà pubblica dell'impresa non può comportare vantaggi competitivi, allo stesso modo non può tradursi in svantaggi, specie se l'impresa pubblica si confronta in un mercato di dimensione europea.

Proprio in uno svantaggio può tradursi la soggezione delle scelte di gestione al sindacato della Corte dei conti, in quanto l'attività di impresa mal si presta ad essere valutata secondo le regole della contabilità pubblica³⁸⁸. Un sistema tanto complesso e tanto gravoso per il funzionamento della società pubblica-impresa, come quello della responsabilità amministrativa finisce così per produrre il risultato di vanificare le ragioni della trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni: dotare l'impresa pubblica di una struttura organizzativa che le consenta di

amministratori in funzione della composizione del capitale e realizza contemporaneamente una sottrazione della relativa lite al giudice naturale precostituito per legge.

³⁸⁷ Cfr. L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica*, op. cit., 229.

³⁸⁸ Il profilo caratterizzante l'attività di impresa è quello del rischio, ossia dell'intrinseca imponderabilità delle scelte: le decisioni che vanno prese nella gestione di un'attività di impresa si basano su una serie indefinita di variabili che possono essere anche non del tutto verificabili e oggettivizzabili. Ne deriva che la responsabilità per il compimento di scelte inerenti ad un'attività di impresa può essere solo una responsabilità di risultato, valutabile con i criteri della responsabilità di gestione e non anche con quelli della responsabilità amministrativa. Cfr. G. ROSSI, *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 193.

competere in modo più agevole con le imprese private in un contesto di mercato sempre più aperto³⁸⁹.

Si rintraccia in sostanza nella nuova giurisprudenza di cassazione un'insufficiente considerazione della profonda eterogeneità rinvenibile nelle società pubbliche. Di contro, un'adeguata valutazione di tale diversità consentirebbe di mettere in evidenza ipotesi di un uso improprio, ora di istituti privatistici (come la stessa società, che risulta schema organizzativo inidoneo per quegli enti che esercitano pubbliche funzioni), ma anche di istituti pubblicistici, quali la responsabilità amministrativa, riferibile con difficoltà a quei soggetti (enti pubblici economici e società pubbliche) che appunto esercitano un'attività di impresa³⁹⁰.

Le maggiori perplessità vengono però collegate ai profili di compatibilità con l'ordinamento comunitario. Per effetto della responsabilità amministrativa si viene infatti ad innestare un insolita sovrapposizione di meccanismi risarcitori che potrebbero determinare sia un pregiudizio concorrenziale delle società pubbliche, che un'eventuale discriminazione per i soci non pubblici che vi partecipano al capitale.

Il regime speciale di responsabilità si va infatti ad affiancare alla disciplina civilistica che sancisce delle specifiche responsabilità degli amministratori nei confronti della stessa società, dei singoli soci e dei creditori sociali.

La commistione di queste due forme di responsabilità genera inoltre un assetto che presenta notevoli problemi in relazione ai diversi presupposti su cui si fondano. La responsabilità civile infatti si basa sulla c.d. *business judgement rule*, che implica una valutazione di razionalità *ex ante*, mentre,

³⁸⁹ Cfr. G. CORSO, P. SAVONA, *Le società di proprietà pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 193. D'altronde, la scelta consacrata nel 1956 di staccare le partecipazioni statali dalla proprietà diretta in capo allo Stato si giustificava proprio con il fine di evitare l'applicabilità alle partecipazioni stesse delle regole della contabilità, ritenute inidonee ad una loro gestione secondo i canoni imprenditoriali. Cfr. G. BARAZZI, *La giurisdizione della Corte dei conti*, *op. cit.*, 537.

³⁹⁰ Cfr. G. ROSSI, *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, *cit.*, p. 191.

all'opposto, la responsabilità amministrativa presuppone un sistema di valutazione che si esplica necessariamente *ex post*³⁹¹.

La previsione di un regime di responsabilità aggiuntivo finisce quindi per tradursi nell'imposizione di oneri organizzativi aggiuntivi legati ad un procedimento di controllo funzionale al rispetto dell'obbligo di denuncia al procuratore contabile.

Ulteriori profili di frizione derivano dall'alterazione del rapporto con gli eventuali soci privati, in quanto, si è sostenuto che il socio pubblico sarebbe destinatario di un canale privilegiato per l'attivazione dei meccanismi risarcitori di cui non possono disporre gli altri soci.

Tutti i fattori enunciati sono stati indicati in ragione del possibile contrasto con la libertà di circolazione dei capitali (art. 56 CE) e con il diritto di stabilimento (art. 43 CE). Tuttavia, la giurisprudenza che ha affrontato materie affini ha riscontrato che i profili di incompatibilità con l'ordinamento comunitario finiscono per ridursi ad una possibile restrizione della libertà di circolazione dei capitali, che costituisce una preconditione per l'esplicarsi della libertà di cui all'art. 43 del Trattato.

Sulla falsa riga dei principi già elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di *golden share* si potrebbe infatti sostenere che gli azionisti pubblici godono di uno strumento che va al di là dei loro investimenti e che finisce per ridurre l'influenza del socio privato in ragione dell'effetto deterrente connesso all'obbligatorietà dell'azione del p.m. contabile³⁹².

³⁹¹ Così, il *Papel* di ASTRID, *La responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 17.

³⁹² Sul punto v. ancora il *Papel* di ASTRID, cit., p. 23-24 ove si rileva che occorre comunque verificare «(i) se sussistano ragioni imperative di interesse generale che giustificano una tale deroga al diritto societario comune e (ii) se le misure nazionali adottate per far fronte a tale supposto interesse siano adeguate e necessarie allo scopo». Per quanto riguarda la prima condizione, si rileva che «non è possibile fondare tale deroga sul generico interesse al buon uso delle risorse pubbliche, poiché la Corte di giustizia ha da tempo escluso che tra i motivi di interesse generale, validamente invocabili per limitare una libertà economica fondamentale, si possano includere generiche ragioni economico-finanziarie». Pur ammettendo che un tale interesse pubblico sia idoneo a giustificare la sovrapposizione dei titoli di responsabilità, si ritiene che «resterebbe da provare la necessità e l'adeguatezza delle misure che questo regime speciale comporta, ossia bisogna dimostrare

Probabilmente animato dalle medesime preoccupazioni sollevate dalla dottrina, il legislatore si è quindi premurato di circoscrivere l'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa ove maggiori erano apparsi i profili di frizione con l'ordinamento comunitario.

L'art. 16 *bis* della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria (c.d. decreto *Milleproroghe*) ha chiarito che per «*le 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*»: (i) «*la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile*»; (ii) «*le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario*»; (iii) tali disposizioni «*non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore*» della legge di conversione.

Si tratta di un atteggiamento che, come già visto, soprattutto negli ultimi tempi sta caratterizzando l'approccio riservato dal legislatore al cospetto delle società quotate che, nelle ipotesi in cui non godano di una partecipazione pubblica maggioritaria, vengono sempre più spesso assimilate a quelle ordinarie.

che non esistono altri istituti, di carattere meno restrittivo, in grado di assicurare tale interesse, tra quelli offerti dal diritto comune. Orbene, l'esistenza di un completo sistema di garanzie a tutela degli interessi della società e di quelli dei singoli soci sembra rendere ardua una tale dimostrazione, anche in considerazione del fatto che, nella gran parte delle società partecipate, gli enti pubblici detengono la maggioranza delle azioni o, quantomeno, quote tali da consentire l'esercizio autonomo di un'azione di responsabilità. Se, inoltre, si aggiunge che la sovrapposizione delle forme di responsabilità, come dimostrato da autorevoli commentatori, comporta un pregiudizio al corretto funzionamento degli istituti civilistici, l'adeguatezza del regime derogatorio appare ancora meno sostenibile». Pur rilevando che «l'azione di responsabilità erariale ha spesso rappresentato una forma (impropria) di supplenza al mancato utilizzo degli strumenti di diritto civile, da un punto di vista storico», si conclude considerando che tali ragioni sarebbero difficilmente invocabili «per escludere che il regime derogatorio sulla responsabilità rappresenti un'indebita restrizione ai movimenti dei capitali e, perciò, una violazione delle libertà economiche sancite dai Trattati comunitari».

Tuttavia, escludendo la giurisdizione contabile per le società quotate con una partecipazione pubblica inferiore al 50%, la disciplina in parola finisce per confermare, seppur implicitamente, la responsabilità amministrativa per tutte le ipotesi che trovano un'esplicita riconducibilità nell'ambito di previsione di cui al medesimo art. 16-*bis*.

In altri termini, ponendosi come una sorta di eccezione ad una regola mai formulata per le vie legislative, la norma in parola finisce per legittimare e rafforzare l'orientamento giurisprudenziale in materia, chiudendo così la strada ad ogni possibile ripensamento.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Sulla pretesa neutralità del modello societario. Profili di incongruenza derivanti dall'adozione delle s.p.a. per finalità pubbliche.

Ogni soluzione organizzativa comporta delle ricadute in termini di dosaggio degli interessi³⁹³. Il rapporto tra interessi e organizzazione non è asettico o sterile, ma refluisce sulla consistenza dei due elementi che si vengono così ad integrare vicendevolmente.

Per effetto di questo processo osmotico, l'interesse risulta condizionato dall'apparato organizzativo e dalle dinamiche relazionali che è in grado di generare. E tali relazioni sistemiche consentono di apprezzare le differenze proprie di ogni modello organizzativo, nonché il grado di condizionamento che si riflette sull'interesse rappresentato.

Alcune di queste sono immanenti al modello organizzativo prescelto e si articolano come relazioni di carattere meramente interno. Si tratta di strumenti prevalentemente volti ad assicurare una ripartizione delle funzioni fra i vari organi dell'ente, o comunque dettati dall'esigenza di salvaguardare la funzionalità della stessa organizzazione.

Dal canto suo, il tessuto relazionale che si instaura con i titolari dell'interesse mediato dall'apparato organizzativo appare ancora più significativo. In tal caso, infatti, le relazioni sono espressive di una posizione di dominio che si estrinseca principalmente attraverso dei poteri di nomina degli organi apicali dell'ente.

A queste relazioni se ne aggiungono altre che si articolano in controlli esterni tendenzialmente imposti in ragione della compresenza di un interesse esterno alla funzionalità del modello, ovvero, di ulteriori interessi qualificati dalla normativa che li disciplina.

³⁹³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, p. 117.

Si tratta di relazioni che risentono del processo storico di affermazione del modello e le cui caratteristiche essenziali sono apprezzabili soprattutto in ragione del diverso rapporto che si instaura con la norma.

Nel caso degli enti pubblici e, segnatamente, degli enti pubblici collettivi, si registra un'interazione fra un fenomeno sociale e il dato normativo che opera prevalentemente in funzione di riconoscimento di un preesistente fenomeno. In tal modo, si instaura un rapporto simbiotico per cui l'organizzazione legittimata dalla norma tenderà a rispecchiare le modalità con cui l'interesse si è già affermato nella realtà sostanziale mediante le sue forme di aggregazione spontanea. Per tutte le tipologie di enti pubblici, sia pure in maniera diversa, il modello organizzativo assicura delle forme di raccordo tra la soggettività dell'ente e le finalità pubbliche cui deve assolvere.

Nelle società per azioni, l'interposizione del legislatore assume, invece, dei connotati differenti e per molti versi predominanti. L'intervento normativo è volto alla predisposizione di un specifico modello organizzativo che viene posto nella disponibilità di gruppi sociali indifferenziati con delle caratteristiche già predeterminate. In altri termini, il corpo sociale nasce necessariamente dopo l'opera di legittimazione operata in astratto dalla norma e si dovrà plasmare su una struttura rispetto alla quale non sussistono significativi margini di alterazione. Si tratta di caratteristiche correlate al processo genetico dell'istituto che è il frutto di un'operazione legislativa volta ad assicurare l'autonomia patrimoniale dei soci e l'impossibilità di ogni assimilazione fra la soggettività di quest'ultimi e la personalità della società stessa.

Queste differenze spiegano come le formule organizzative assunte dagli enti pubblici siano difficilmente sussumibili nell'ambito di un unico modello strutturale, in quanto ognuno di questi si è sviluppato in funzione di interessi specifici e sulla base della diversa consistenza assunta dai fenomeni sociali che si erano precedentemente affermati.

Nel caso della società per azioni, la formale tipizzazione dell'interesse e il suo sostanziale appiattimento sui profili che assumono una consistenza prettamente patrimoniale determina, invece, un'uniformità del modello organizzativo, sia pure con alcune varianti predeterminate dalla norma.

La consistenza del rapporto esistente fra norma e fenomeno sociale ha indotto la prevalente dottrina a ritenere che lo strumento societario sia un modello sostanzialmente neutro, idoneo ad essere asservito alla cura dei più svariati interessi.

I tratti di uniformità e stabilità che contraddistinguono la formula societaria, in ragione della sua portata universale, hanno finito per relegare in una posizione marginale il riferimento al fine della distribuzione degli utili sancito dall'art. 2247 c.c., ed il modello è stato progressivamente apprezzato proprio per le sue caratteristiche organizzative.

All'affermazione dell'inessenzialità dello scopo di lucro al modello societario non sembra, tuttavia, potersi collegare un'assoluta neutralizzazione del modello. Nessun modello organizzativo può considerarsi effettivamente neutro e soprattutto non è neutro il modello societario.

La premessa logica della presente analisi è costituita dalla non occasionalità del rapporto fra interessi e organizzazione che, se valida in termini generali, deve necessariamente trovare riscontro anche con riferimento alle società aventi connotati pubblici.

Del resto, anche all'interno della stessa società per azioni sono presenti tre modelli di *governance* che comportano una diversa articolazione delle funzioni degli organi nei limiti dell'autonomia statutaria riconosciuta dalla legge.

L'affermazione della neutralità dello schema societario deve essere colta in chiave storica.

Nell'intento di trasporre la maggior efficienza delle soluzioni organizzative private nell'ambito della pubblica amministrazione, si era riscontrato un sempre più crescente ricorso allo strumento societario. Il

contributo offerto dalla dottrina per superare il disposto dell'art. 2247 c.c. va dunque letto come una forma di legittimazione postuma ad eventi che si erano già da tempo consolidati.

Così, l'affermazione della neutralità dello schema societario può essere apprezzata nella constatazione della potenzialità di questo ad essere asservito a finalità pubbliche.

Depurata l'analisi dalle sovrastrutture teoriche e ideologiche che necessitavano di offrire una copertura dogmatica all'utilizzazione del modello per finalità diverse da quelle puramente speculative, il dibattito sul tema sembra assumere dei connotati differenti fino a legittimare un ripensamento, quantomeno in chiave dubitativa, sulla proficuità di determinate scelte.

Una volta che il processo di affermazione di tale modello organizzativo si è pienamente consolidato anche per il settore pubblico, e non appare più concretamente dubitabile la legittimità di una tale scelta organizzativa, sembrano aprirsi nuove prospettive di indagine.

Per quanto si ritenga irrilevante lo scopo di lucro, il modello societario, come ogni modello organizzativo, finisce per influire sul rapporto esistente con i sottostanti interessi.

Il processo osmotico che si realizza fra interesse e organizzazione rischia, così, di condizionare il modo di sviluppo, di affermazione ed evoluzione dell'interesse per effetto della diversa articolazione delle trame organizzative e delle specifiche modalità in cui assumono rilievo i relativi interessi.

Le diverse relazioni si svilupperanno sulla base di un predefinito iter legislativo, per cui l'organizzazione assumerà il carattere di una «invariante», mentre sarà l'altro elemento del rapporto, ossia l'interesse a subire i maggiori condizionamenti e ad adattarsi alle caratteristiche del modello.

Se tale situazione, per il privato non comporta delle conseguenze distorsive in ragione del carattere puramente strumentale che assolve

l'organizzazione rispetto al fine di lucro perseguito, diverso è il discorso per il pubblico.

L'interesse pubblico sarà mediato da quella particolare struttura organizzativa e troverà affermazione secondo gli strumenti societari, attraverso tutti i filtri pensati in ragione delle finalità tipiche della società.

Anche a voler ridurre la portata prescrittiva dell'art. 2247 c.c., che, peraltro, non è stato intaccato neanche dai più recenti interventi normativi, è innegabile che il modello societario si sia sviluppato su una base ideologica imprenditoriale e, conseguentemente, si sia conformato alle logiche economiche che animano l'intero apparato organizzativo.

L'interesse, rapportandosi a quest'organizzazione finisce quindi per piegarsi alle logiche sottese dal modello, comportando una progressiva erosione degli elementi che non siano riconducibili a valori puramente economici che, poi, sono quelli in funzione dei quali si giustifica l'intervento pubblico.

La dottrina economica che si è soffermata sul tema per spiegare la minor efficienza che caratterizza le strutture pubbliche ha già evidenziato quali sono gli elementi che non consentono di trasporre sulla pubblica amministrazione la teoria dell'organizzazione dell'impresa.

L'applicazione dei modelli economici tradizionali, invero, viene sostanzialmente preclusa in ragione della presenza dei c.d. «attributi invisibili», ossia di elementi che pur non essendo agevolmente riconducibili ad un'ottica puramente patrimoniale, sono espressivi di valori che devono necessariamente riflettersi sulle modalità operative degli apparati pubblici³⁹⁴.

³⁹⁴ Sul punto, v. COTTON M. LINDSLAY, *Una teoria degli enti pubblici*, 1976, trad. it. in *La teoria economica dell'organizzazione* a cura di G. BROSIO, 1989, che riconduce la maggior efficienza dell'organizzazione privata all'assenza degli «attributi invisibili». In tale settore il consumatore con il suo apprezzamento è in grado di dare un valore alla qualità della produzione, mentre nelle organizzazioni pubbliche, gli operatori tendono a generare delle inefficienze proprio in ragione della presenza di elementi che non possono essere oggetto di un'immediata valutazione. Per le anomalie connesse alla sola valutazione degli attributi visibili al settore pubblico si riporta il classico esempio del servizio di polizia: «i poliziotti, il cui prodotto è controllato dal numero di multe che comminano, possono di

Mediante l'adozione del modello societario si realizza, infatti, una più netta cesura con le valutazioni di ordine politico, che sono filtrate dalla conformazione dei poteri di cui gode il socio, il quale non dispone di alcuno strumento per imprimere direttive dalla cui inosservanza possano discendere forme di responsabilità specifiche. Gli amministratori, nella veste di unici responsabili, della gestione risponderanno solo dei danni causati all'integrità del capitale (sia nei confronti dei soci che rispetto ai creditori sociali), ma non in conseguenza dell'inosservanza delle direttive informalmente dettate dal socio pubblico.

Ma le distorsioni derivanti dall'adozione del modello societario comportano delle ricadute anche in termini di funzionalità della stessa organizzazione.

Tali organismi sono oggetto di un costante e disorganico intervento legislativo e, sulla base di non sempre coerenti indici di pubblicizzazione del fenomeno, vengono sottoposti a forme di controllo e responsabilità aggiuntive rispetto a quelle tipicamente societarie.

Tuttavia, i correttivi progressivamente imposti per arginare gli effetti che più immediatamente si riconnettono al modello sono stati oggetto di un approccio differenziato.

Quando si è trattato di rafforzare il potere di penetrazione dell'interesse pubblico nell'ambito della struttura societaria e, quindi, le potenzialità di condizionamento da parte dei pubblici poteri dell'agire societario, è prevalso l'interesse a preservare le peculiarità del modello organizzativo. Situazione questa che si è verificata soprattutto in relazione alla disciplina dei «poteri speciali», a quella dettata dall'art. 2449 c.c. e, seppur con sfumature diverse, con riferimento all'individuazione dei presupposti integrativi del «controllo analogo» necessario per gli affidamenti *in house*, ove, in nome del principio di parità fra azionisti si è voluto evitare che la ripartizione delle funzioni fra gli organi societari,

fatto pattugliare tratti di strada, che offrono possibilità di starsene nascosti, con maggiore intensità di quella richiesta dall'effettiva sicurezza della circolazione».

nonché il rapporto fra questi e i soci, potessero subire delle distorsioni derivanti dalla presenza di un interesse pubblico.

Da contrastare a questo depotenziamento dei pubblici poteri fa eco un rafforzamento delle forme di responsabilità di matrice pubblicistica e dei meccanismi di controllo che non comportano delle potenzialità di condizionamento diretto dell'agire societario. Le forze attrattive delle discipline pubblicistiche, infatti, hanno comportato la permanenza del controllo sulla gestione finanziaria operato dalla Corte dei conti, un'evoluzione in senso espansivo dell'istituto della responsabilità amministrativa, nonché l'introduzione di specifici limiti sulle nomine degli amministratori e sulla determinazione dei loro compensi.

L'assetto che ne risulta appare pertanto contraddittorio, in quanto ove maggiori sono le esigenze di un controllo di matrice pubblicistica, si registra un arretramento della sfera pubblica, mentre, ove a queste esigenze potrebbero sopperire gli ordinari strumenti societari, si assiste ad un'insolita commistione con le discipline pubblicistiche.

Gli elementi che comportano una caratterizzazione in senso pubblicistico di tali organismi finiscono quindi per incidere proprio sugli aspetti di ordine patrimoniale, generando così delle significative distorsioni che si collegano alla compresenza di elementi ispirati a logiche diverse.

In tal senso, è emblematico il caso della responsabilità amministrativa che rispecchia una presunzione di inadeguatezza del socio pubblico all'esercizio delle prerogative connesse all'assunzione di tale veste.

Con la riforma del diritto societario si è operato un rafforzamento dei poteri degli amministratori della società che, una volta nominati, restano i soli arbitri della gestione senza che possa residuare alcun margine di ingerenza in capo all'assemblea dei soci. Si tratta di un meccanismo che, ispirandosi alle teorie istituzionalistiche dell'impresa, ha voluto assicurare una piena corrispondenza fra gestione e responsabilità. Infatti, questo processo di emancipazione dell'organo amministrativo dalle ambizioni gestorie dell'assemblea si è consolidato solo con il contrappeso dovuto alla

predisposizione di adeguate garanzie in capo alla compagine sociale che si è tradotto nella diminuzione del quorum necessario per l'azione sociale di responsabilità.

Il riconoscimento della titolarità dell'azione al p.m. contabile rompe il contrappeso di poteri fra organo assembleare e organo amministrativo e, al contempo, dimostra la scarsa attitudine del socio pubblico all'attivazione degli ordinari strumenti di responsabilità previsti dalla disciplina societaria.

Il binomio fra responsabilità e gestione, che il sistema del codice civile ha delineato sul presupposto di una compagine sociale in grado di far valere i propri poteri, si viene sostanzialmente a spezzare per effetto dell'attribuzione della titolarità dell'azione al pubblico ministero. Questi rimane, infatti, l'unico titolare di uno strumento di controllo sull'operato degli amministratori effettivamente persuasivo ma che trova i suoi limiti nella logica propria del danno erariale.

In altri termini, in presenza di un socio non sufficientemente predisposto all'esercizio dei diritti attribuitigli dalla legge si vanifica l'articolato meccanismo di poteri che, attraverso pesi e contrappesi, aveva lasciato apprezzare l'efficienza dello strumento societario.

Pertanto, il mito dello strumento societario appare per molti versi sovrastimato, tant'è che le reazioni (a volte eccessive) dell'ordinamento ne stanno minando seriamente l'efficienza anche per quelle ipotesi in cui la natura degli interessi perseguiti si concilia più agevolmente con la logica imprenditoriale sottesa all'adozione del modello.

In ragione delle conseguenze che si riconnettono alla scelta dello strumento societario, si dovrebbe limitarne l'applicazione ai casi in cui risponda a delle effettive esigenze organizzative, mentre nelle altre ipotesi si dovrebbe prediligere delle soluzioni più «sincere» che rispecchino una certa corrispondenza con la tipologia di interesse perseguito.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *I gruppi di società* A. PAVONE LA ROSA, (a cura di), Bologna, 1982.
- AA. VV., *Privatizzazioni e regioni, Quaderni giur. comm.*, Milano, 2003.
- ABBADESSA P., *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, *Impr. amb.e P.A.*, 1975, 369 e segg.
- ABBADESSA P., *Organizzazione della società concessionaria del servizio radio televisivo e primato del consiglio di amministrazione*, *Riv. soc.*, 1983, 655 e segg.
- ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001
- ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978.
- ALPA G., *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione, Contratto e impresa*, 2006, 86 e segg.
- ALPA G., *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società, note esegetiche sull'art. 2497*, Relazione al Convegno "La riforma del diritto societario: prime esperienze applicative, Firenze 22-23 ottobre 2004", dattiloscritto.
- ALPA G., *La riforma del diritto societario*, *Riv. dir. priv.*, 2003, 217 e segg.
- AMATO G., *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. TORCHIA, F. BASSANINI, (a cura di), *Sviluppo e declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Firenze, 2005.
- AMBROSINI S. , (acura di), *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in id., *la riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003
- AMBROSINI S., (a cura di), *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in id., *la riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003
- AMMANNATI L., *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1994
- AMOROSINO S.(a cura di) *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995
- AMORTH M., *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, *Scritti giuridici*, Milano, 1999.
- ARCANGELI - ASCARELLI, *Il regime delle società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*,1932, I
- ARCIDIACONO L., *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, 1984
- ARENA A., *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, 1942

- ASCARELLI T. , *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, Riv. dir. comm., 1933
- ASCARELLI T. , *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in rdco, I, 1930
- ASCARELLI T., *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime*, in foro it., 1936, IV
- ASCARELLI T., *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in Saggi
- ASCARELLI T., *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, Saggi giuridici, Milano, 1949.
- ASCARELLI T., *Simulazione e nuove funzioni nelle società anonime*, Giur. it., 1930, IV, c. 283 e segg.
- ASCARELLI T., *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, Riv. soc., 1959, 995 e segg.
- ASQUINI A., *Conflitto di interessi fra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, in Riv. dir. comm., 1919, II
- ASQUINI A., *I battelli del Reno*, Riv. soc., 1959, 617 e segg.
- ASTEGIANO G., *La responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica: dal giudice ordinario a quello contabile?*, in Dir. Reg., 2004, I-II, 3 ss.
- ASTRID, *La responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in www.astrid-online.it
- ASTUTI G. , *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Torino, Giappichelli, 1967
- APELLI M. *La revoca degli amministratori di s.p.a. partecipate da enti locali è atto di diritto privato*, in *Le Società*, 2006, VII, 870 ss.
- APELLI M., *Ampliata la giurisdizione contabile agli atti di natura imprenditoriale* (nota a Cass. sez. un., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667), in *Guida al diritto*, 31 gennaio 2004, 47 ss.
- APELLI M., *Dallo Stato-padrone allo spoil-system: un nuovo caso di conflitto tra regole neutrali di corporate governance e modello di politica industriale*, *Le società*, 2002
- AULETTA, *Il diritto assoluto d'esclusione nelle società di persone*, in *scritti giuridici in onore di Carnelutti*, padova, 1950,
- BACHELET V., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957
- BALESTRERI A. M., *La compatibilità dell'art. 2449 cod. civ. e dell'inserimento di "Golden Share" negli statuti delle società ex municipalizzate*, in www.giustamm.it;
- BALLARINO T., BELLODI L., *La "golden share" nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della corte comunitaria*, in Riv. soc., 2004

- BALLARINO T.-L. BELLODI, *La “golden share” nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 2 ss.
- BALOCCHI E., *Nomine degli enti pubblici e controllo parlamentare*, in *Dir. soc.*, 1978
- BANCA D’ITALIA, *I controlli delle gestioni pubbliche* (Atti del Convegno - Perugia, 2-3 dicembre 1999), Roma, Banca d’Italia, 1999
- BANCA D’ITALIA, *Nuovo sistema dei controlli sulla spesa pubblica* (Atti del Convegno - Perugia, 9-10 giugno 1994), Roma, Banca d’Italia, 1995
- BARBIERI E.M., *L’art. 2449 comma 1 c.c. davanti alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, p. 365 ss.
- BARDUSCO A., *Costituzione italiana ed enti pubblici*, in v. Cerulli irelli, g. Morbidelli (a cura di) *Ente pubblico*, Torino, Giappichelli, 1994,
- BARZAZI G. , *La giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, IV
- BARZAZI G., *La giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche tra tutela dell'interesse pubblico e uniformità di normazione*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, IV, 521 ss.
- BATTINI F., *Il controllo sugli enti sovvenzionati*, in *I controlli amministrativi*, a cura di U. ALLEGRETTI
- BENZAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G., *Il nuovo diritto societario*, Milano, 2004.
- BENVENUTI F., *Gli enti funzionali*, in *Arch. ISAP*, I, Milano, 1962
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.
- BERTI G., MARZONA N. , *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, vol. III, Milano, 1999
- BERTUZZI M., in M. BERTUZZI – G. BOZZA – G. SCIUMBATA, in *Patrimoni destinati. Partecipazioni statali. Società in accomandita per azioni*, Milano, 2003, sub artt. 2449 e 2450 c.c., 208 ss.
- BIANCHI L. A. , *La nuova definizione di società <<controllate>> e <<collegate>>*, in *la nuova disciplina dei bilanci di società*, a cura di m. Bussoletti, torino, 1993
- BIANCHINI A., *La compatibilità tra interesse pubblico e forma societaria: una possibile soluzione basata sulla “procedimentalizzazione concordata” della vita societaria*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2002, XII, 1143 ss.
- BINDI A., G.M. CARUSO, *Sintesi del rapporto sulle società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 247 ss.
- BOBBIO N., *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Politica del diritto*, 1971
- BONELLI F. , *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996,

- BONELLI F. , *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, *Giur. comm.*, 1983, I
- BONELLI F. E ROLI M., *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, quarto aggiornamento, Milano, 2000
- BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.
- BONELLI F., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001
- BONELLI F., *L'amministrazione della spa nella riforma*, in *Giur. Comm.*, 2003, I
- BOZZAO P., *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *La riforma del sistema previdenziali*, Padova, 1995
- BRANCASI A. , *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005
- BUONOCORE V. (a cura di), *la riforma del diritto societario*, Torino, 2003
- BUONOCORE V., *le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. Comm.*, 2003
- BUSSI E., *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari, 1970
- CACCIAVILLANI I. (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005
- CACCIAVILLANI I. , *Le «società pubbliche»*. *Atti del Convegno su «Le società pubbliche»*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2002, XII
- CAGNASSO O., *Gli organi delegati*, Torino, 1976
- CAGNASSO O., IRRERA M., *Società con partecipazione pubblica*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, (dir. da W. BIGIAMI), Torino, 2^aed., 1990
- CALANDRA BONAURA V. *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003,
- CAMMELLI M., SCIULLO G., *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Rimini, 2004
- CAMMELLI M. , *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004
- CAMMELLI M., COSI, *Il sindacato nello Stato*, Roma, 1981
- CAMMELLI M., *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980
- CAMMELLI M., ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, II ed
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, vol. 2, diritto delle società*
- CARDI E., *Diritti sindacali e potestà organizzativa degli enti pubblici nella legge sul «parastato»*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, II
- CARDI E., *Le società di proprietà pubblica. Riflessione sulle problematiche emergenti*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006.
- CARDIA G.C., , *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Milano, 1994
- CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni di assemblea delle anonime*, in *riv. Dir. Comm.*, 1926, I

- CARRIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003
- CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003
- CASELLI G., *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, *Contratto e impresa*, 2003,
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007
- CASSESE S. , *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, *ad vocem*
- CASSESE S. , *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 1995
- CASSESE S. , *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 579 ss
- CASSESE S. , *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962
- CASSESE S., *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale :il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1134 e segg.
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1984.
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2004.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 579 e segg.
- CASSESE S., *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1985, 374 e segg.
- CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962.
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 389 e segg.
- CASSESE S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1991, 378 e segg.
- CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 2004, 901 e segg..
- CAVALLO PERIN R. E CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006
- CAVAZZUTI F. , *Privatizzazioni imprenditori e mercati*, Bologna, 1996.
- CERULLI IRELLI E. *“Ente pubblico” : problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008
- CERULLI IRELLI V., *“Ente pubblico” : problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 84 ss.;
- CESARINI SFORZA W., *Per una storia dei rapporti tra lo Stato e le corporazioni*, in *Arch. St. corp.*, 1938

- CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione (dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione)*, Padova, 2005.
- CIARAMELLA A., *La tutela delle scelte discrezionali e di quelle imprenditoriali nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Riv. C. Conti*, 2005, II, 290 ss.
- CIMINI S. , *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano 2003
- CIRENEI M. T. -R. MAGLIANO, *Codice commentato delle Società*, Milano, 2004, sub artt. 2449-2451.
- CIRENEI M.T., *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 771 ss.
- CIRENEI M.T., *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 41 ss.
- CIRIEC, *Gli enti pubblici italiani*, Milano, 1972
- CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995
- CLAUSI M., *Profili giuridici delle privatizzazioni*, in *Giur. mer.*, 1999
- COLOMBARI S., *Delegazione interorganica ovvero house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro Amm.*, 2004
- CORSO G. , SAVONA P. , *Le società di proprietà pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II
- CORSO G., *Amministrazione di risultati*, *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127 e segg.
- CORSO G., *Attività economica privata e deregulation*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1998, 629
- CORSO G., *Pubblica amministrazione e diritto privato*, Relazione al Convegno, Roma, 6-7 aprile 2001, *Interessi pubblici e diritto privato*, *Riv. quad. dei pubblici servizi*, 2001, 25 e segg.
- CORTESE P., *La giurisdizione della Corte dei Conti e la responsabilità amministrativa*, in *Riv. trim. app.*, 2004, III, 780 ss.
- COSTANZA, *Riordinamento degli enti pubblici e statuto dei lavoratori*, in *Riv. soc.*, 1977, II
- COSTI, *Modifiche della composizione del consiglio di amministrazione e sopravvivenza del rapporto di delega*, in *Riv. dir. comm.*, 1965
- COTTINO G., *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, *Riv. soc.*, 1963, 284 e segg.
- COTTINO G., *Diritto commerciale*, I, 2°, Padova, 1999
- COTTINO G., *il diritto che cambia: dalle compagnie inglesi alla grande società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989

- COTTINO G., *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, *Gur. comm.*, I, 2005, 5 e segg.
- COTTINO G., *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, *Archivio giuridico*, 1965, 45 e segg.
- COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, *il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004
- CREA P., *Responsabilità degli amministratori di società e di enti pubblici economici: giurisdizione della Corte dei Conti*, in www.giustamm.it;
- CUGURRA G., *Competenze amministrative e limiti territoriali*, *Dir. Amm.*, 2003, 17 e segg.
- D'ALBERGO S., *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960
- D'AURIA G., *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Milano, Giuffrè, ried. 2003
- DALMARTELLO, *Osservazioni sul problema della protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *Giur. it.*, 1934
- D'ATTORRE G., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione*, in *Le Società*, 2005, VII, 877 ss.
- DE BENEDETTO M., *Controlli. II) Controlli amministrativi*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 2008, ad vocem.
- DE CESARE C., *Il sindacato governativo, le società commerciali e gli istituti di credito del Regno d'Italia*, Firenze 1867
- DE LEONARDIS F., *Legalità, autonomie e privatizzazioni*, *Dir. amm.*, 2000, 241 e segg.
- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000
- DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sul iati delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953
- DE NARDIS S., *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000
- DE NITTO A., *Dottrina e realtà delle persone giuridiche fra fine '800 ed inizi '900 in Itali. Alle origine del problema della "crisi dello Stato"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-83)
- DE TOCQUEVILLE A., *Scritti politici, I, L'antico regime e la rivoluzione*, trad. it., Torino, 1968
- DE VALLES A., *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931
- DELLA CANANEA G., *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996
- DELLA CANANEA G., *La società per azioni Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, IV, 366 ss
- DELLA SCALA M.G., *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, II, 391 ss.
- DEODATO C., *Il regime dei contratti. Relazione al convegno Cesifin Le società "pubbliche"*, Firenze 20 maggio 2005, in www.cesifinalbertopredieri.it/index.jsp.

- DI CHIO G. , *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, *ad vocem*
- DI GASPARRE G. , *Privatizzazioni (privatizzazione delle imprese pubbliche)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, *ad vocem*
- DI SABATO F., *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2002, I
- DIAZ LEMA J. M., *Tienen derechos fundamentales las personas jurídico - publicas?* in *Rev. adm. publ.*, 1989
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione e “controversie societarie pubbliche”*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, II, 263 ss., e in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 89 ss.
- DOMENICHELLI V., *Responsabilità amministrative giurisdizione (le confuse linee di confine tra le giurisdizioni)*, in *Diritto e società*, 2003
- DONATI A. , *L’invalidità della deliberazione d’assemblea delle società anonime*, Milano, 1937
- DONATI P., *I caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche e la giurisdizione esclusiva dei tribunali amministrativi nelle controversie in materia di rapporto di impiego*, in *Temi Emiliana*, 1930, I
- DONATIVI V., *Amministratori e sindaci di nomina pubblica nelle società per azioni*, Milano, 2003
- DORIA G., *Società a partecipazione pubblica, rapporto gestorio e responsabilità del management*. Relazione al Convegno “*La responsabilità nella gestione di società a capitale pubblico*”, Monte Porzio Catone 15 dicembre 2006, in www.economia.uniroma2.it.
- DOSSENA G. , *La privatizzazione delle imprese: modalità problemi e prospettive*, in *Scritti di economia aziendale*, Milano, 1990
- DUGATO M. PIPERATA G., *La gestione dei servizi pubblici per mezzo di società holding*, in *Riv. trim. app.*, 2001
- DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell’interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004
- DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell’interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 ss.
- DUGATO M., *Ruolo e funzione di Infrastrutture s.p.a.* Relazione al Convegno AIPDA, *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Firenze, 2-3 ottobre 2003.
- E. CARDI, *Riflessioni sulle problematiche emergenti*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 237 ss.
- ENDRICI G., *La prorogatio nell’organizzazione amministrativa: la fine di un principio*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1994
- F. ROVERSI MONACO, *Forma e funzione nelle società controllate dallo Stato*, in www.giustamm.it, 2004, VII.

- F. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, Torino, 2004
- FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939
- FANELLI G., *La delega del potere amministrativo nelle società per azioni*, Milano, 1962
- FASCIANI P., *i gruppi di società nella dottrina e nella giurisprudenza dagli anni 50 ad oggi*, edizioni quasar, 1995
- FAVA I., *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le società*, 9, 2003
- FENUCCI, FERRETINO, *le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*
- FERRARA F., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1915
- FERRARA, CORSI, *Gli imprenditori e la società*, Milano, 2000
- FERRARI E. , *Comunicazione*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008
- FERRI G. , *concetto di controllo e di gruppo*, in *atti del convegno di Bellagio*, Milano, 1982, ora in *scritti giuridici*, III, Napoli, 1990
- FERRI G. , *la tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *dpc*, 2, 1932 ed oggi in *scritti giuridici*, napoli, 1990, III
- FERRO LUZZI P., MARCHETTI P. , *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della banca d'Italia*, n. 31
- FERRO LUZZI P., *I patrimoni <<dedicati>> e i <<gruppi>> nella riforma societaria*, in *Rivista del notariato*, 2002
- FIORAVANTI M., *Savigny e la scienza di diritto pubblico del XIX secolo*, in *Quaderni fiorentini*, n. 9, Milano, 1980
- FIorentino L. , *Evoluzione e permanenze nei controlli della Ragioneria dello Stato*, in U. Allegretti (a cura di), *I controlli amministrativi*
- FIorentino L.– PEREZ r. (a cura di), *Il regolamento sull'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici*, Milano, 2005.
- FORTUNATO S. , *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, giur. Comm., 2003,
- FOSCHINI M., *Profili rilevanti delle c.d. «privatizzazioni»*, in *Studi in memoria di F. Piga*, II, Milano, 1992
- FRACCHIA F., *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. ec.*, 2004, III-IV
- FRACCHIA F., *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. ec.*, 2004, III-IV, 589 ss.
- FRACCHIA F., *Studio delle società "pubbliche" e rilevanza della prospettiva pubblicistica*, in *Foro it*, 2005, I, 38 ss.

- FRANCHI A. , *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. Nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006
- FRANCHINI C., *La natura giuridica della Coni S.p.A.*, in S. CHERUBINI-C. FRANCHINI (a cura di), *La riforma del Coni. Aspetti giuridici e gestionali*, Milano, 2004, 21 ss.
- FRENI E. , *la complessa riforma degli enti pubblici nazionali tra nuovi e vecchi modelli*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2000
- FRENI E., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 263 e segg.
- FRENI E., *La trasformazione degli enti pubblici*, Torino, 2004.
- FRENI E., *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, cit., 3947 e segg.
- FRENI E., *Vere o false privatizzazioni (d. lgs 18 novembre 1997 n. 426, d. lgs. 29 gennaio 1998 n. 19, d. lgs. 29 gennaio 1998 n. 20, d. lgs. 23 aprile 1998 n. 134)*, *Giorn. dir. amm.*, 1998, 705 e segg.
- GALGANO F., *I gruppi di società*, in *Tratt. diretto da F. Galgano*, Torino, 2001
- GALGANO F., *Commento art. 41 cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna, 1982, 1 e segg.
- GALGANO F., *Giuristi che leggono, giuristi che scrivono, Contratto e impresa*, 1990, 779 e segg.
- GALGANO F., *I gruppi di società*, in *Vit. not.*, 3, 2000
- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. ec.*, 2004, 449 ss.
- GALGANO F., *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, *Contratto e impresa*, 1990, 401 e segg.
- GALGANO F., *Le regioni e il governo della società civile*, *Giur cost.*, 1977, I, 329 e segg.
- GALGANO F., *Le società per azioni*, Bologna, 1974.
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001
- GALGANO F., *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, *Riv. soc.*, 1982, 433 e segg.
- GALGANO F., *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, *Contratto e impresa*, 1985, 357 e segg.
- GALGANO F., *Pubblico e privato nella regolamentazione dei rapporti economici*, in *La nuova Costituzione economica*, Padova, 1977
- GALGANO F., *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 554 e segg.
- GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, p. 249

- GALLO C.E. , *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, n. 2/2005
- GAROFOLI R. , *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998
- GERBER V. , *Lineamenti di diritto pubblico tedesco, Leibniz (1865)*, trad. it., Milano, 1971
- GIANNINI M. S, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 1972
- GIANNINI M. S., *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, Napoli, 1970
- GIANNINI M.S , *Attività amministrativa, Enc. del dir.*, vol. III, Milano, 1958, 988 e segg.
- GIANNINI M.S., *Attività economiche pubbliche e forme giuridiche private, Scritti*, Vol., VI,
- GIANNINI M.S., *Controllo, nozioni e problemi, Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 e segg.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985.
- GIANNINI M.S., *Esercizio privato di pubbliche attività, Enc. del dir.*, vol. XV, Milano, 1966,
- GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia, Riv. soc.*, 1958, 227 e segg.
- GIANNINI M.S., *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione italiana, Riv. trim. dir.*
- GIANNINI M.S., *Sulla natura giuridica della s.p.a Cogne, Scritti*, vol. III, 1949-1954,
- GIERKE O., *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it., Torino, 1943
- GIORGI G, *La dottrina delle persone giuridiche e dei corpi morali*, Firenze, 1889, vol. I
- GIROLA, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche*, in *Temi Emiliana*, 1930, I
- GOBBATO S. , *Golden share ed approccio uniforme in materia di libera circolazione dei capitali*, in *DUE*, 2004
- GOBBATO S., *Golden share ed approccio uniforme in materia di libera circolazione dei capitali*, in *DUE*, 2004, 427 ss.
- GOGGIAMANI F. , *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società partecipate*, nota a Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, IV.
- GOGGIAMANI F., *Da una recente sentenza lo spunto per riflettere ancora sulle società pubbliche*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.*, 2002, II-III, 118 ss.;

GOGGIAMANI F., *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca delle società partecipate* (nota a Cass. sez. un., sent. 15 aprile 2005, n. 7799), in *Serv. pubbl. app.*, 2005, IV.

GOISIS F. *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, XI, 1195 ss.

GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004

GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.

GOISIS F., *Gli amministratori e funzionari di società in mano pubblica come pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, III, 774 ss.

GOISIS F., *I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005

GOISIS F., *La giurisdizione sugli atti di selezione degli acquirenti da parte di Scip s.r.l.* (nota a Cons. St., sez. IV, sent. 31 gennaio 2006, n. 308), in *Giorn. dir. amm.*, 2006, VI, 623 ss.

GOISIS F., *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, II, 448 ss.

GRAZIANI, *Nominatività obbligatoria dei titoli azionari*, in *Riv. soc.*, 1957

GRECO G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001

GROSSI P., *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977

GRUNER G., *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, IV, (I parte)

GRUNER G., *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, IV, 701 ss. (I parte); *ivi*, 2005, I, 149 ss. (II parte).

GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 843 ss.

GUALTIERI F., *Società miste e in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006

GUIZZI G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003

IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005

IBBA C., *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, *ad vocem*

IBBA C., *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina*

privatistica. Relazione al 51° convegno di studi amministrativi, Varenna, 15-17 settembre 2005, in corso di pubblicazione.

IBBA C., *Gli statuti singolari*, in G.E. Colombo – G.B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, VII

IBBA C., *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. COLOMBO-G. B. PORTALE, VIII, Torino, 1992.

IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 464 ss.;

IBBA C., *Le società “legali” per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture: Patrimonio dello Stato e Infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 447 ss.

IBBA C., *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, *ad vocem*;

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss., e in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 176 ss.

IBBA C., *Le società “legali”*, Torino, 1992.

IBBAC., *Le società “legali”*, Torino, 1992

IMPERIALI S., *Appunti sull'evoluzione della responsabilità amministrativa*, in *Riv. C. Conti*, 2006, VI, 280 ss.

IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, 30 ss.;

IRTI N., *Dall'ente pubblico economico allo Stato azionista (profilo storico-giuridico)*, in *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998

JAEGER P.G. , *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992

Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1978.

JAGER P.G., *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società*, Venezia, 1996

JELLINEK G. , *La dottrina generale del diritto dello Stato*, trad. it., Milano, 1949

KLEIN, *Die neuren entwicklungen in verfassung und recht der aktiengesellschaft*, vienna, 1904

LACAVA C. *In house providing e tutela della concorrenza*, *Giorn. dir. amm.*, 2006

LAMBAND, *Das staatrecht das deuschen Reichen*, Tübingen, IV Voll., 1876-1882, I

LOMBARDO F., *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato:l'eterna dialettica Autorità-Libertà*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, II, 629 ss., e in *Dir. & Form.*, 2005, VI, 834 ss.

- LOMBARDO, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato : l'influenza della normativa comunitaria*, *Foro Amm.- C.d.S.*, 2005, 629 e segg
- M. BERTUZZI – G. BOZZA – G. SCIUMBATA, *Patrimoni destinati. Partecipazioni statali. Società in accomandita per azioni*, Milano, 2003,
- MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Commento sub art. 2384 cod. Civ.*, in *Commento sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Padova, 2005
- MAFFEI ALBERTI A. , (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2005
- MAMELI B. , *La privatizzazione delle società in mano pubblica dinanzi alla Corte di Giustizia (nota a Tar Lomb., sez. I., ord. 13 ottobre 2004, n. 175)*, in *Urb. App.*, 2005, VII
- MAMELI B., *La privatizzazione delle società in mano pubblica dinanzi alla Corte di Giustizia (nota a Tar Lomb., sez. I., ord. 13 ottobre 2004, n. 175)*, in *Urb. app.*, 2005, VII, 846 ss.
- MARASÀ G. , *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984
- MARASÀ G. , *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur. XXIX*, Roma, 1993, *ad vocem*
- MARASÀ G., *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium juris*, 1998
- MARASÀ G., *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur. XXIX, ad vocem*, Roma, 1993;
- MARASÀ G., *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, *giur. Comm.*, 2003, I
- MARCHETTI P. , *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi, documenti*, Milano, 1995
- MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia, Saggi, leggi, documenti*, Milano, 1995
- MARI A., *La Patrimonio dello Stato S.p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, VIII, 820 ss.
- MARONGHIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1965
- MARZUOLI C. , *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995
- MASSERA A. , *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1986.
- MASSERA A. , *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, intervento svolto alla Tavola rotonda sul tema organizzata dalla SPISA in collaborazione con l'IISA e l'Assonime a Bologna il 4 febbraio 2009
- MASSERA A., *L'“in house providing” : una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004
- MASSERA G. , *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna 1978

- MATTEI C., *La governance delle società di gestione dei servizi pubblici partecipate dagli enti locali*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2005, V, 519 ss.
- MAYER O. , *Deutsches Verwaltungsrecht, II voll., Munchen-Leipzig*, 1914-1917
- MAZZAROLLI, *L'autonomia delle università e delle accademie nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Amorth*, Milano, 1982
- MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni in assemblea delle società per azioni*, in *riv. Soc.*, 1956
- MEOLI C.-L. EGIZIANO, *Le società pubbliche*, in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di) *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, 487 ss.
- MERCATI L. , *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002
- MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*,
- MERUSI F, Iaria D., *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1993, *ad vocem*
- MERUSI F., *Il principio di legalità nell'amministrazione che cambia*, in *Dir. pubb.*, 2008
- MERUSI F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965.
- MERUSI F., *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, I, 5 ss.
- MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1948
- MIGNOLI A. , *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986
- MIGNOLI A., *Le società per azioni - problemi - letture - testimonianze*, tomo II, Milano 2002
- MIGNOLI A., *Idee e problemi nell'evoluzione della «company» inglese*, in *Riv. soc.*, 1960
- MIGNOLI A., *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958
- MIINERVINI G. (a cura di), *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972
- MIMMO A., *Le responsabilità di amministratori e funzionari nelle aziende pubbliche trasformate in s.p.a.*, *Le società*, 2002
- MINERVINI G. , *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»*, in *Riv. soc.* 1994
- MINERVINI G., *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1954
- MINERVINI G., *Dell'amministrazione e del controllo*, in M. SANDULLI V. SANTORO, *La riforma delle società*, Torino, 2003
- MINERVINI G., *La revoca dei sindaci "designati" dallo Stato (in tema di sindaci Rai)*, in *Le Società*, 2004, III, 273 ss.

- MONTALENTI P., *Conflitto di interesse e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I
- MONTALENTI P. , *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative* M. RESCIGNO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, Milano, 2004
- MONTALENTI P. , *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, I
- MONTELLA U., *Finalmente la giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità per danno erariale degli amministratori degli enti pubblici* (nota a Cass., sez. un., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667), in *Cons. Stat.*, 2004, 318 ss.;
- MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, IV, *Società per azioni*, Padova, 1957, cap. V., l'impresa anonima delle società per azioni, problemi attuali delle società per azioni, in nuova riv. *Dir. Comm.*, 1951, I
- MUCCIARELLI F.M., *Ma cos'è diventata la Cassa Depositi e Prestiti?*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, 355 ss.
- NAPOLITANO G., *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, 537 ss.
- NAPOLITANO G., *Le società "pubbliche" tra nuove e vecchie tipologie*. Relazione al convegno Cesifin *Le società "pubbliche"*, Firenze 20 maggio 2005, in www.cesifinalbertopredieri.it/index.jsp.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.
- NICOSIA F., *"Modello Consip" tra Stato e mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 711 ss.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966
- OPPO G. , *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000
- OPPO G., *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 771 ss.;
- OPPO G., *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2002, XII, 1175 ss., e in *Riv. dir. civ.*, 2002, IV, 495 ss.
- OPPO G., *Privatizzazioni: aspetti privatistici*, *ibidem*, 51 ss.;
- OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.* 2005, 157 ss., e in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 6 ss.
- ORESTANO R. , *"Il problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, Torino 1968
- ORSONI G., *Insolvenza delle società pubbliche e continuità dei servizi*, in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 151 ss.

- ORSONI, *Les personnes publiques participatives non territoriales*, in Rev. dr. public, 1979
- Ottaviano V, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, 1959, Padova
- OTTAVIANO V., *Ente pubblico economico*, in *D. disc. pubbl.*, VI, *ad vocem*, Torino, 1991;
- OTTAVIANO V., *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, *ad vocem*, Milano, 1965;
- OTTAVIANO V., *Sull'impiego a fini pubblici delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1013 ss.;
- OTTAVIANO V., *Sull'impiego a fini pubblici delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1013 ss.;
- PACE R., *Verso le società ad evidenza pubblica?*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, III, 443 ss.
- PAJNO A., *Il rapporto con le altre giurisdizioni; concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*. Relazione al 51° convegno di studi amministrativi, Varenna, 15-17 settembre 2005, in corso di pubblicazione.
- PAOLA I., *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*, in *Foro It.*, 2002, IX, 434 ss.
- PAPA MALATESTA A., *Partecipazioni pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, *ad vocem*
- PASQUINI G., *La Infrastrutture S.p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, VIII, 824 ss.
- PASTORI G., *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967.
- PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006
- PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. Soc.*, 2003
- PERICU A., in G. NICOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, *Le società di capitali*, Napoli, 2004, *sub artt.* 2449-2450
- PESSCATORE M. , *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, Roma, 1879
- PETRAZZINI B. , *Commento all'art. 2449*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino – Bonfante – Cagnasso – Montalenti, Torino, 2004
- PETRAZZINI B., *Commento all'art. 2449*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, Torino, 2004, 1696 ss.
- PETRONE I., *Gli appalti delle società a partecipazione pubblica nei settori speciali e la disciplina del "codice dei contratti pubblici"*, in www.giustamm.it, 2006, IX.
- PICOZZA E. , *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988
- PILATO S. , *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle ll. nn. 19/94, 20/94, 639/96*, Padova, 1999
- PILATO S., *La giurisdizione della Corte dei Conti sugli enti a prevalente partecipazione pubblica nella l. 27 marzo 2001 n. 97*, in *Cons. St.*, 2003, 673 ss.
- PINOTTI C., *La responsabilità degli amministratori di società, tra riforma del*

diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, III, 507 ss., e in *Riv. C. Conti*, 2004, V, 312 ss.

PINOTTI C., *Poteri speciali di recesso nelle società pubbliche e aiuti di Stato. Lo strano intreccio tra norme speciali e norme di diritto comune approda al giudice comunitario che lo rispedisce al giudice nazionale (note minime alla sentenza 23 marzo 2006 della Corte di Giustizia nella vicenda ENIRISORSE S.p.A. C/ SOTACARBO S.p.A.)*, in *Rass. giur. en. el.*, 2006, I, 31 ss.

PIPERATA G. , *L'affidamento in house alla luce della giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006

PIZZA P. , *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007

PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 518 ss.

PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, IV, 372 ss.

PIZZIGATI M. , *Organi di controllo nelle "società pubbliche" e riforma del diritto societario*, relazione al convegno su "Le società pubbliche", Venezia, 25, 26, 27 novembre 2004

PIZZIGATI M., *Gli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici ex artt. 2458 e 2459 cod. civ.*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2002, XII, 1217 ss.

PIZZIGATI M., *Gli organi di controllo nelle società "pubbliche" e riforma del diritto societario*, in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 81 ss.

PROTO V., *Le società pubbliche. Le responsabilità sociali degli organi societari nelle società private*, in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 106 ss.

pubb., 1982, 722 e segg.

R. RORDORF, *La designazione degli amministratori, autonomia organizzativa e tutela delle minoranze nelle società "pubbliche"*, in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 67 ss.

R. RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Le Società*, 2005, IV, 423 ss.

RANELLETTI O. , *Il concetto di «pubblico» nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXXIX, 1905

RANELLETTI O., *Concetto di persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubb.*, 1916, I

RATHENAU W., *La realtà delle società per azioni* (trad. It.), in *riv. Società*, 1960

RAVÀ M. , *Le associazioni sindacali riconosciute e il concetto di persona giuridica pubblica*, in *Studi in onore di Cammeo*, 1933

- RENNA M. , *La Sibec s.p.a. tra realtà normativa e prospettive d'attuazione*, in *Dir. amm.*, 1999
- RENNA M. , *Le società per azioni in mano pubblica (il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali)*, Torino, 1997
- RENNA M., *La Sibec s.p.a. tra realtà normativa e prospettive d'attuazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 597 ss.;
- RESCIGNO P., *Immunità e privilegio*, in *riv.i dir. Civ.*, 1961, I
- RISTUCCIA M., *La responsabilità "sociale" erariale nelle società pubbliche*, in *Riv. C. Conti*, 2005, I, 325 ss., e in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 122 ss.
- RISTUCCIA M., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti nel bilancio di un decennio di riforme*. Relazione al 51° convegno di studi amministrativi, Varenna, 15-17 settembre 2005, in corso di pubblicazione.
- RODORF R., *Le società pubbliche nel codice civile*, le società, 2005
- ROMANO SANTI, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, Sansoni, 1946
- ROMANO TASSONE A. , *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998
- RORDORF R. , *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Le Società*, 2005, IV
- ROSSI A., *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, ad vocem
- ROSSI G. , *Gli enti pubblici associativi*, Milano
- ROSSI G. , *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, II
- ROSSI G. , *Gli enti pubblici*, 1991, Bologna
- ROSSI G. , *L'evoluzione del sistema elettrico, in particolare il rapporto tra l'Enel e le imprese degli enti locali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1993
- ROSSI G., *Diritto amministrativo*, cit., Vol. I
- ROSSI G., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005, 226 ss.
- ROSSI G., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, 190 ss.
- ROSSI G., *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv.pubb. app.*, 2006, II
- ROSSI G., *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 185 ss.
- ROSSI G., *Società. Enti pubblici*, in *Studi in memoria di F. Piga*, Milano, II, 1992, 1811 ss.;
- ROSSI R. , *Gruppo di imprese e conflitto di interessi tra nostalgie "atomistiche" e prospettive "molecolari"*, in *corr. Giur.*, n. 12, 1999
- ROVERSI MONACO F.A. , *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *Riv. dir. civ.*, 1986

- RUBINO M., SAMMARTANO, *Holding e società di gruppo: rapporti tra controllante e controllata, in il foro padano, 2001*
- RUFFINI F, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo de' Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny (1898), in Scritti minori, Milano, 1936*
- SALAFIA V., *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici, Le società, 2001*
- SALAFIA V., *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici, in Le Società, 2001, 773 ss.*
- SALERNO L. , *Golden share, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria, in Dir. comm. int., 2002*
- SALERNO L., *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 cod. civ. ai tempi della riforma, in Dir. fall., 2004, I, 458 ss.*
- SAMBATARO A., *Organizzazione amministrativa e democratica nell'ordinamento, Milano, 1966*
- SAN MAURO C., *Golden share, poteri speciali e tutela di interessi nazionali essenziali, Roma, 2004.*
- SANTINI G. , *Tramonto dello scopo lucrativo nella società per azioni, in Riv. dir. civ., 1973, I*
- SANTONASTASO F., *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. l. 23 dicembre 2005, n. 266, in Giur. comm., 2006, III, 383 ss.*
- SAVIGNY F. K., *Sistema del diritto romano attuale, trad. it., Torino, 1954.*
- SCHIAVELLO L. , *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa, Milano, 2001*
- SCHLESINGER P. , *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici, in Riv. soc., 1992*
- SCIUTO M., SPADA P. , *Il tipo della società per azioni, in G.E. Colombo – G.B. Portale (a cura di), Trattato delle società per azioni, Torino, 2004, III*
- SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche, in Dir. ec., 2005, II, 239 ss., e in I. CACCIAVILLANI (a cura di), Le società pubbliche, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, 21 ss.*
- SCOGNAMIGLIO A., *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici. Ex art. 2458, Foro Amm., 1984*
- SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società, Torino, 1996*
- SCORZA B., *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime, in riv. Dir. Comm., 1933, I*
- SCOTTI CAMUZZI S., *I gruppi fra diritto delle società e diritto di impresa, in atti del convegno internazionale di studi Venezia,*

- Scotti E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005
- SENA G., *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, in *Riv. soc.*, 1963, 284 e segg.
- SENA G., *Contratto di società e comunione di scopo*, in *Riv. soc.*, 1956, 730 e segg.
- SENA G., *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 43 e segg.
- SERRANI D., *I poteri per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Catania, 1978
- SETTE F. , *Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo*, in *riv. Dir. Civ.*, 1988
- SIMONETTO E., *Nazionalizzazione, privatizzazione e internazionalizzazione*, in *Riv. soc.*, 1974, 317 e segg.
- SORACE D. (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998
- SORACE D., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. Amm.*, 2006, 249 e segg.
- SORACE D., *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 233
- TORCHIA L., *La responsabilità* in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, cit., 1649 e segg
- SORDI B. , *Origine e itinerari scientifici della nozione di "ente pubblico" nell'esperienza italiana*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, V. Cerulli Irelli – G. Morbidelli (a cura di), Torino, 1994
- SPADA P., *Tipologia delle società per azioni e società per azioni quotate*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 211 e segg.
- SPATTINI G.C., *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006.
- STADERINI F., SILVERI A., *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1998.
- TOMBARI U. , *Gruppi e diritto societario: profili metodologici, individuazione del problema e tecniche di ricostruzione della disciplina*, in *i gruppi di società*, atti del convegno internazionale di studi di Venezia, Milano, 1996
- TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992.
- TORCHIA L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 223 ss.
- TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, Milano, Comunità, 1964.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, *Dir. Amm.*, 2004, 661

- URSI R., *Nota a Tar Lombardia, sez. I, ord. 13 ottobre 2004, n. 175*, in *Foro it.*, 2005, I, 34 ss.
- URSI R., *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, IV, 747 ss.
- URSI R., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori di imprese pubbliche* (nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667), in *Foro amm. Tar*, 2004, 693 ss.
- VACCARI V., *Imprese pubbliche e private - forme di controllo*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 219 ss.
- VELO D., *Imprese pubbliche e private e forme di controllo*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, II, 209 ss.
- VENTURINI L., *Corte di Cassazione e giurisdizione della Corte dei conti in questo primo tratto di anno: in particolare la sentenza n. 4511 del 1° marzo 2006*, in www.ammcorteconti.it/venturini.html.
- VENTURINI L., *La giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche* (nota a C. Conti, sez. giur. Lomb., 22 febbraio 2006, n. 114), in *Giorn. dir. amm.*, 2006, X, 1127 ss.
- VENTURINI L., *Società, gruppi societari in “mano pubblica” e salvaguardia delle risorse e dei fini di interesse generale: titolarità, funzione e servizio collettivo della giurisdizione di responsabilità amministrativa intestata alla Corte dei conti*, in *Foro amm. Tar*, 2005, II, 568 ss.
- VERONELLI A., *L'organo amministrativo nel sistema monistico*, Milano, 2006
- VERRUCOLI P., *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano 1964
- VIDIRI G., *Sulla mancanza di legittimazione del socio all'azione per danni cagionati da terzi ad una società di capitali*, in *Giust. civ.*, 1995
- VIGNOLA, *La distinzione fra ente pubblico e privato nella più recente evoluzione dottrinaia*, in *Riv. amm.*, 1979, I
- VIRGILIO R., *Il regime dei beni*. Relazione al convegno Cesifin Le società “pubbliche”, Firenze 20 maggio 2005, in www.cesifinalbertopredieri.it/index.jsp.
- VISENTINI G., *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma*, in *Il diritto fallimentare*, 2004
- VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Francia e in Italia*, Modena, 1928
- VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1923, II
- WEIGMANN R., *Dall'intervento dello Stato nelle imprese alle privatizzazioni*, in *Privatizzazioni e regioni*, a cura di v. Buonocore e g. Racugno, Milano, 2003
- ZOPPINI A., *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*. Relazione al Convegno “Le società pubbliche dopo la riforma del diritto societario”, Palermo – Fondazione Whitaker, 26-27 febbraio 2004.