



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DEL MOLISE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE  
DIPARTIMENTO GIURIDICO  
Anno accademico 2012/2013

\*

DOTTORATO DI RICERCA IN “DIRITTO ED ECONOMIA: INTERESSI  
RILEVANTI E TUTELE”  
CICLO XXIV

TITOLO DELLA TESI:  
“PUBBLICO E PRIVATO NELLE SOCIETÀ LEGALI”

COORDINATORE DEL DOTTORATO:  
CHIAR.MO PROF. GIANMARIA PALMIERI

TUTOR:  
CHIAR.MO PROF. GIANMARIA PALMIERI

CANDIDATO:  
DOTT. STEFANO MAZZOTTA

Nell'accingermi alla chiusura di questo lavoro, riassuntivo del cammino di ricerca seguito negli ultimi anni, sento la necessità di riconoscere il debito affettivo, umano e culturale nei confronti di molte persone che mi hanno preso per mano, "adottato", sorretto (già fisicamente prima che moralmente), foraggiato e guidato; e che mi hanno rivolto l'onore di poterle seguire e di poterle confrontare, potendo contare sulla loro comprensione, intelligenza, lealtà e pazienza.

Accanto a questa necessità, ne avverto una seconda: quella di fuggire dalla retorica – essendo queste righe, invece, sentita manifestazione del mio ringraziamento –. Il che mi induce a riferirmi a tutti loro, a tutte le persone cui vanno la mia gratitudine ed il mio affetto, non già con il nome proprio ma con un pensiero, quello più caro che conservo di ciascuno o con cui riesco a identificare il mio rapporto con ciascuno, con la certezza che sapranno coglierne il significato e riconoscersi. Il mio pensiero va anzitutto a chi, amante della Parola, mi ha sin dall'inizio rivolto il monito di "fare cose buone"; alle persone che hanno testimoniato in mio favore e che lo faranno ancora; alle mie "guide" tedesche; a chi mi costringe a confrontarmi col trascendente e a chi mi ha sempre riportato (a casa) sul concreto; e in ultimo – solo perché abbiano di che sorprendersi nel non essersi sino ad ora riconosciuti – alle mie "tre metà", chi per elezione e premurosa simbiosi, chi per sangue, chi per spirito.

Da tutti loro ho ricevuto più di quanto sia in grado di accogliere; e a loro va il merito di tutto.

## INDICE SOMMARIO

### CAPITOLO I

#### INTRODUZIONE ALL'ARGOMENTO. PIANO DELL'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO

1. - CONSIDERAZIONI PRELIMINARI. ILLUSTRAZIONE DEL CONTESTO DI RIFERIMENTO: INTERESSI PUBBLICI E INTERESSI PRIVATI NELLA CONFIGURAZIONE DEI RAPPORTI CONTRATTUALI. L'IMPIEGO DI STRUMENTI PRIVATISTICI DA PARTE DEGLI ENTI PUBBLICI. ....	6
2. - INGRESSO <i>IN MEDIAS RES</i> . BREVI RILIEVI DI ORDINE STATISTICO. GLI INTERVENTI LEGISLATIVI A PROPOSITO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA.....	14
3. - TENDENZE LEGISLATIVE RECENTI IN PUNTO DI VALUTAZIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO E PRIVATO NELLA REGOLAZIONE DEI RAPPORTI ECONOMICI. ....	22
4. - LA SPECIFICITÀ DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA NEL CONTESTO DEI RAPPORTI TRA PUBBLICO E PRIVATO NELLA REGOLAZIONE DEI FENOMENI ECONOMICI. ....	35
5. - MODALITÀ E CONFORMAZIONE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. RILEVAZIONI EMPIRICO-DIDASCALICHE. L'IPOTESI DELL'UNITÀ DEL FENOMENO SUL PRESUPPOSTO DELL'IMPIEGO DELL'AZIONARIATO PUBBLICO A FINI DI COORDINAMENTO POLITICO-ECONOMICO.....	39
6. - LE PRINCIPALI TEORIE CIRCA LA NATURA DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE (CENNI E RINVIO). ILLUSTRAZIONE DELL'IPOTESI DI LAVORO. ....	46
7. - UNA PROSPETTIVA COMPARATA. SPUNTI DI METODO RINVENIBILI DALL'ESPERIENZA DELL'ORDINAMENTO TEDESCO IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. IPOTESI DI LAVORO. ....	57
8. - SEGUE. ALCUNE PRECISAZIONI DI METODO. ....	72

### CAPITOLO II

#### L'EVOLUZIONE STORICA DEL NOSTRO ORDINAMENTO IN MATERIA DI SOCIETÀ PARTECIPATE E IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

##### PARTE I

##### L'EVOLUZIONE STORICA DELLE SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

1. PARTECIPAZIONE DELLO STATO NELL'ECONOMIA: LE STATALIZZAZIONI POST-UNITARIE NEL QUADRO DEL CODICE DI COMMERCIO DEL 1882.....	79
2. STATO-IMPREDITORE E STATO-AMMINISTRAZIONE AGLI INIZI DEL XX SECOLO: L'ESPANSIONE DELLA CAPACITÀ DI DIRITTO PRIVATO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE .....	87
3. L'ISTITUZIONE DELL'IRI NEL QUADRO DEL SISTEMA DELLE PARTECIPAZIONI STATALI.....	93
4. ENTI PUBBLICI E PARTECIPAZIONE DELLO STATO NELL'ECONOMIA NELLE SCELTE DEL LEGISLATORE DEL 1942: LE INNOVAZIONI INTRODOTTE DAL CODICE CIVILE .....	98
5. VERSO LA CRISI DEL SISTEMA DELLE PARTECIPAZIONI STATALI: L'AVVIO DEL PROCESSO DI PRIVATIZZAZIONE.....	103
6. SEGUE: IL PROCESSO LEGISLATIVO DI PRIVATIZZAZIONE DEI PRIMI ANNI NOVANTA.....	107

## PARTE II

### IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

1. - ALCUNE PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE. ILLUSTRAZIONE DEL PROSEGUITO DELL'INDAGINE.....	117
2. - LE SOCIETÀ LEGALI. IL QUADRO NORMATIVO DI SINTESI. ....	120
2.1. - <i>Gli enti costituiti - ex novo - secondo il modello s.p.a.</i> <b>Errore. Il segnalibro non è definito.</b>	
2.2. - <i>Gli enti costituiti secondo il modello s.p.a. in esito alla trasformazione da ente pubblico.</i> .....	123
A) Enel s.p.a. ed Eni s.p.a.....	123
B) Ferrovie dello Stato s.p.a. ....	128
C) Cinecittà Luce s.p.a. ....	130
D) Enav s.p.a.....	132
E) Poste Italiane s.p.a. ....	134
F) istituto poligrafico e Zecca dello stato s.p.a.....	136
G) Eur s.p.a.....	138
H) Anas s.p.a.....	140
I) Cassa depositi e prestiti s.p.a. ....	142
2.2. - <i>Le società legali costituite ex novo.</i> .....	145
A) ARCUS s.p.a. ....	145
B) Gestore Mercati energetici s.p.a.....	147
C) Agecontrol s.p.a.....	149
D) RAI s.p.a.....	150

### CAPITOLO III

#### LA TENDENZA ALLA RIQUALIFICAZIONE IN SENSO PUBBLICISTICO

#### LA PECULIARITÀ DELLE SOCIETÀ LEGALI

1. - PREMESSA.....	158
2. - <i>SEGUE</i> . LA RIQUALIFICAZIONE IN SENSO PUBBLICISTICO NELLA DOTTRINA TEORICA E PRATICA.....	162
2.1. - <i>Il diverso approccio al problema seguito nella giurisprudenza della Corte Costituzionale</i> .....	173
3. - RILIEVI CRITICI.....	178
4. - SPUNTI RICOSTRUTTIVI . LA DOTTRINA GIUSCOMMERCILISTICA E LO SCOPO DI LUCRO. UNA NOTAZIONE PRELIMINARE SUL METODO AI FINI DEL PROSEGUITO DELL'INDAGINE.....	195
5. - ( <i>SEGUE</i> ) ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE RINVENIENTI DALLA PIÙ RECENTE LEGISLAZIONE SPECIALE IN PUNTO DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA LOCALE. L'ART. 3, COMMI 27, 28 E 29 DELLA L. 244/2007.....	211
6. - LE CONSEGUENZE DELLA COSTITUZIONE LEGALE E IL RILIEVO DELL'ART. 2451 COD. CIV. PRIME CONCLUSIONI.....	224
<b>CENNI CONCLUSIVI.....</b>	<b>251</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>270</b>

## CAPITOLO I

### INTRODUZIONE ALL'ARGOMENTO. PIANO DELL'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO.

1. – CONSIDERAZIONI PRELIMINARI. ILLUSTRAZIONE DEL CONTESTO DI RIFERIMENTO: INTERESSI PUBBLICI E INTERESSI PRIVATI NELLA CONFIGURAZIONE DEI RAPPORTI CONTRATTUALI. L'IMPIEGO DI STRUMENTI PRIVATISTICI DA PARTE DEGLI ENTI PUBBLICI.

L'indagine che segue è dedicata all'esame di taluni profili inerenti al tema delle società a partecipazione pubblica, espressione, questa, che notoriamente rimanda ad un sostrato normativo variegato, in cui – sia consentito, per ora, solo in via di approssimazione – dato costante è rappresentato dal peculiare modo di atteggiarsi della disciplina delle società di che trattasi, nonché dall'alterazione del *funzionamento* delle medesime società rispetto all'omologa disciplina di diritto comune. E dalla circostanza, tendenzialmente comune a tutte le fattispecie che vi si possono annoverare, per cui la “presenza” nella compagine sociale dell'ente pubblico è idonea a influire – talvolta anche in maniera significativa –, o, in altri casi quanto meno ad ingenerare incertezze applicative, non soltanto, come è ovvio, sulle modalità d'azione del medesimo socio (in quanto) pubblico e sulla conformazione strutturale dell'ente; sibbene, e soprattutto, anche nei diversi momenti inerenti alla fase genetica, causale e organizzativa della disciplina del tipo sociale adottato; nonché, prima ancora, generando finanche incertezze in merito all'applicazione di taluni “frammenti” della disciplina costituenti lo statuto normativo dell'attività di impresa.

Sin dai primi passi condotti nell'avvicinarsi al tema in discorso si

percepisce la tensione tra le diverse istanze, pubbliche e private – se non altro per ragioni di convivenza di forma privata ed azione pubblica del socio – che si compendiano nella esistenza stessa di una società, appunto, a partecipazione pubblica. Il verificarsi di tale tensione è, come accennato (e volendone ora dare uno sguardo più ravvicinato), per un verso, la conseguenza naturale della circostanza che l'Ente pubblico, partecipante all'iniziativa imprenditoriale in forma societaria, sarebbe comunque astretto dai vincoli derivanti da "valori di riferimento" anche per ciò che concerne i rapporti giuridici di diritto privato<sup>1</sup>, ed espressi in primo luogo da norme di rango costituzionale in punto di buon andamento ed imparzialità dell'azione pubblica, con tutti i corollari che ne seguono (puntualmente indicati da norme di legge ovvero frutto dell'elaborazione della giurisprudenza teorica e pratica). Per l'altro verso, dal fatto che il riferimento (espresso, mediante l'impiego dell'acronimo indicante il tipo sociale adottato, di regola la s.p.a.) allo strumento societario evoca l'applicazione di una disciplina giuridica, diversa dalla "realtà" di cui è, per così dire promanazione (il pubblico), non solo sul piano finalistico (il perseguimento del fine di lucro), ma anche sul piano costitutivo, organizzativo e partecipativo<sup>2</sup>.

Da quanto precede emerge una prima indicazione – non esaustiva, ovviamente – sul come orientarsi nell'affrontare le peculiarità che pone l'oggetto di queste riflessioni, ossia la circostanza che quello delle società a partecipazione pubblica costituisce tematica

---

<sup>1</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., Ord. Del 30 marzo 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, pagg. 767 e ss.

<sup>2</sup> Si allude, chiaramente, alla suddivisione dei piani di considerazione civilistica del fenomeno delle società pubbliche, concettualizzata da OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pagg. 157 ss.

di confine tra quelle caratteristiche del diritto amministrativo e quelle del diritto commerciale, sì da rappresentare un crocevia di problemi interpretativi ed applicativi tra loro molto diversi – seppur connessi –, in cui *trait d'union* è costituito dal confluire (si vedrà in seguito se il menzionato “confluire” può effettivamente postularsi in senso tecnico giuridico; e, poi, se realizza conflitto, o all’opposto convergenza/coerenza; sovrapposizione o reciproca indifferenza; *etc.*) degli interessi privati e pubblici, e dei relativi corollari, nella regolazione dell’attività imprenditoriale condotta dall’ente partecipato.

Giova avvertire da subito, però, che le scelte del legislatore certo non sembrano voler agevolare il lavoro dell’interprete che intenda occuparsi del fenomeno dell’azionariato pubblico onde ipotizzare una soluzione che non sia disorganica, frammentaria ed eterogenea. Caratteristiche queste, invece, appartenenti alla legislazione in materia.

Ferma la puntuale esposizione e ricostruzione del panorama legislativo esistente in materia<sup>3</sup>, infatti, non può fare a meno di rilevarsi sin da subito che quest’ultimo presenta quanto meno tre peculiarità significative.

La prima rappresentata dal fatto che, nell’individuare i paradigmi di azione dell’ente pubblico e/o della società partecipata, la normativa di volta in volta dettata non reca in sé un organico corpo di regole che, come tale, sia utile a disegnare un modello organizzativo esaustivo e coerente con le ragioni di quella stessa scelta normativa. Nella legislazione in materia società in mano pubblica non è tracciata, per dirla altrimenti, una compiuta disciplina dell’attività di impresa condotta – in vari modi – da società partecipata da enti pubblici né vi è un compiuto modello di azione nella/della società per azioni pubblica.

---

<sup>3</sup> Che sarà oggetto delle pagine che seguono: *infra*, Cap. II, Parte II.



È dato registrare, piuttosto, alcune specifiche deviazioni dal regime ordinario del tipo sociale impiegato, che sembrerebbe restare dunque modello “presupposto”. Al contempo le singole disposizioni che tengono conto della partecipazione pubblica alle volte – come si cercherà di comprendere nel prosieguo del lavoro – sembrano segnalare una cesura, piuttosto che una coerenza, con le logiche che presiedono alla conformazione propria dei rapporti societari. Il tutto con la conseguenza di lasciare nelle mani dell’interprete l’onere di ricomporre le antinomie che si potrebbero generare.

La seconda peculiarità che caratterizza la legislazione in materia, è che (oltre all’assenza di un modello compiuto), il fenomeno dell’azionariato pubblico non si presenta neanche come modello legislativamente costante. Esso piuttosto varia in funzione delle fattispecie che la legge stessa postula o che prende in considerazione. Sulla falsariga di quanto osservato da illustre Maestro con riferimento all’analisi del concetto normativo di proprietà<sup>4</sup>, termine che si presta

---

<sup>4</sup> Ci si riferisce ai fondamentali scritti di PUGLIATTI, raccolti poi nel volume *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, *passim*, ed in particolare al contributo intitolato *La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)*, *ivi*, pagg. 145 ss.

Sul tema anche IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in *L’età della decodificazione*, Milano, 1999, *passim*, e in part. pagg. 95 ss. E di recente, proprio sul tema che ci occupa, anche NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, pagg. 999 ss, ove l’A. si esprime nel senso della “moltiplicazione dei tipi di società pubbliche”. Il fenomeno della incontrollata moltiplicazione delle società partecipate è stato oggetto approccio critico da parte di diversi autori da diverso tempo (cfr. in proposito anche quanto si dirà nella Parte I del Cap. II). Per un’ampia ricostruzione di tale tema si rinvia, tra gli altri a A. ROSSI, *sub vocem Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1993, pagg. 1 ss.; CASSESE, *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in AA.VV., *Le imprese a partecipazione statale*, a c. di G. Minervini, Napoli, 1972, pagg. 1 ss.; ID, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, 2001, pagg. 130 ss.; DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., v. XIV, Torino, 1997; MASSERA, *Nuovi aspetti dell’uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Ottaviano*, v. I, Milano, 1983, pagg. 551 ss.

piuttosto ad essere declinato al plurale, dunque, allo stesso modo sembra potersi dire che, lungi dal potersi discorrere *della* società a partecipazione pubblica, sembra più corretto prendere atto della eterogeneità dei modelli prefigurati dal legislatore, con la conseguenza di dover parlare *delle* società a partecipazione pubblica.

Una terza peculiarità è da rintracciare nell'eterogeneità del fenomeno dell'azionariato pubblico. Ovvero nella circostanza per cui la regolazione delle varie forme in cui si presenta la società partecipata, tiene in considerazione fattispecie non esattamente tra loro coincidenti, procede secondo logiche differenti, valuta le singole realtà in funzione dell'applicazione di regole (tra loro) non sempre omogenee. Vieppiù il legislatore, negli ultimi anni, ha spinto sempre di più il proprio "interesse" verso figure a fattispecie esclusiva che, come tali, precludono una riflessione sistematica<sup>5</sup>. Con la conseguenza, frutto di tali caratteristiche riconoscibili nel panorama delle società pubbliche, di non poter sempre contare su un apparato di norme armonico, un *common core*, per così dire, delle norme in materia di società partecipate, dal quale attingere onde risolvere effettive (o apparenti) antinomie o sciogliere problemi qualificatori, *etc.*

Ciononostante, in questo contesto, sovente sia la giurisprudenza che la dottrina, al fine di individuare uno statuto normativo comune, si sono interrogate sulla possibilità di ricondurre ad unità il fenomeno delle società pubbliche, pur nelle diverse forme in cui essa si presenta.

Non si tratterebbe invero di operazione sterile, ove fosse concretamente praticabile. Gli è che, infatti, il tentativo di astrazione di norme "di principio", la prevalenza assegnata a certi profili o quanto

---

<sup>5</sup> Si allude chiaramente a tutte quelle società istituite da leggi "a fattispecie esclusiva" delle quali si darà conto nel capitolo che segue (parte II).

meno la presenza di indici rivelatori, conduce la dottrina ad affidarsi alla qualificazione in senso pubblicistico o privatistico, qualificazione che a propria volta si rivela funzionale alla soluzione di problemi applicativi che l'ordinamento "di specie" non risolve, ma che - in qualche modo, come meglio si vedrà in prosieguo - implica e porta con sé. Il caso più evidente che torna all'attenzione dello studioso che si accingesse ad esaminare il fenomeno dell'azionariato pubblico passando in rassegna le pronunce giurisprudenziali più recenti sarebbe quello dell'assoggettamento a procedura concorsuale delle società partecipate<sup>6</sup>. Nessuna norma espressamente esonera le medesime società dal fallimento. Ma se la natura pubblica del socio pubblico ovvero gli interessi generali alla cui cura è deputato il socio medesimo si trasferissero (per ciò solo) all'ente partecipato, o ne qualificassero la natura, sì da costituire criterio di selezione della normativa applicabile, dando prevalenza a questa (supposta) sostanza sulla forma, la società pubblica finirebbe col poter "beneficiare" di una esenzione che, stando alla lettera della legge (art. 2221 cod. civ. e art. 1, co. 1, L. fall.), riguarda i soli enti pubblici. All'opposto, ove si desse prevalenza della forma societaria (con i corollari, anche sostanziali, che gli sono propri) espressamente attribuita a tali enti quanto meno nella denominazione, se interpretata nel senso dell'applicazione della relativa disciplina societaria salvo le deroghe che il legislatore, di volta in volta, si preoccupa di introdurre in riferimento a una data società partecipata, si

---

<sup>6</sup> Nel senso dell'esenzione, da ultima, la sent. del Trib. Napoli, sez. VII, del 24 ottobre 2012, in *Corr. Merito*, 2013, pag. 1; Trib. S. Maria Capua Vetere, Decreto, 6 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, pagg. 713 ss. In senso contrario, Trib. Velletri, sent. 8 marzo 2010, consultabile sulla banca dati <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; e cfr. anche Corte App. Torino, Decreto, Sez. I, 15 febbraio 2010, *Fall.*, 2010, pagg. 689 s. (s.m.); Corte d'appello Napoli, Sentenza, Sez. I, 15 luglio 2009, *ibidem*, pag. 690 (s.m.); Corte App. S. Maria Capua Vetere, Sentenza, Sez. III, 22 luglio 2009, n. 52, *ibidem*, in pagg. 690 s. (s.m.);

giungerebbe ovviamente, all'opposta conclusione della fallibilità, ad onta - almeno da un punto di vista "sostanziale" - delle finalità pubbliche sottese all'azione del socio, appunto, pubblico.

E analogo discorso può essere condotto con riguardo a numerosi altri aspetti, su cui la presenza del socio pubblico potrebbe essere idonea ad influire rispetto al "comune" diritto societario, quali quello della definizione del parametro operativo esclusivo per gli amministratori (se si tratti dell'interesse sociale a matrice lucrativa ovvero del diverso e/o aggiuntivo interesse pubblico di cui si "arricchisce" la società partecipata); dell'ossequio prestato dagli amministratori alle "indicazioni" ricevute per provenienza politica (rispetto alle previsioni di cui agli artt. 2364, co. 1, n. 5, cod. civ., e art. 2380 *bis* co. 1 cod. civ.); della responsabilità degli amministratori rispetto all'assoggettamento alla giurisdizione contabile<sup>7</sup>; dell'applicazione della disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento abusiva (su cui, come noto, è intervenuta una salomonica interpretazione "postuma" per effetto dell'art. 19, co. 6 del D.L. 1 luglio 2009, n. 78<sup>8</sup>)<sup>9</sup>; *etc.*

---

<sup>7</sup> Profilo, questo, che, a ben vedere, ancor oggi, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, non ha trovato un assetto ritenuto pienamente appagante. Ci si riferisce alla sent. 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giur. comm.*, 2011, II, pag. 315 (con nota di FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*), in *Giur. It.*, 2010, pag. 853 (con nota di nota di CAGNASSO, *Una "brusca frenata" da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile*) e in *Soc.*, 2010, pag. 306; e si v. anche IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti?*, in *Giur. comm.*, 2012, pag. 641.

<sup>8</sup> Per il cui commento si rinvia sin d'ora a CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, D.L. 78/2009)*, in *AA.VV.*, *Le società a partecipazione pubblica*, a c. di F. Guerrera, Torino, 2010, pagg. 167 ss.

<sup>9</sup> A tale profilo si aggiunge poi il tema, reso complesso anch'esso dalla tatificazione normativa, della disciplina dello spoil system. Ci si riferisce, più

In effetti il dibattito che, tradizionalmente, ha interessato la giurisprudenza, sia teorica che pratica, in tema di società pubbliche, ha fatto affidamento proprio sul richiamato dato, considerato discriminante (anche per ragioni storiche), quello della maggiore o minore rilevanza dell'interesse pubblico sotteso all'azione dello Stato (o delle sue articolazioni) rispetto alla determinazione di perseguire i propri fini secondo un modello organizzativo cui si il medesimo "assoggetta"<sup>10</sup>.

Le ragioni dell'una e dell'altra impostazione saranno chiarite meglio nella prosecuzione della presente indagine<sup>11</sup>. Sin d'ora però deve avvertirsi che, sia che si intenda procedere secondo una prospettiva "unificante", nell'intento di individuare un denominatore, comune a tutte le fattispecie annoverabili nel sintagma "società pubbliche", utile a risolvere (in un senso o nell'altro) i problemi applicativi che si presentano in materia; sia che si intenda segnalare possibili criteri di classificazione delle società pubbliche in ragione di taluni criteri di selezione (ciò che, quanto meno per una delle ipotesi di

---

esattamente, al disposto dell'art. 6, co. 1, della L. 15 luglio 2002, n.145, ove si prevede che le nomine "conferite dal Governo o dai Ministri" (per le quali sembra doversi intendere il potere di riserva allo Stato o ad altri Enti pubblici a termini dell'art. 2449 cod. civ.) nei sei mesi antecedenti alla scadenza naturale della legislatura, o nel mese antecedente allo scioglimento anticipato, nei sei mesi successivi al voto sulla fiducia del nuovo Governo "possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate".

<sup>10</sup> Ed in tal senso, chi nella dottrina ha sostenuto tale impostazione, ha sempre potuto contare in un valido punto di riferimento rappresentato dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile (al paragrafo 998) ove si precisa che "*in questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della 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*".

<sup>11</sup> *Infra*, Capitolo III.

società pubbliche, si proverà ad ipotizzare in questa sede) della disciplina applicabile, sembra proficuo procedere per gradi, onde scongiurare precomprensioni che falserebbero ogni riflessione in argomento, muovendo rapidamente, anzitutto, da due profili che, pare, si pongono sullo sfondo del tema delle società partecipate. Un primo, inerente alla tendenza legislativa, in punto di valutazione degli interessi pubblici e degli interessi privati nella regolazione dei fenomeni economici. Un secondo, legato ad una chiave di lettura del fenomeno in esame proposta da un autorevole studioso, occupatosi anch'egli dell'argomento, che ha ritenuto di poter ricondurre ad unità il fenomeno delle società pubbliche sul presupposto che l'assunzione di partecipazioni in società costituisce strumento per l'attuazione di una più articolata e generale politica economica da parte dello Stato, di guisa che dato unificante (e funzionale alla dimostrazione della prevalenza dell'interesse pubblico che porterebbe all'alterazione dell'interesse sociale) sarebbe rappresentato dall'indirizzo impresso dal pubblico per ragioni di ordine, se ben vediamo, politico-economico<sup>12</sup>.

2. – INGRESSO IN MEDIAS RES. BREVI RILIEVI DI ORDINE STATISTICO.  
GLI INTERVENTI LEGISLATIVI A PROPOSITO DELLE SOCIETÀ A  
PARTECIPAZIONE PUBBLICA.

La rilevazione statistica della dimensione che assume oggi il ricorso all'impiego dello strumento societario da parte dello Stato o di altri enti pubblici, sembra dar conto, seppure empiricamente, di quanto riferito a proposito della frammentarietà, disorganicità e eterogeneità

---

<sup>12</sup> Così COTTINO, *Diritto commerciale*, v. I, 2, Padova, 1994, pag. 727; ma già, GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, pag. 228.

della disciplina dettata in materia di società pubbliche.

Un rapido – per ora – sguardo ai dati statistici che riguardano il fenomeno cui sono dedicate queste pagine, consente di registrare in Italia, al 2008, l'esistenza di oltre 5000 società a partecipazione pubblica, delle quali quattrocento circa si caratterizzano per la partecipazione, diretta o indiretta, dello Stato centrale<sup>13</sup>. Altra rilevazione statistica condotta dalla Corte dei Conti<sup>14</sup>, riferita agli anni

---

<sup>13</sup> Si allude al dato riportato dalla relazione della Assonime, in *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008, pag. 8. Il dato si rivela altresì particolarmente significativo tenendo conto che, a fine anni '80, il medesimo fenomeno delle partecipazioni pubbliche si attestava intorno alle mille unità: cfr. in proposito le indagini statistiche riportate in AA.VV., *Il sistema amministrativo italiano*, a c. di L. Torchia, Bologna, 2009, pagg. 93 ss.

L'indicata relazione di Assonime, peraltro, si rivela di interesse anche laddove, auspicando il riordino della stratificata e confusa legislazione in materia di società pubbliche, prospetta *de jure condendo* una distinzione tra "società a partecipazione pubblica di mercato" e "società a partecipazione pubblica semi-amministrazioni"; le prime in tutto assoggettate al diritto comune e le seconde (articolate nelle sottocategorie: "società in house"; "società alle quali sono assegnate funzioni pubbliche"; "società deputate a svolgere servizi strumentali alle funzioni pubbliche") afferenti all'apparato della pubblica amministrazione. Su tale distinzione, si vedano i contributi raccolti nel volume collettaneo *Le società a partecipazione pubblica*, a c. di F. Guerrera, Torino, 2010, di CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, pagg. 1 ss.; IBBA, *Tipologia e natura delle società a partecipazione pubblica*, *Le società a partecipazione pubblica*, pagg. 18-20; nonché le considerazioni critiche secondo cui, per la categoria delle "semi-amministrazioni", la disciplina privatistica delle società continuerebbe ad essere comunque applicabile almeno come disciplina residuale, lasciando così insoluta la valutazione dell'eccezionalità e dell'interpretazione estensiva delle deroghe e delle norme di derivazione pubblicistica: LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e autonomia statutaria*, pagg. 48-49, testo e nota 35.

Per un'analisi statistica del fenomeno si v. anche il Dossier del Servizio Studi - Dipartimento bilancio della Camera dei Deputati, intitolato "*Le società a partecipazione pubblica - Serie Documentazione e Ricerche n. 237*" del 27 maggio 2011 (che, a propria volta, rimanda anche alle ricerche condotte dall'appena citato contributo di Torchia, *Il sistema amministrativo italiano*, cit.).

<sup>14</sup> Deliberazione n. 14/SEZAUT/2010/FRG, della Corte dei Conti, recante una "Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province - Relazione conclusiva approvata nell'adunanza del 22 giugno 2010", consultabile sul sito internet dell'Autorità medesima "[www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)".

2005/2008 (con analisi finanziarie che giungono sino al 2009) ha rilevato, poi, la presenza di 5.860 organismi partecipati da 5.928 enti (Comuni e Province), Tra essi, il 64,62% (3.787 degli organismi partecipati) è rappresentato da organismi aventi forma giuridica societaria, dei quali il 43,17% (1.635 unità) costituito nella forma della società per azioni, il 37,02% (1.402 unità) da società a responsabilità limitata, il 14,68% (556 unità) da società consortili ed il 5,12% (194 unità) da società cooperative<sup>15</sup>. Il panorama è altrettanto vasto e disomogeneo considerando la categoria dei servizi pubblici locali (34,67%, di cui il 10,26% si occupa di ambiente-rifiuti, il 9,46% di servizio idrico, l'8,24% di trasporti, il 6,71% di energia e gas) e le attività riconducibili agli altri servizi (pari al 65,33% degli organismi partecipati, attivi in varia misura nei settori culturale, sportivo e sviluppo turistico, di supporto alle imprese, professionali scientifiche e tecniche, agricoltura silvicoltura e pesca, sanità e assistenza sociale, farmacie).

Il dato numerico riferito, se asetticamente offre “solo” la misura del (massivo e variegato) ricorso alla partecipazione pubblica (dello Stato o di altri enti locali) in strutture societarie, acquista maggiore spessore e caratterizzazione allorché si consideri la complessità del tessuto normativo<sup>16</sup>, composto anche di norme o gruppi di norme

---

<sup>15</sup> Cui si aggiungono, nella già segnalata rilevazione statistica della Corte dei Conti, 2.073 organismi (dei 5860 complessivi) costituiti secondo forma giuridica diversa e, in particolare, il 61,55% (1.276 unità) nella forma del consorzio, il 14,18% come fondazione.

<sup>16</sup> Ci si riferisce, per ora, al solo accenno ai provvedimenti assunti in tal senso dal legislatore a partire dagli inizi degli anni '90, ed il cui comune denominatore è rappresentato dal riferimento a schemi d'azione privatistici per l'esercizio di attività rimesse ad enti pubblici e che hanno interessato e/o tutt'ora interessano il fenomeno delle società pubbliche, e, in particolare, i provvedimenti in materia di privatizzazione di enti pubblici economici: D.L. 3 ottobre 1991, n. 309; D.L. 5 dicembre 1991, n. 386; L. 8 agosto 1992, n. 359; le disposizioni in tema di



dettate a seconda delle contingenze e delle necessità, in cui si inscrivono le scelte, appunto, pubbliche.

Si tratta, questo, di un panorama decisamente articolato<sup>17</sup>, così “scomponibile” secondo questi criteri:

(A) Quanto all’ambito di estensione dello “*insieme dei fatti congiuntamente necessari per produrre un dato effetto*”<sup>18</sup>, ossia della fattispecie, si annoverano:

- statuti normativi che prendono in considerazione un ente individuato, sì che tanto la fattispecie astratta quanto la fattispecie concreta non soltanto sono postulate ma sono anche *realizzate* dalla legge, che riguarda - e costituisce - un ente con una denominazione specifica, costruendo così ipotesi di fattispecie esclusive, non applicabili al di là della fattispecie postulata e realizzata (o, talvolta,

---

privatizzazione di persone giuridiche pubbliche (art. 1, comma 36, L. 24 dicembre 1993, n. 537) di privatizzazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica (art. 2 D.L. 5 dicembre 1991, n. 386; art. 9 L. 24 dicembre 1993, n. 537). Per una rassegna sia consentito rinviare a PICOZZA, *Note introduttive*, in AA.VV., *Trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni*, a c. C. Ibba, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, pagg. 1207 ss.

<sup>17</sup> Non a caso, come si vedrà subito, è ormai imprescindibile nella letteratura in argomento imbattersi, sin dalle prime pagine, in puntualizzazioni inerenti al linguaggio convenzionale adottato nonché relative alle condizioni di impiego di un determinato lessico, mediante l’utilizzo di formule sintetiche attraverso le quali si tenta di (rac)cogliere o rivendicare le diverse sfumature secondo le quali si presenta normativamente, di volta in volta, il fenomeno delle partecipazioni pubbliche, così potendosi discorrere di società a partecipazione pubblica o società in mano pubblica, di diritto comune o “anomale”, speciali, a statuto speciale, a statuto singolare, a fattispecie esclusiva, legali (e, in quest’ultima categoria, al fine di individuare le società per le quali si possa ancora riconoscere l’atto di impulso in un atto di autonomia privata, si suole poi distinguere tra costituzione coattiva, obbligatoria e autorizzata). Non sempre sembra che a diversa qualificazione corrisponda un’omogeneità delle realtà costituenti quella categoria ovvero che la classificazione sia utile sul piano dell’individuazione della disciplina applicabile, sicché spesso il ricorso a quella stessa terminologia è da intendere nel suo valore eminentemente convenzionale, più che conoscitivamente utile.

<sup>18</sup> SACCO, *sub vocem Fattispecie (I agg.)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 2010, passim.

solo “indotta”<sup>19)</sup> dalla stessa legge.

- disposizioni che, lungi dal riferirsi a fattispecie esclusive, pongono piuttosto condizioni per la costituzione o per il mantenimento di partecipazioni in società, replicabile in una serie indefinita di casi.

(B) Quanto al soggetto partecipante, che può essere lo Stato<sup>20</sup>, le Regioni, i le Province ed i Comuni, che può/possono assumere la veste di socio unico o, insieme ad altri soci, anch’essi talvolta necessariamente pubblici;

(C) Quanto alle modalità di costituzione che, in alcuni casi è la stessa legge a disporre ovvero a imporre, essendo negli altri casi rimessa ad atto *discrezionale* - talvolta a date condizioni - dell’ente che assume (da solo o congiuntamente con altri, ed in tali casi, come si è visto, con o senza partecipazione privata) o “mantiene” l’iniziativa;

(D) Quanto alla fonte di disciplina, che è rimessa:

- a poche disposizioni contenute nel Codice civile e, più precisamente, gli artt. 2449 e 2451, le quali prevedono, la prima, un particolare regime di nomina (conformemente allo statuto, che “può” prevedere in tal senso) e revoca delle cariche sociali allorché lo stato detenga partecipazioni in società per azioni; la seconda che, per le “società per azioni d’interesse nazionale”, prevede l’applicazione delle disposizioni in materia di società per azioni compatibilmente con “le

---

<sup>19</sup> Il riferimento è rivolto, per ora genericamente, alla distinzione che può essere tracciata tra società coattive e obbligatorie, che si deve ad IBBA, *Le “società” legali*, Torino, 1992, *passim*.

<sup>20</sup> La titolarità delle azioni è normalmente rimessa al Ministero dell’economia e delle finanze, salvo, però, in alcuni casi specifici, attribuire l’esercizio dei diritti di pertinenza dell’azionista ad altro Ministero, competente per materia in relazione al settore d’attività di quella società; es.: Cinecittà Luce s.p.a., per la quale i diritti dell’azionista (che resta il Ministero dell’economia e delle finanze) sono rimessi al Ministero per i Beni e le Attività Culturali cui è attribuito altresì il potere di indirizzo strategico e di controllo (art. 5 *bis* della Legge n. 202/1993).

*disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti". Tali disposizioni, di regola, trovano applicazione trasversale*

- Alla legge speciale istitutiva di quello specifico ente<sup>21</sup> che, però, come detto, di regola, non reca in sé un compiuto ed organico impianto, bensì conferisce a quell'ente la "denominazione" si s.p.a. e a tale disciplina rinvia (implicitamente o esplicitamente) salvo però introdurre significative deviazioni dal modello del medesimo (sotto)tipo.

- A leggi che vincolano la facoltà di costituzione, a determinate condizioni, di una società: condizioni che, poi, secondo le circostanze, consentono la costituzione di società miste (con presenza del socio privato) o meno, nonché su taluni aspetti di disciplina, anche in questo caso non organica e compiuta, bensì parziale (si allude, qui, ovviamente, alla disciplina contenuta negli artt. 113 ss. del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali, D.Lgs. 267/2000).

(E) Quanto all'oggetto della disciplina, le più comuni sono costituite da: disposizioni relative alla regolamentazione della fase genetica della società<sup>22</sup> disposizioni relative alla denominazione (di

<sup>21</sup> La cui illustrazione ed esame puntuale, avendo ad oggetto numerose leggi speciali e, appunto, "singolari", sarà oggetto della parte II del Cap. II.

<sup>22</sup> Le quali solitamente la seguente fraseologia: "è istituita la società..." (art. 7 co. 1 D.L. 15 aprile 2002, n. 63 con. con L. 15 giugno 2002 n. 112; e art. 1 co. 1 LD.Lgs. 9 gennaio 1999, n. 1); "è costituita la società ..." (art. 1 *ter* co. 1 del D.L. 22 dicembre 1981, n. 807, conv.con modifiche con L. 5 marzo 1982 n. 63); "l'ente è autorizzato a costituire ... una società per azioni" (art. 10 co. 1 L. 8 ottobre 1997, n. 352 come modificato dall'art. 2, L. 16 ottobre 2003, n. 291; nonché l'art. 10 co. 1 del D.Lgs. 3 aprile 1993 n. 96); "l'ente ... è trasformato in società per azioni" (tra le altre si v.no art. 15 co. 1 D.L. 11 luglio 1992, n. 333 conv. con modif. con L 8 agosto 1992, n. 359; art. 5 *bis* del D.L. 23 aprile 1993, n. 118, conv. con modif. con L. 23 giugno 1993, n. 202; art. 1 co. 1 D.Lgs. 21 aprile 1999, n. 116; artt. 5, co. 1, e 6, co. 1, D.L. 30 settembre 1999, n. 269, conv. con modif. con L. 24 dicembre 2003, n. 326). Per una rassegna cfr. PIZZA,

regola indicata dalla stessa Legge istitutiva) e, più raramente, anche la sede sociale<sup>23</sup> disposizioni che determinano l'oggetto sociale, in taluni casi comprendenti attività tipicamente amministrative<sup>24</sup>, nonché inerenti e alle modalità di svolgimento dell'attività dell'ente, indicando sistemi separati dal punto di vista contabile e organizzativo secondo cui organizzare le attività assegnate dall'oggetto sociale medesimo (è il caso di Cassa depositi e prestiti s.p.a.); disposizioni relative all'ammontare del capitale sociale, talvolta invero assenti, altre volte definito come "iniziale", altre volte indicato nel suo ammontare minimo o massimo; disposizioni che attribuiscono - direttamente o rimessa a terzi: il CIPE - la titolarità<sup>25</sup> delle azioni della società, derivante da trasformazione di preesistente ente pubblico economico, ovvero costituita ex novo; vi sono poi diverse disposizioni che, operano

---

*Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, pagg. 24 ss.

<sup>23</sup> Ciò che accade in particolare per gli enti cui la legge ha proceduto alla costituzione, in forma societaria, *ex novo*.

<sup>24</sup> È il caso di Agecontrol s.p.a., cui è espressamente attribuita la "personalità di diritto pubblico", e che annovera tra i propri nell'oggetto sociale lo svolgimento dei "compiti e [del]le funzioni pubbliche di controllo ad essa assegnati dai regolamenti CEE n. 2262 del 17 luglio 1984" (art. 1, co. 1, D.L. 27 ottobre 1986, n. 701, conv. con modif. dall'art. 1 della L. 23 settembre 1986, n. 898); ed è altresì il caso di Gestore della rete di trasmissione nazionale s.p.a., cui sono attribuite "competenze, diritti e poteri di soggetti privati e pubblici, anche ad ordinamento autonomo, previsti dalla normativa vigente con riferimento alle attività riservate al gestore stesso" (art. 3, co. 2, della L. 19 marzo 1999, n. 79); ed è anche il caso di ANAS s.p.a. cui è rimessa "l'emanazione di tutti gli atti del procedimento espropriativo ai sensi del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione di pubblica utilità di cui al Decreto del Presidente della Repubblica, 8 giugno 2001, n. 327" (art. 7, co. 1, D.L. 8 luglio 2002 conv. con modif. con L. 8 agosto 2002, n. 178). E, infine, è il caso di RAI s.p.a. in relazione alla quale, a termini dell'art. 20, co. 3, L. 3 maggio 2004, n. 112, il consiglio di amministrazione "oltre ad essere organo amministrativo della società, svolge anche funzioni di controllo e garanzia circa il corretto adempimento delle finalità e degli obblighi del servizio pubblico generale radiotelevisivo".

<sup>25</sup> Di regola unitaria; eccezione in tal senso è, tra le altre, EUR s.p.a., il cui capitale è suddiviso tra il Ministero dell'economia e delle finanze ed il Comune di Roma, nella misura, rispettivamente, del 90 e del 10%.

una dissociazione tra ente incaricato della sottoscrizione ed ente assegnatario delle azioni<sup>26</sup>, nonché disposizioni che attribuiscono il diritto di voto ad altro soggetto diverso dal titolare<sup>27</sup>. Sono molte, poi, le disposizioni che impongono rigidi vincoli alla circolazione delle partecipazioni azionarie, in alcuni casi assolutamente esclusa<sup>28</sup>, in altri possibile solo in favore di alcuni soggetti predeterminati, in altri possibile solo previo assenso di soggetto estraneo alla compagine sociale<sup>29</sup>; altre norme poi si occupano di regolare le modalità di esercizio del voto in assemblea, ovvero attribuiscono particolari diritti (es.: di veto) su alcuni oggetti; norme che attribuiscono poteri di indirizzo e direttive<sup>30</sup> o di controllo<sup>31</sup>

<sup>26</sup> Pur sempre all'interno dell'organizzazione statale di vertice.

<sup>27</sup> Così, ad esempio, per il primo caso, viene in rilievo Arcus s.p.a., così il cui capitale, di otto milioni di euro, è sottoscritto dal Ministero dell'economia e delle finanze mentre i diritti dell'azionista sono attribuiti al Ministero per i beni e le attività culturali, d'intesa col primo; e, quanto al secondo caso, viene in rilievo Cinecittà Luce s.p.a., le cui azioni sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze, mentre i diritti dell'azionista sono esercitati dal Ministero per i beni e le attività culturali, d'intesa col primo;

<sup>28</sup> Per tale ipotesi si v. l'art. 7, co. 6, del D.L. 8 luglio 2002 (conv. con modif. con L. 8 agosto 2002, n. 178 e modificato, poi, dall'art. 76, co. 1, della L. 27 dicembre 2002, n. 289).

<sup>29</sup> Es. Monte Titoli s.p.a. in relazione alla quale l'art. 12 commi 1 e 2 della L. 19 giugno 1986, n. 289, prevede che *"il capitale della 'Monte Titoli S.p.a.' può appartenere esclusivamente: a) ad aziende ed istituti di credito; b) ad agenti di cambio; c) alla Banca d'Italia; d) su base di reciprocità, ad organismi esteri che esercitano attività analoga a quella della 'Monte Titoli S.p.a.'; e) ad altri soggetti depositari individuati ai sensi dell'articolo 10, comma 1"*; ma si v. anche l'art. 4, co. 7, del D.Lgs. 19 marzo 1999, n. 79 che, in relazione al Gestore della rete di trasmissione nazionale, prevede che *"il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sentita l'Autorità dell'energia elettrica e il gas, può autorizzare il gestore a cedere quote azionarie della società a soggetti che, in forma singola o associata, rappresentino componenti significative delle attività di distribuzione dell'energia elettrica. Nessuno di questi ultimi soggetti può controllare, direttamente o indirettamente, quote superiori al dieci per cento del capitale sociale. Il gestore mantiene in ogni caso la maggioranza di detto capitale"*.

<sup>30</sup> Art. 7, co. 4, D.L. 15 aprile 2002, n. 630, conv. con modif. con L. 15 giugno 2002, n. 112, ove, con riguardo a Patrimonio s.p.a., si vincola la società ad operare secondo

3. - TENDENZE LEGISLATIVE RECENTI IN PUNTO DI VALUTAZIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO E PRIVATO NELLA REGOLAZIONE DEI RAPPORTI ECONOMICI.

Si è già dato conto - seppure per sommi capi e in chiave "sincronica" - di quali siano gli ambiti di considerazione e di intervento della disciplina vigente in materia di società pubbliche. Nell'inventariare rapidissimamente il contenuto dei provvedimenti di legge assunti in proposito negli ultimissimi anni, è dato al contempo registrare una proliferazione di norme che, lungi dal voler introdurre paradigmi di azione che tengono conto della forma (quantomeno) privatistica dell'ente, sembrerebbero di primo acchito prestare maggiore attenzione alle esigenze derivanti dalla presenza del socio pubblico coinvolto nell'iniziativa: così è a dirsi per i limiti alla costituzione di società ed al mantenimento delle relative partecipazioni da parte di enti locali<sup>32</sup>; così è a dirsi per i provvedimenti assunti in funzione della limitazione dell'impiego delle risorse pubbliche (si pensi alla fissazione del tetto massimo del numero di amministratori e dei relativi compensi per ragioni, espressamente, di contenimento degli

---

gl indirizzi strategici indicati dal Ministero previa definizione da parte del CIPE delle direttive di massima.

<sup>31</sup> La gran parte degli statuti singolari rinvia all'art. 12 della L. 12 marzo 1958, n. 259, relativa al controllo esercitato dalla Corte dei conti sulla gestione finanziaria della società.

<sup>32</sup> Si pensi al c.d. Decreto "Bersani", noto anche come "decreto sulle liberalizzazioni", ossia il decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006, convertito con la legge n. 248 del 4 agosto 2006; o, ancora, alla legge di stabilità per il 2008, ossia la Legge 24 dicembre 2007, n. 244<sup>32</sup> Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato e s.m.i. (tra cui: l'art. 71, co. 1, lett d ed e, del D.Lgs. n. 69 del 18 giugno 2009; nonché l' art. 14 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con L. 31 luglio 2010, n. 122).

oneri a carico degli enti pubblici); per l'esercizio dei diritti relativi al diritto di accesso *ex art. 43* del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (ossia il D.Lgs. 267/2000 e s.m.i.); per la limitazione della partecipazione alle gare d'appalto da parte delle società c.d. *in house* e miste (art. 13 D.L. 223/2006 conv. con L. n. 248/2006); per l'applicazione delle logiche dell'evidenza pubblica (art. 3 commi 26 e 28 del D.Lgs. 163/2006); per l'abrogazione (in ossequio alle "indicazioni" provenienti dalle istituzioni comunitarie) dell'art. 2450 cod. civ. circa i poteri di nomina diretta alle cariche sociali da parte dello Stato<sup>33</sup>; etc.

Stante il "taglio" della quasi totalità dei provvedimenti di legge citati, non sembra un caso, allora, che, nel censimento della (estremamente vasta) letteratura esistente in argomento, il tema delle società pubbliche costituisca oggetto di indagine privilegiata degli studiosi del diritto amministrativo, già di per sé ovviamente attenta alla salvaguardia degli interessi pubblici (che vengono o possono venire in rilievo anche nelle società partecipate) cui è preposta l'azione, appunto, pubblica. E, a voler solo prendere in considerazione gli studi di carattere monografico, sembra quasi che negli ultimi anni l'argomento delle società a partecipazione pubblica sia diventato appannaggio (quasi) esclusivo degli studiosi di tale ultima disciplina<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Articolo abrogato dall'art. 3, D.L. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito in legge, con modificazioni, con L. 6 aprile 2007, n. 46; l'abrogazione ha assecondato le determinazioni assunte in sede comunitaria in particolare a seguito dell'avvio della procedura di infrazione, in riferimento all'art. 226 del TFUE, procedura contrassegnata dal n. 2006/2104; nonché a seguito della sentenza del 6 dicembre 2007 resa dalla Sez. I della Corte di Giustizia che ha rilevato una ipotesi di violazione del Trattato nei casi riserva di nomina diretta delle cariche sociali da parte dello Stato o degli altri enti pubblici a prescindere da criteri di proporzionalità con la partecipazione al capitale.

<sup>34</sup> Senza pretesa di esaustività, è sintomatico che, da un rapido censimento degli studi monografici in materia, seppure limitato agli ultimi anni, è dato risalire ai

Almeno a livello di osservazione empirica, la circostanza che all'interno dello studio di un medesimo istituto (e/o nella regolazione di esso), si possa dare una contestuale necessità di considerare gli interessi privati insiti nel modello d'azione adottato e gli interessi pubblici la cui cura è rimessa allo Stato (ed alle sue articolazioni), non è, poi, caratteristica esclusiva del tema delle società pubbliche. Questa *compresenza* (lo si ribadisce, per ora si tratta di osservazione empirica) si realizza, infatti, ogni qual volta lo Stato (o una sua articolazione), nel perseguimento delle finalità assegnategli di volta in volta dall'ordinamento, faccia uso di schemi d'azione privatistici; nei casi in cui rendendosi parte attiva, si esprime attraverso modelli pensati per la regolazione, nel "mondo" delle relazioni economiche, dell'agire dei privati stessi; o, per converso, succede allorché intervenga (in negativo,

---

seguenti contributi (che più o meno direttamente si occupano di "società pubbliche" e/o di particolari declinazioni del medesimo fenomeno), tutti di studiosi del diritto amministrativo: VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012; DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009; ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008; PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; RENNA, *La 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; e, seppure più indirettamente rispetto ai nostri fini, NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011 (spec. pagg. 30 e ss.).

Per converso, gli ultimi studi di ampio respiro condotti in argomento da studiosi del diritto commerciale sono attribuibili a SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Tratt. Dir. Comm.*, dir. da V. Buonocore, sez. IV, tomo 10, Torino, 2009; DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Tratt. Dir. Comm.*, dir. da V. Buonocore, Sez. IV Tomo 7, Torino, 2010.

Anche prendendo in considerazione i volumi collettanei o i contributi pubblicati su rivista, non ci sembra che ci si discosti molto dalla tendenziale prevalenza di pubblicazioni edite a cura di studiosi del diritto amministrativo.



limitando; o in positivo, propiziando) nei rapporti privati orientandone l'azione in ossequio ad esigenze di carattere pubblicistico ovvero *deleghi* la materiale attuazione di dette finalità a privati. E, sotto quest'ultimo aspetto, in particolare nei casi in cui tracci dei profili di forte eteronomia nell'ambito dei rapporti (che restano in tutto e per tutto) privati.

Queste riflessioni sembrano, di primo acchito, condurre troppo lontano rispetto all'oggetto di queste riflessioni. Nondimeno, nel rispetto delle finalità di questo lavoro, una considerazione delle questioni suindicate può avere risultati particolarmente fecondi per la prosecuzione dell'indagine.

Per svariate ragioni che sarebbe arduo enumerare e tanto meno illustrare tutte compiutamente (attingendo talune anche ad un piano metagiuridico), quella testé indicata è tendenza sempre più diffusa nel nostro ordinamento, solo che si pensi:

(A) da un canto, alla sempre maggiore diffusione che ha conosciuto, in ambito pubblicistico, l'impiego di modelli d'azione consensuale - in luogo di quella autoritativa - della Pubblica amministrazione. In particolare negli ultimi anni, infatti, è dato registrare la progressiva dilatazione (favorita anche dalla legge, come si dirà a breve) del ricorso a moduli convenzionali nello svolgimento dell'attività amministrativa in luogo dell'azione tipicamente caratterizzata dalla imposizione in via autoritativa<sup>35</sup>. La ragione principale, affidandoci ai risultati conseguiti ed alle ricostruzioni

---

<sup>35</sup> La letteratura in materia è assai vasta; sia consentito, dunque, ai più recenti contributi monografici: MASSERA, I contratti, in Tratt. dir. amm., a cura di S. Cassese, Diritto amministrativo generale, II, Milano, 2003, pagg. 1547 ss.; CARANTA, I contratti pubblici, Torino, 2004; GRECO, Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto, in Scoca, Roversi Monaco e Morbidelli, Sistema del diritto amministrativo italiano, Torino, 2004, 166 ss..

(anche di carattere storico) operate dalla dottrina amministrativistica, sarebbe da individuare nel bisogno di esercitare la funzione pubblica in modo più efficiente ed efficace, senza i condizionamenti che derivano dalle specifiche regole di gestione dell'attività amministrativa<sup>36</sup>. A monte della questione, concettualmente, oltre che storicamente, torna in rilievo il dibattito (che si è accompagnato e tutt'ora si accompagna non soltanto a numerosi dubbi bensì è foriero di decisive ricadute applicative) che ha interessato l'ammissibilità ed i limiti di applicazione della regola *privatistica* in capo allo Stato (od all'articolazione, funzionale o periferica, di esso), alla quale quest'ultimo abbia fatto ricorso nell'esercizio della *funzione*<sup>37</sup> amministrativa.

È problema, questo, che si pone – seppure in termini non esattamente coincidenti – con riguardo alla possibilità di *costruire* un contratto “speciale”, sottratto alla disciplina di diritto comune, per ragioni (anzitutto) strutturali; un contratto, contraddistinto dalla

---

<sup>36</sup> Così, tra gli altri MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, pag. 651; CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pagg. 901 ss.; TRIMARCHI BANFI, L'art. 1 comma 1 *bis* della l. n. 241 del 1990, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, pagg. 950 ss.; ID., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, pagg. 661 ss.

<sup>37</sup> Sia consentito in questo momento l'impiego del termine *funzione*, riferito all'attività amministrativa, in un'accezione atecnica, quale sinonimo della cura di interessi pubblici, consci del significato che, nella dottrina amministrativistica, assume il medesimo termine in riferimento all'attività che costituisce esercizio di un potere giuridico pubblicistico in contrapposizione alla nozione di servizio pubblico il cui contenuto è riferito, in via residuale, all'attività di cura di interessi pubblici priva della presenza potere e potestà (sul punto si v. MIELE, *sub vocem Funzione pubblica*, in *Nov.mo Dig. it.*, Torino, VII, 1961, pag. 687). È altresì noto che la distinzione fra *funzione* e servizio pubblico è stata oggetto di revisione critica tenendo conto della polisemia di entrambe le espressioni in diverse previsioni normative. In argomento si v. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, v. I, a c. di S. Cassese, Milano, 2006, pag. 26); e già MODUGNO, *sub vocem Funzione*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1969, pag. 312.

carezza di libertà nei fini, cioè, riconducibile ad una specifica categoria, quella del c.d. “contratto della pubblica amministrazione”<sup>38</sup> – quale *tertium genus*, risultante dalla combinazione, sul piano della disciplina, tra provvedimento amministrativo (tipicamente caratterizzato dal carattere autoritativo dell’agire pubblicistico e animato da un interesse non “singolare”), e negozio civilistico, (fondato sulla rilevanza dell’elemento volitivo). Tale evenienza, come si vedrà, si realizza nei casi in cui una delle parti contraenti è un ente pubblico, sì che il contratto *de quo* risulta espressione di una peculiare capacità di diritto privato della Pubblica amministrazione (della quale si impone l’esame dei limiti e della funzione in coerenza con le attribuzioni della P.A.).

Questo dibattito (rievocato in questa sede, per quanto di interesse, nei limiti in cui si rintracciano profili di contiguità), invero, si è storicamente posto in origine con riferimento al rapporto di pubblico impiego e alla responsabilità civile della Pubblica amministrazione (per es. in punto di responsabilità per attività pericolose, nonché di responsabilità dello Stato per fatti illeciti dei suoi agenti)<sup>39</sup>; la questione, tuttavia, ha spesso trasceso i singoli aspetti controversi, coinvolgendo la stessa concezione generale dell’azione privatistica della Pubblica Amministrazione, per la quale però si postulava la sottrazione alle norme di diritto comune dei contratti. Specie in passato, infatti, era profondamente radicata l’idea per cui l’esercizio delle potestà pubbliche, ad eccezione dei casi nei quali interferisca con situazioni soggettive tutelate dal diritto civile, si svolge su di un piano

---

<sup>38</sup> Sul punto, nella dottrina amministrativistica si v. già SALV. ALB. ROMANO, *L’attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, 1979, pag. 36.

<sup>39</sup> Per poi riguardare più puntualmente anche il concordato tributario e gli accordi amichevoli per l’indennità di espropriazione.

pubblicistico in quanto tale svincolato dai principi del diritto comune, residuando al più spazio per l'attivazione dei controlli amministrativi, e che sarebbe stata, al più, predicabile la responsabilità politica, non giuridica, dello Stato<sup>40</sup>.

Il dibattito in discorso, inoltre, è stato sin dall'origine condizionato, da un canto, dall'idea per cui la Pubblica amministrazione, che si rende portatrice di interessi pubblici, è per ciò stesso rivolta al perseguimento di interessi preminenti rispetto a quello individuale del privato controparte negoziale, sì che non può postularsi una posizione di "parità" analoga a quelle anella quale si trovano tra loro i privati nell'esercizio dell'autonomia negoziale. In questa prospettiva, troverebbe così spiegazione la prefigurazione normativa del contenuto di tali "contratti" nonché la conclusione circa la facoltà di revoca e modifica unilaterale del contenuto dei medesimi da parte della P.A. Dall'altro canto, pur nel pensiero degli interpreti maggiormente inclini ad ammettere l'ammissibilità della figura in discorso, emerge il dubbio costituito dalla possibilità di rimettere l'esercizio di potestà tipicamente pubbliche al privato (seppure in concorso con la P.A.). Il dubbio, insomma, inerente alla possibilità per il privato, sprovvisto di qualità caratteristiche della P.A. quali l'indipendenza e l'imparzialità, di concorrere alla definizione e/o attuazione di finalità cui è sotteso un interesse pubblico. La ragione sarebbe (stata) da ricercare nella eterogeneità delle due "manifestazioni

---

<sup>40</sup> In argomento si v. no gli scritti che, prima della nota decisione delle SS.UU. della Corte di Cassazione, del 22 luglio 1999 n. 500, si erano interrogati sulla risarcibilità delle posizioni soggettive attinte (e lese) dall'azione della P.A., quali contributi paradigmatici della convinzione circa la tendenziale sottrazione di quest'ultima alla regola privatistica sic et simpliciter: CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, 1963; FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Marino Solfanelli ed., 1984; SALV. ALB. ROMANO, *Il cosiddetto "risarcimento degli interessi legittimi"*, Roma, 1984.

di volontà”, che non si presterebbero, in questa prospettiva, a combinarsi in un unico atto. In tal senso, la funzione costitutiva del rapporto sarebbe stata da individuare nell’atto pubblicistico, rispetto al quale la manifestazione “negoziale” del privato avrebbe assolto la funzione di “presupposto di legittimità” dell’atto amministrativo medesimo<sup>41</sup>.

D’altronde, l’attività di diritto privato, nel contesto storico in cui ha avuto origine la legislazione delle amministrazioni pubbliche tradizionali italiane, era considerata essenzialmente come una attività “subalterna”, cui lo Stato faceva ricorso onde soddisfare proprie specifiche esigenze logistico-organizzative. Nonostante fosse concettualmente confinato in tale ruolo, l’impiego degli *strumenti* di diritto privato cui ricorrevano le pubbliche amministrazioni manteneva caratteri differenziati dall’agire dei privati, poiché pur sempre veniva vista come attività dello Stato e, soprattutto, come attività coinvolgente l’impiego delle risorse pubbliche. Sia sufficiente, a questo proposito, porre mente alla circostanza che storicamente la disciplina dei contratti della pubblica amministrazione è stata normativamente considerata materia totalmente rientrante nell’ambito della contabilità pubblica dello Stato, ciò che manifesta la prevalenza accordata dal legislatore storico al profilo finanziario-contabile della attività negoziale della P.A., e che invece, per altra parte della dottrina che ha sottoposto a revisione critica tali assunti, ne costituisce soltanto uno degli aspetti<sup>42</sup>.

Ciò posto la disciplina oggi vigente in materia di procedimento amministrativo (la L. 7 agosto 1990 n. 241 come modificata dalla L. 11

---

<sup>41</sup> Per tale tesi si v. VIRGA, *sub vocem Contratto (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Torino, 1961, pagg. 983-985.

<sup>42</sup> In proposito cfr. la ricostruzione di SALV. ALB. ROMANO, *L’attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, cit., pagg. 36 ss.

febbraio 2005 n. 15), in effetti, sembra aver propiziato in termini generali il riferimento alla regola civilistica quale mezzo idoneo al perseguimento di finalità pubbliche. Viene qui in rilievo, in particolare, il richiamo al diritto privato come previsione di principio (art. 1 *bis* della L. 241/1990) e – come è stata definita – “categoria” ordinante dei rapporti in cui è parte la P.A.<sup>43</sup> (a condizione che la P.A. non agisca attraverso atti di natura autoritativa e salvo che la legge disponga diversamente). La innovazione legislativa *de qua* sembra ormai pacificamente interpretata nel senso dell’estensione del ruolo del diritto privato nell’ambito della disciplina dell’azione pubblicistica, anche alla luce di quanto stabilito dal diritto comunitario. Il processo di integrazione europea, in particolare, ha limitato drasticamente la possibilità di riconoscere in capo alla pubblica amministrazione benefici e privilegi, vincolandola piuttosto al rispetto di obblighi e doveri a tutela degli utenti, dei consumatori e degli operatori, con lo scopo di evitare la formazione di sacche di privilegio nel contesto concorrenziale.

Per cogliere la portata innovativa della summenzionata disposizione (il comma 1 *bis* dell’art. 1 L. 241/1990), d’altronde, la dottrina amministrativistica ha evidenziato la necessità di una lettura congiunta con l’art. 11 L. 241/1990 (come emendato dalla l. n. 15/2005) che, già in sede procedimentale, stabilisce che *«l’amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine*

---

<sup>43</sup> Nella dottrina amministrativistica si è invero evidenziato che, anche prima dell’introduzione dell’art. 1 *bis* nell’impianto della L. 241/1990, la formula dell’accordo non fosse disconosciuta, ponendosi piuttosto il problema della vincolatività degli “accordi” nei confronti dell’ente pubblico: così MOREA, *Gli accordi amministrativi tra “norme di diritto privato” e principi italo comunitari*, Napoli, 2008, pagg. 39 ss.

di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo [...]. Ad essi [accordi, n.d.r.] si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili». Tale disposizione (dalla cui attuale formulazione è stato espunto il previgente inciso “nei casi previsti dalla legge”), è stata avvertita dalla dottrina che se n’è occupata come conferma della trasformazione della modalità ordinaria di conclusione del procedimento, oggi affine alle logiche consensuali del diritto privato, e la cui applicazione muterebbe da eccezione a regola, così ponendo il modulo consensuale sullo stesso piano di quello autoritativo<sup>44</sup>.

(B) Dall’altro canto, in ambito civilistico, non si può fare a meno di porre mente alla sempre più incisiva considerazione del ruolo del contratto (o degli altri atti negoziali) tra privati quale strumento di regolazione pubblicistica, vuoi per ragioni di indirizzo del mercato, vuoi per la realizzazione di interessi generali la cui rilevanza emerge (o può emergere) in ogni singola operazione economica<sup>45</sup>. Nella dottrina civilistica la questione è tutt’altro che sconosciuta, e ruota anzitutto attorno alle riflessioni tra autonomia ed eteronomia nella definizione

---

<sup>44</sup> Così, tra gli altri, ALPA, *Divagazioni sull’attività negoziale della P.A. nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *Contr.*, 2006, pagg. 175 ss.; A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, § 3. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, pag. 95 (che nondimeno avverte inappagante l’asestamento che si è avuto in punto di rapporti tra interessi pubblici e regime privatistico); si esprime finanche in termini di ossessione dell’ordinamento italiano ad estendere alla pubblica amministrazione in vario modo la possibilità di impiego del diritto privato, parla, MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, cit., pag. 651.

<sup>45</sup> Nel senso inteso da E. GABRIELLI, *Il contratto e l’operazione economica* (in *Contr. e impr.*, 2010, pagg. 93 ss. e spec. pagg. 95-96). Ma si v. già cfr. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, pagg. 919 ss.

dell'assetto contrattuale. È la presa d'atto di tale contrasto di principio, tra autonomia ed eteronomia, unitamente alle ragioni che muovono l'eteronomia (che di regola opera attraverso un controllo sul contenuto dell'atto di autonomia privata, solitamente per riequilibrarne l'assetto<sup>46</sup>), ad aver indotto autorevole dottrina<sup>47</sup> ad esprimersi criticamente nei confronti dell'indirizzo così assunto dal legislatore, definito quale forma paternalismo giuridico, ossia di "*forte riduzione di libertà di scelta da parte dell'individuo, operata dall'ordinamento al fine di assicurare una particolare protezione della persona, o di una intera categoria di persone, da atti contrari al proprio interesse*"<sup>48</sup>.

E, a prescindere dalle forme di paternalismo giuridico, non può fare a meno di considerarsi che anche in settori del tutto diversi da quello che ci occupa si segnalano norme preordinate alla regolazione dell'attività negoziale privata in funzione di finalità di carattere generale, di pertinenza della collettività indistinta. Basti pensare per un verso a taluni ordinamenti, per così dire, di settore, la cui conformazione di principio, rispondente a finalità di interesse pubblico (es. la sana e prudente gestione degli operatori bancari, in funzione della stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario: art. 5 del D.Lgs. 385/1993, il c.d. Testo Unico Bancario)

---

<sup>46</sup> Si pensa alla disciplina che comunemente indicata sotto il nome di "contratti del consumatore", oggi prevista dal Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206; o anche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica nella c.d. subfornitura nelle attività produttive, regolata dalla Legge 18 giugno 1998, n. 192, dettata in funzione della tutela degli interessi della parte negoziale che, in ragione della propria posizione subalterna rispetto alla controparte contrattuale, può contare sulla sanzione della nullità delle pattuizioni che, nell'architettura del contratto, manifestano un eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti medesime.

<sup>47</sup> IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, pagg. 139 s.

<sup>48</sup> In termini COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadr.*, 1993, pag. 120.



influisce a valle sull'attività - anche privatistica - degli operatori medesimi. Altrettanto espressivo è, poi, l'animato dibattito che ha interessato la qualificazione giuridica delle fondazioni bancarie, (quanto meno ai fini dell'applicazione delle norme dettate dal Codice dei contratti pubblici, ossia del D.Lgs. 163/2006), per via (i) della sottoposizione di esse alla vigilanza (sia pure in via transitoria) del Ministero dell'Economia e delle Finanze; (ii) della non perseguibilità di fini di lucro e, piuttosto, della necessità che l'attività sia orientata verso scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico; (iii) per via della riserva, a termini dell'art. 4, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 153/1999 della nomina dei componenti dell'organo di indirizzo per le fondazioni di origine istituzionale, in modo da garantire *"un'adeguata e qualificata rappresentanza del territorio, con particolare riguardo agli enti locali"*. La disposizione è stata poi oggetto di modifica in senso ancor più marcatamente pervasivo, con l'entrata in vigore della legge n. 448/2001, che ha imposto una *"rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'articolo 114 della Costituzione, idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione"*. È stato tuttavia necessario l'intervento della Corte Costituzionale<sup>49</sup> prima e del legislatore poi<sup>50</sup> per fugare ogni dubbio in

---

<sup>49</sup> Sentt. nn. 300 e 301 del 29 settembre 2003, rispettivamente in *Foro Amm. CDS*, 2003, pag. 2511 e in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, pag. 1169.

<sup>50</sup> Si tratta del D.L. n. 162/2008 che, all'art. 1, comma 10 ter espressamente esclude dall'ambito di applicazione soggettivo del Codice appalti anche le fondazioni bancarie, a condizione che non usufruiscano di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture. Tale principio ha trovato rapidamente séguito nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (sent. n. 1255 del 3 marzo 2010, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, pagg. 530 ss.), che ha confermato l'inapplicabilità della qualifica di organismi di diritto pubblico delle fondazioni bancarie. Ma, nel senso della qualifica pubblicistica, seppure in anni anteriori alle menzionate riforme nonché negli anni precedenti alle pronunce della Corte Costituzionale richiamate nella nota precedente, cfr. BELLÌ-MAZZINI, *sub vocem Fondazioni bancarie*, in *Dig. disc. priv.*, sez.

proposito, riconoscendo (specie la Consulta) senz'altro natura privata alle fondazioni bancarie, anche ai fini dell'applicazione delle disposizioni recate dal Codice dei contratti pubblici, sul presupposto della limitata capacità euristica della distinzione tra pubblico e privato.

Sia sufficiente, inoltre, pensare a tutte quelle attività senz'altro private la cui disciplina accorda misure di privilegio che suggeriscono l'intenzione del legislatore di voler favorire la diffusione dell'istituto in ragione del carattere generale/collettivo/sociale dell'interesse perseguito. È il caso, ad esempio<sup>51</sup>, della disciplina inerente alla c.d. impresa sociale, introdotta dal D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155, al cui art. 1 si prevede che *«possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private [...] che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale»*. Per tali imprese il beneficio è rappresentato tra gli altri dalla limitazione (a determinate condizioni<sup>52</sup>) della responsabilità patrimoniale dei partecipanti all'iniziativa a prescindere dalla forma

---

*comm*, vol. di aggiornam., Torino, 2000, pagg. 299 ss.; MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazione e imprese: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, v. II, t. 1, Milano, 1998, pagg. 457 ss.

<sup>51</sup> Ma a ben vedere analogo discorso può essere condotto con riguardo ad altre fattispecie precise, alle quali di regola però il legislatore accorda anche benefici di carattere fiscale: L. n. 381/1991 sulle cooperative sociali; la L. n. 266/1991 - c.d. legge quadro sul volontariato -; il D.Lgs. n. 460/1997 - di riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali, in cui si specifica che tra le organizzazioni non lucrative di utilità sociale rientrano tutte *“le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative [...], con o senza personalità giuridica [...], che perseguono esclusivamente finalità di solidarietà sociale”*; L. n. 281/1998 in materia di associazioni dei consumatori e degli utenti, etc.

<sup>52</sup> In particolare, fatta salva l'applicazione di discipline di maggior favore, la dotazione (e mantenimento) di un patrimonio netto pari ad almeno 20.000 euro (art. 6, D.Lgs. 155/2006).

giuridica adottata, fermo restando che (i) è loro precluso il conseguimento del lucro soggettivo; (ii) non è consentita la costituzione di imprese che vogliano aspirare alla qualifica di “impresa sociale”, da parte di amministrazioni pubbliche nonché da parte di organizzazioni che erogano i propri beni e servizi in via esclusiva in favore dei propri soci, associati o partecipanti (art. 1, co. 2, D.Lgs. 155/2006).

#### 4. – LA SPECIFICITÀ DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA NEL CONTESTO DEI RAPPORTI TRA PUBBLICO E PRIVATO NELLA REGOLAZIONE DEI FENOMENI ECONOMICI.

L’analisi, che così impostata potrebbe condurre troppo lontano rispetto al tema delle società a partecipazione pubblica, merita ovviamente di essere limitata<sup>53</sup>. Tuttavia, i cenni che sono stati dedicati alle due questioni del rapporto tra pubblica amministrazione e schemi d’azione privatistici e, all’opposto, della penetrazione di interessi di tipo generale all’interno di relazioni senz’altro private, sembra a chi scrive che conservino una loro utilità: ci sembra infatti che le riflessioni sino ad ora esposte possano rivelarsi utili a definire lo scenario entro il quale si collocano i problemi interpretativi in tema di società pubbliche che, come anticipato sorgono proprio per effetto della commistione tra momento pubblicistico e privatistico all’interno del medesimo fenomeno.

La contiguità, in certo senso, con le riflessioni che precedono ci

---

<sup>53</sup> D’altronde è la stessa eterogeneità del fenomeno delle società a partecipazione pubblica (fenomeno la cui “unità”, si può anticipare, sembra predicabile, forse, solo in senso politico-economico, ma sicuramente non in senso tecnico-giuridico) ad imporre una partenza “da lontano” e un approccio, per così dire, di avvicinamento progressivo.

pare essere confermata essenzialmente da almeno due ordini di ragioni: la prima, formale, è che la presenza pubblica qualifica, da un punto di vista strutturale, tanto l'attività contrattuale (per così dire) generale, quanto le società a partecipazione, per l'appunto, pubblica. La seconda, sostanziale, per cui in entrambi i casi (tanto nell'attività contrattuale *in senso lato*, quanto nel tema delle società partecipate), ritornano sempre, in primo piano, interrogativi analoghi, relativi alla influenza spiegata dall'interesse pubblico (di cui è portatore, appunto, lo Stato o gli Enti pubblici) non solo sui profili strutturali del rapporto, sibbene anche sul piano della disciplina di quello stesso rapporto<sup>54</sup>, nel senso di sottrarre il contraente pubblico o il socio pubblico da taluni profili della disciplina privatistica comune in ragione della predicata preminenza dell'interesse pubblicistico o, se si vuole, della assenza di funzionalità della norma privatistica a servizio degli interessi pubblici.

Ed in effetti anche nel caso che ci occupa, quello dell'azionariato pubblico e specialmente quello delle società legali, il dibattito, ancor oggi particolarmente intenso, assume proporzioni e posizioni analoghe.

Nella letteratura, infatti, come anticipato, il tema delle società a partecipazione pubblica finisce per essere terreno di reciproche rivendicazioni tra assertori della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, e viceversa col fine di giustificare determinate soluzioni applicative sul presupposto della preminenza dell'interesse pubblico su quello privato ovvero, al contrario, della preminenza della regola che è il portato della forma privata cui il soggetto pubblico "si

---

<sup>54</sup> In argomento, cfr. CARANTA, *sub vocem Contatti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, v. I, Torino, 2008 (agg. 2011 a c. di Grillo), pagg. 137 ss.; e RICCIUTO-NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato dir. civ. Cons. Naz. Notariato*, Napoli, 2009, in part. pagg. 27 ss. e 157 ss.

assoggetta”.

L’orizzonte concettuale entro cui si collocano le presenti riflessioni, insomma, sembra restare, in parte, il medesimo già tratteggiato con riguardo alla commissione “pubblico-privato” che riguarda altri settori dell’ordinamento.

Senonché, dalla disamina svolta nel precedente paragrafo sembra potersi cogliere un primo suggerimento, che va nel senso dell’affievolimento, se non nel senso del superamento, nel nostro ordinamento, di una netta contrapposizione tra pubblico e privato come predicati – a fini qualificatori – della natura del soggetto cui è rimessa, appunto, la cura dell’interesse generale pubblico, a prescindere poi da quale sia il campo tematico (il diritto pubblico o il diritto privato) al quale si volesse assegnare tecnicamente quel determinato fenomeno-istituto. E, per meglio dire, sembra assistersi ad una scoloritura del criterio del perseguimento dell’interesse privato o di quello pubblico quale parametro di distinzione per la qualificazione del soggetto, in senso privato o, appunto, pubblico, ai fini dell’identificazione della disciplina applicabile<sup>55</sup>. Ciò, come si è visto, è verificabile in tutti quei casi in cui lo stesso legislatore introduce elementi di qualificazione una fattispecie rappresentati dalla finalità di *interesse generale* che vi è sottesa, fermi restando tanto l’integrazione della fattispecie rimessa ad atti di autonomia di privati nonché la

---

<sup>55</sup> Ciò che, anche all’esito di una approfondita digressione di carattere storico, sembra essere stato preconizzato da GALGANO, in *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ., dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, pag. 130), già in tempi “non sospetti”. E si v. anche dello stesso Autore, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, 2004, pag. 449, ove si osserva che, in applicazione del principio di parità di trattamento tra iniziativa economica pubblica e iniziativa economica privata, la disciplina della società per azioni è costruita e deve essere considerata come diritto comune a privati e pubblici operatori.

circostanza che destinatari degli effetti posti al verificarsi di quella fattispecie siano senz'altro privati.

Questo affievolimento, già rilevato da attenta dottrina come tendenza generale da diverso tempo<sup>56</sup> e che nel panorama delle società pubbliche viene alle volte radicalmente respinto o dimenticato, nel caso che ci occupa, sembra poter condurre – a determinate condizioni – a non poter riflettere conclusivamente nel senso della natura pubblicistica o privatistica dell'ente partecipato anche dal pubblico, *sic et simpliciter*, in ragione dei fini perseguiti. In breve, ci sembra che, almeno nell'esame di un tema di confine, qual è quello delle società pubbliche (e, in particolare, di alcune di esse, secondo un criterio di classificazione che sarà esposto più avanti), le nozioni di interesse privato e interesse pubblico, se nella riflessione vengono posti sullo stesso piano, non paiono, in un caso e nell'altro, esaustive, pienamente appaganti, reciprocamente escludenti e comunque utili ad offrire inquadramento corretto dei problemi interpretativi<sup>57</sup>. Riprendendo allora uno degli interrogativi iniziali, dai dati emergenti dalle tendenze legislative segnalate, sembra doversi rispondere in senso negativo, nel senso che non può considerarsi, per ciò solo, la presenza dell'interesse perseguito, che si assume corrispondente o quanto meno coerente a quello di carattere generale patrocinato dallo Stato azionista, utile a

---

<sup>56</sup> PUGLIATTI, *sub vocem Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, pagg. 696 ss. che rileva la non sempre puntuale adeguatezza, in termini di metodo, di operazioni interpretative che riposino sulla distinzione pubblico-privato.

<sup>57</sup> Così invece la giurisprudenza e la dottrina amministrativistica che, come si vedrà, postulano l'emersione (e la prevalenza) della sostanza pubblica sulla forma; per l'esposizione delle relative tesi si rinvia al Cap. III. *Contra*, rispetto a tale orientamento, che pare dominante, NAPOLITANO, *Soggetti privati "Enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, pagg. 801 ss. E, già prima dello studioso da ultimo citato, sia consentito rinviare tra gli altri a CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., pagg. 85 ss.; ID., *Il problema degli enti pubblici*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, III, pagg. 177 ss.

spostare il baricentro dell'opzione interpretativa. Sembra piuttosto dover ricercare nel dato normativo un elemento che autorizzi a supporre che l'interesse pubblico, di cui è portatore l'ente pubblico, possa assurgere ad elemento qualificante della fattispecie o a caratterizzare significativamente la disciplina, e su quale piano.

In sintesi (e tale osservazione costituisce, quanto meno nel metodo, anticipazione dell'ipotesi di lavoro che sarà illustrata di seguito) ci si chiede se, alla luce del contesto tracciato, il dato normativo non consenta di valutare, in senso positivo, la penetrazione dell'interesse pubblico nell'assetto tipologico delle società (e della società per azioni) onde trarne un di interpretazione - se non di selezione - della normativa applicabile. Ciò ovviamente sul presupposto che tale dato emerge dall'esame delle disposizioni in cui si "incarna", in cui si traduce, la presenza del socio pubblico nella regolazione del rapporto sociale (con ogni conseguente ricaduta applicativa, in un senso o nell'altro, se ed in che limiti fosse positivamente scrutinato l'interrogativo segnalato) e non per il sol fatto che tramite la presenza del socio pubblico la disciplina applicabile debba risentire di una riqualificazione in senso pubblicistico dell'ente partecipato. Il caso di cui ci si occupa, le società legali, è, come si dirà, paradigmatico di questa possibilità.

5. - MODALITÀ E CONFORMAZIONE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. RILEVAZIONI EMPIRICO-DIDASCALICHE. L'IPOTESI DELL'UNITÀ DEL FENOMENO SUL PRESUPPOSTO DELL'IMPIEGO DELL'AZIONARIATO PUBBLICO A FINI DI COORDINAMENTO POLITICO-ECONOMICO.

Tralasciando, soltanto per ora, un'analisi più dettagliata della traiettoria storica che ha seguito il nostro ordinamento in materia<sup>58</sup>, può osservarsi che da un punto di vista empirico nonché dal punto di vista della considerazione normativa (e degli effetti giuridici) dell'impiego di strumenti privatistici da parte dello Stato, quello delle società a partecipazione pubblica è fenomeno che rimanda, a monte, al più ampio tema dell'intervento statale nell'economia (tanto più in un sistema di economia mista). Ciò perché, evidentemente, l'assunzione di partecipazioni sociali ovvero l'esercizio diretto di attività di carattere imprenditoriale da parte dello Stato può essere inteso - e normalmente e da ciò animato - quale *strumento* di azione che trova la propria copertura nel bisogno di perseguire, diremmo oggi, il più generale disegno di indirizzo e coordinamento a fini sociali della attività economica pubblica e privata (art. 41 Cost.)<sup>59</sup>, ovvero, prima ancora e più in generale, quale *espediente* per il perseguimento di finalità di politica economica. Di guisa che la misura e le modalità, i limiti e le tecniche con cui detto intervento si realizza risentono anche, ed inevitabilmente, certamente delle scelte assunte in sede politica e politico-economica e, probabilmente, ancor prima, di condizionamenti ideologico-culturali e dell'adesione, tempo per tempo, ad un modello economico di riferimento<sup>60</sup>. E ciò sembra vero confermato anche da una

---

<sup>58</sup> Su cui si tornerà *infra*, Cap. II, parte I.

<sup>59</sup> Non sembra casuale, d'altronde, che il dibattito sviluppatosi in Italia sulla scorta della qualificazione, ad opera di autorevole dottrina giuridica, del mercato quale *locus artificialis* abbia finito con l'essere spesso attratto sul più circoscritto terreno dei precetti contenuti dell'art. 41 Cost.: IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2001, *passim*; ROSSI GUL., *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.* 1998, pagg. 1443 ss.; LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.* 1998, pagg. 1540 ss.

<sup>60</sup> Su cui si v. G. VISENTINI, *Lo Stato nell'economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pagg. 1109 ss.; ID., *Gli obiettivi e le riforme*, in *Giur. comm.*, 2007, pagg. 695 ss.;



visione in diacronica del fenomeno dell'azionariato pubblico, posto che, come osservato da un'autorevole dottrina, in linea di massima i diversi tipi dell'intervento pubblico in Italia sono il risultato di distinte fasi dello sviluppo economico e delle strutture e determinazioni politiche dello Stato italiano<sup>61</sup>. Dal che è dato trarre la "storicità", transitorietà e, in definitiva, dipendenza, del fenomeno dell'azionariato pubblico, dalle esigenze di tipo politico espresse dallo Stato tempo per tempo.

---

TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in AA.VV., *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, a c. di Brescia,-Torchia-Zoppini, Napoli, 2012, pagg. 57 ss. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pagg. 1083 ss. Incidentalmente anche VIETTI, *Le linee guida per una disciplina della crisi delle società pubbliche*, in AA.VV. *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, a c. di F. Fimmanò, Milano, 2011, pag. 2.

Senza poter entrare nel campo, metagiuridico, della definizione del ruolo dello Stato nell'economia, sembra di poter dire, ad ogni modo, che nessuna attività economica sia logicamente pensabile senza che lo Stato ne sia attivamente coinvolto. vuoi perché il mercato non è un *locus naturalis*, sibbene un *locus artificialis*, "ossia un sistema di relazioni governato dal diritto", che presuppone istituti giuridici e criteri determinativi delle relazioni di appartenenza, dei parametri di scambio, di forme di garanzie e responsabilità patrimoniali<sup>60</sup>: profili, tutti e questi, che presuppongono la legge statale<sup>60</sup> e la presenza di uno "Stato regolatore"; vuoi perché, in un sistema di economia mista, qual è quello in cui il nostro ordinamento si iscrive, lo stesso scenario dell'attività economica vede come interprete attivo lo stesso Stato o le sue articolazioni (anche periferiche). Se ben vediamo, le teorie economiche liberiste, neanche nelle proprie spinte più estreme, rinnegano in assoluto l'importanza della funzione dello Stato nella conformazione del mercato, vuoi perché destinatario della realizzazione delle precondizioni del libero mercato dal punto di vista infrastrutturale (A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Torino, 1959, passim), vuoi perché il suo intervento è quantomeno coesistente in sede di mediazione dei conflitti tra gli operatori del mercato, seppure in definitiva debba restare estraneo alla concreta predeterminazione degli e/o influenza sugli interessi individuali degli operatori attivi nel medesimo contesto (M. FRIEDMAN, *The Relation Between Economic Freedom and Political Freedom*, Chicago, 2002, pag. 15: "*the existence of a free market does not of course eliminate the need for government. On the contrary, government is essential both as a forum for determining the 'rule of the game' and as an umpire to interpret and enforce the rules decided on*").

<sup>61</sup> GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, pag. 228.

Così impostato, il discorso sembrerebbe condurre nel senso della possibilità, per il tramite dell'unità di indirizzo impressa sul piano politico economico da parte dello Stato, di (ri)comporre ad unità interessi (e logiche di azione; nonché "regole di condotta" e "regole di validità", etc.) tra loro eterogenei se non addirittura "contrastanti": quello di una data collettività, la cui cura è rimessa al *pubblico*, con tutto ciò che ne segue in termini di gestione dell'interesse pubblico ancorché attraverso uno strumento privatistico; e quello del mercato, nel cui contesto le società (come modello normativo d'elezione per lo svolgimento dell'attività d'impresa in forma collettiva) sono destinate per propria natura ad operare; ciò che impone non soltanto la valutazione delle esigenze (potremmo dire *macroeconomiche*) filokoncorrenziali, la cui soddisfazione è sempre più di frequente sollecitata dalle istituzioni comunitarie, ma anche la considerazione delle situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari gli individui a vario titolo direttamente coinvolti dallo svolgimento in comune dell'attività di impresa: soci privati, ove vi siano, e creditori della società partecipata, su tutti. L'unità del fenomeno, in questo contesto, sarebbe predicabile a partire "*organizzazione globale della comunità nazionale che è presupposto e fondamento della stessa pubblicità statutale*"<sup>62</sup>.

L'interrogativo, non nuovo e già in precedenza segnalato<sup>63</sup>, attiene insomma alla possibilità di intravedere all'interno di del (vasto) panorama delle società in mano pubblica, un comune denominatore che sia il risultato della definizione del ruolo dello Stato e, in termini generali, dell'unità di indirizzo (politico) che muove l'intervento

---

<sup>62</sup> MIELE, La distinzione fra ente pubblico e ente privato, in Riv. dir. comm. , 1948, pagg. 10 ss. e spec. pag.. 72

<sup>63</sup> Cfr. supra, pag. 6 testo e nota n. 7.

pubblico nell'economia<sup>64</sup>. L'interrogativo avrebbe ancor più ragione di porsi allorché si ritenesse che ciascuna delle formule sintetiche (*"liberismo, collettivismo, liberalizzazione, collettivizzazione, interventismo, dirigismo, astensionismo, economia individuale, statalismo, e numerosi altri simili"*), non solo è *indicativa* delle logiche d'azione ma finanche *"qualifica i modi di essere dell'azione giuridica dei pubblici poteri nell'economia"*<sup>65</sup>.

L'indagine che segue, anticipandone parzialmente le conclusioni, tuttavia, induce a non poter considerare l'unità di azione di rilievo politico-economica ovvero l'approccio tipico delle scienze sociali afferenti al settore dell'economia, quale/i dato/i unificante/i del fenomeno dell'azionariato pubblico. In altri termini, quella che poche righe più su si è definita come *"ricomposizione"* di interessi eterogenei che si compendiano nel medesimo fenomeno dell'azionariato pubblico, non sembra essere operazione che possa giustificarsi a partire dall'unità predicabile nell'unità di indirizzo politico-economico che anima l'intervento pubblico nell'economia.

---

<sup>64</sup> Così, muovendo dall'alterazione di cui risentirebbe la fisionomia dell'ente partecipato, anche in rapporto all'interesse sociale, al punto da rendere irriconoscibili i connotati minimi di una società per azioni, COTTINO, *Diritto commerciale*, v. I, 2, cit., pag. 727; GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., pag. 228. In termini, recentemente, anche GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit. pag. 422. E si v. già, se ben si comprende il pensiero dell'A., DI CHIO, *L'impresa a partecipazione statale: un modo di essere della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1976, pagg. 851 ss. ove il rilievo che l'impresa a partecipazione statale così come il sistema delle partecipazioni statali avessero mancato il proprio obiettivo non riuscendo a costituire un'effettiva valida leva di intervento pubblico nell'economia.

Per una sintesi dell'assetto delle partecipazioni statali prima dell'avvio del processo di privatizzazione, cfr. anche LIBONATI, *L'intervento dello Stato nell'attività di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, pagg. 151 ss.

<sup>65</sup> Nei termini indicati nel testo GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1959, pagg. 314 s.

Non sembra lecito, in definitiva, pensare di poter trascorrere da una nozione politico economica ad una nozione giuridica di società partecipata su tali basi; e ciò, anzitutto, perché non sembra corretta l'operazione interpretativa che, ai fini della soluzione di problemi giuridici applicativi-interpretativi, attinga a valori metagiuridici allorché si discorra dell'analisi di norme di diritto positivo<sup>66</sup>. A meno che, ovvio, la stessa "aspirazione" politica cui si allude, nel caso che ci occupa, emerga quale dato unificante a livello normativo come elemento idoneo a qualificare la fattispecie delle società partecipate. E, ricercando la *Grundnorm* che potrebbe giustificare una siffatta visione dell'intervento pubblico nell'economia quale comune denominatore del fenomeno dell'azionariato, si giungerebbe, pare, a conclusioni opposte. Significativa, sotto questo aspetto è la disposizione recata dall'art. 41, co. 3, Cost., che ci pare voglia considerare l'azione imprenditoriale pubblica e quella privata in posizione giuridicamente paritaria e di concorrenza<sup>67</sup>; non già, dunque, privilegia la prima per ragioni di contingente determinazione politica (e solo come tale, ovviamente, non in quanto oggetto di intervento di legge); essa piuttosto introduce l'idea che l'intervento statale nell'economia debba avvenire rispettando le medesime regole cui sono sottoposti gli operatori privati. Analogo limite sul *quomodo* all'intervento statale

---

<sup>66</sup> Per tutti sia consentito il rinvio a KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 2000, pagg. 56 ss., e, in part. pag. 60; e ad IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pag. 121 ss. in part. pagg. 123 e 125; nonché, ID., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, *ibidem*, pag. 169.

<sup>67</sup> Così, tra gli altri, CASANOVA, *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia: impresa pubblica e impresa privata nella Costituzione*, in *Riv. soc.*, 1967, pag. 754. E nello stesso senso, anche ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in AA.VV., *La Costituzione economica, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, pagg. 388-390. E cfr. anche GALGANO, *La riforma dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1976, pag. 490.

nell'economia lo si potrebbe evincere, poi, dall'art. 43 Cost., allorché sembra configurare come eccezionale la sostituzione autoritativa dei pubblici poteri agli operatori privati<sup>68</sup>. Dalle stesse disposizioni non è però dato ricavare una commistione tra i possibili tipi di intervento pubblico nel campo dell'economia, esprimendo esse (e specialmente l'art. 41 Cost.) semmai la rilevanza della diversa articolazione secondo cui lo Stato si rende protagonista attivo *nel* campo delle relazioni economiche<sup>69</sup>.

Del resto, la posizione paritetica dell'iniziativa imprenditoriale pubblica era già stata formalizzata dal Codice civile che, agli artt. 2093 e 2201 sancisce, rispettivamente, che *"Le disposizioni di questo libro [il Libro V, n.d.r.] si applicano agli enti pubblici inquadrati nelle associazioni professionali"*<sup>70</sup>, e che *"Gli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese"*<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Pur se riferita ad un aspetto non propriamente coincidente, sembra ad ogni modo rilevante segnalare anche la decisione in adeguamento alla quale il legislatore italiano ha poi abrogato l'art. 2450 cod. civ., ossia le sent. rese in data 6 dicembre 2007 dalla Sez. I della Corte di Giustizia, nelle cause C-463/04 C-464/04, la quale ha rilevato una ipotesi di violazione del Trattato nelle ipotesi di riserva di nomina diretta delle cariche sociali da parte dello Stato o degli altri enti pubblici a prescindere da criteri di proporzionalità con la partecipazione al capitale; in *Foro It.*, 2008, 2, 4, pag. 67; nonché in *Giur. comm.*, 2008, II, pag. 576 ss., con nota di DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*

<sup>69</sup> ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, pag. 390.

<sup>70</sup> La norma, pur se riferibile nel suo contenuto all'Ordinamento corporativo, è stata nondimeno considerata vigente anche nell'ordinamento repubblicano; in questo senso OTTAVIANO, *Ente Pubblico Economico*, in *Digesto disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, pag. 85; ma anche v. anche CIRENEL, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, pag. 151.

<sup>71</sup> La portata della disposizione è stata, invero, anche oggetto di letture riduttive, posto che l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, già potrebbe inferirsi dall'applicazione dell'art. 2195 cod. civ. rispetto al quale, dunque, l'art. 2201 si

Il tutto a tacere del fatto che, per ragioni già evidenziate in precedenza (si allude alla constatazione della frammentarietà e disorganicità del dato normativo) un esame, che si proponga di essere autenticamente tecnico-giuridico, del problema delle società pubbliche non può non tener conto della presenza nel nostro ordinamento di numerosissime variabili che caratterizzano il (e condizionano l'applicazione del) dato normativo; numero di variabili dietro alle quali non si vede un indirizzo politico coerente che non sia un generico interesse al contenimento degli oneri posti a carico delle risorse pubbliche; e anch'essa si atteggia in vario modo. Non sembra data, insomma, la possibilità di intravedere un indirizzo politico sì coerente da assurgere a guida nell'interpretazione di un fenomeno così disparato ed eterogeneo sul piano normativo, qual è quello delle società pubbliche.

Rispondendo, allora, al secondo interrogativo segnalato in apertura, non sembra che un comune denominatore del fenomeno delle partecipazioni pubbliche possa essere ricercato neanche nel mero "fatto" del ricorso all'azionariato pubblico quale strumento di coordinamento delle politiche economiche attuate dallo Stato medesimo, dovendosi piuttosto verificare se e come quest'aspirazione trovi conforto nel dato normativo e se e come trovi ingresso nella configurazione normativa del tipo sociale e del sottotipo sociale.

## 6. - LE PRINCIPALI TEORIE CIRCA LA NATURA DELLE SOCIETÀ

---

atteggia quale norma derogatoria nel senso di sottrarre all'obbligo di registrazione gli enti pubblici che esercitino un'attività commerciale soltanto in via secondaria, fermo restando il requisito della professionalità: così PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, pag. 290; G. FERRI, *Imprese soggette a registrazione*, in *Comm. Cod. civ.*, a c. di V. Scialoja e A. Branca, sub artt. 2188-2221, Bologna-Roma, 1972, pag. 82

PARTECIPATE (CENNI E RINVIO). ILLUSTRAZIONE DELL'IPOTESI DI LAVORO.

A questo proposito, nel riprendere talune delle osservazioni introduttive, è opportuno conferire maggiore precisione agli itinerari argomentativi (che saranno comunque oggetto di trattazione più diffusa in seguito) da cui originano le riflessioni del presente lavoro nonché l'ipotesi ricostruttiva che vi è alla base.

A questo proposito, ricapitolando – per sommi capi – le principali argomentazioni esposte dalla dottrina in punto di qualificazione della fattispecie delle società pubbliche, si può rilevare quanto segue:

- di regola<sup>72</sup>, il legislatore, all'atto della regolazione dei fenomeni dell'azionariato pubblico, pur espressamente indicando l'acronimo riferito ad un determinato tipo sociale (la s.p.a.) non procede contestualmente alla qualificazione delle società partecipate quali enti dotati di "natura pubblicistica"<sup>73</sup>;

- nel nostro ordinamento positivo è assente una nozione univoca

---

<sup>72</sup> Ad eccezione, per quanto consta dal censimento delle leggi istitutive di enti la cui denominazione è accompagnata dall'acronimo s.p.a., di Agecontrol s.p.a., istituita – in ossequio alle direttive CEE n. 2262/1984 del Consiglio e n. 27/1985 della Commissione europea – dalla L. n. 887 del 22 dicembre 1984, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (ossia la legge finanziaria del 1985) al cui art. 18, co. 9, si prevede che "è autorizzata per l'anno finanziario 1985 la spesa di lire 200 milioni, da iscrivere nello stato di previsione del Ministero dell'agricoltura e delle foreste, per i conferimenti da effettuare per la partecipazione alla costituzione, nella forma di società per azioni con personalità di diritto pubblico, dell'Agenzia prevista dall'articolo 1 del regolamento 17 luglio 1984, n. 2262/84, del Consiglio delle Comunità europee". La disposizione è stata poi oggetto di modifiche con D.L. 701 del 1986 (convertito con legge n. 898/1986) e con il D.Lgs. n. 419/1999; provvedimenti che, ad ogni modo, non sono intervenuti sull'attribuzione della "personalità di diritto pubblico".

<sup>73</sup> Ad eccezione, come si vedrà, di AGECONTROL s.p.a., cui invece è attribuita la personalità "di diritto pubblico".

di “ente pubblico”<sup>74</sup> (così come di ente privato come nozione universalmente riferibile a tutti quegli enti che, anche pragmaticamente, vi si fanno rientrare) che possa costituire termine di raffronto tramite il quale giungere alla conclusione della *affinità* ovvero della *difformità* tra le due “figure” (ente pubblico e società a partecipazione pubblica), sì da poter confermare (o smentire, in tesi) l’assimilazione delle società a partecipazione pubblica agli enti pubblici, e a partire dalla quale corroborare (o, all’opposto, contraddire) la conclusione della necessità della *riqualificazione* in senso pubblicistico delle società in discorso<sup>75</sup>;

- tanto la chiave di lettura c.d. “formalista” (incline a dare prevalenza al riferimento al tipo sociale impiegato nella

<sup>74</sup> Come già segnalava CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, pagg. 87 ss, nonché ID., *L’impresa pubblica: storia di un concetto*, in *Econ.pubbl.*, 1985, pag. 169; GIANNINI, *Il problema dell’assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell’attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature*, Napoli, 1974, pagg. 23 ss.

<sup>75</sup> Sulla possibile ricostruzione di un concetto unitario di ente pubblico (nonché sulle difficoltà che vi sono connesse), si v. GIAMP. ROSSI, *Gli Enti pubblici*, Bologna, 1991, pagg. 78 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, v. I, Milano, 2005, p. 249, ove nondimeno si evidenzia – pur nella variabilità di forma che caratterizza anche gli enti pubblici – l’esistenza di significativi tratti comuni rappresentati: a) dalle 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) dall’art. 2221 cod. civ. che sottrae gli enti pubblici che esercitano attività commerciali dalle procedure del fallimento; c) dall’art. 692 cod. civ. che permette la sostituzione fedecommissaria a favore di enti pubblici; d) dagli (allora vigenti) artt. e 2458 e 2459 cod. civ. (oggi 2449 cod. civ.) che attribuiscono alcuni privilegi, nella nomina degli amministratori, agli enti pubblici che hanno partecipazioni in S.p.A.; e) dall’art. 316 bis del codice penale che sanziona la malversazione a danno dello Stato o di enti pubblici; f) dall’art. 1 n. 9 del D.L. n. 688/1985 che permette la cessione, per determinati fini, dei crediti vantati nei confronti di enti pubblici; g) dalla normativa dettata per la procedura coattiva di riscossione delle entrate degli enti pubblici (R.D. n. 639/1910); h) dalla L. n. 2006/1939 che impone l’inalienabilità degli atti e documenti degli enti pubblici. In senso contrario, sul presupposto della esistenza di una serie di moduli positivi, ciascuno con propria struttura e funzione, PICOZZA, *L’attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, pag. 33.



denominazione) quanto quella c.d. “sostanzialista”<sup>76</sup> (per la quale assume rilievo preminente l’interesse pubblico sotteso all’azione del socio pubblico, interesse che si trasmette in ogni caso e per ciò solo all’ente partecipato), finiscono col risolvere in maniera *tranchant* ogni questione, attribuendo, nell’un caso e nell’altro, rispettivamente, natura privatistica o pubblicistica all’ente considerato, da ciò facendo derivare

---

<sup>76</sup> Basti porre mente, a questo proposito, al corso, appunto, sostanzialista intrapreso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 466 del 1993, nella quale è stato posta in relazione la sussistenza del controllo esercitato dalla Corte dei conti tramite la presenza di un magistrato alle riunioni dei consigli di amministrazione al permanente carattere pubblico degli enti trasformati in società per azioni, sul presupposto che «fin quando rimane inalterato l’apporto finanziario dello Stato [...] il mutamento della veste giuridica di tali organismi non importa una modifica sostanziale nell’imputazione del patrimonio, tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato»; in Foro Amm., 1995, pag. 298. La decisione in parola è stata poi confermata nelle successive pronunce: C. Cost. 19 dicembre 2003, n. 363, in Foro it., 2004, VI, pag. 1687 (ove si ribadisce la natura di ente pubblico in capo ad Italia Lavoro s.p.a.) e C. Cost., sent. n. 29/2006, in Serv. pubbl. app., 2006, pagg. 411 ss. (a proposito dell’assunzione, per concorso, del personale delle società pubbliche di servizi).

Tale orientamento è stato in seguito condiviso dalla giurisprudenza amministrativa immediatamente successiva: cfr. Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in Giorn. dir. amm., 1995, pagg. 1134 ss. (con nota di CASSESE, Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale); nonché in Dir. proc. amm., 1996, pagg. 147 ss. (con nota POLICE, Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione).

In dottrina, per tale orientamento, si v. CAMELLI-DUGATO, Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale, in Studi in tema di società a partecipazione pubblica, a c. degli stessi AA., Torino, 2008, pag. 1 ss.V. CERULLI IRELLI, «Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in AA.VV., Ente pubblico ed enti pubblici, a c. di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, 1994, pagg. 84 ss. e, in part., pagg. 87-89, ove, sul presupposto che nel nostro ordinamento “non risultano positivamente stabiliti [...] ‘parametri normativi predeterminati’ in base ai quali interpretare gli elementi di disciplina certi propri di un ente come quelli tali da designare la pubblicità” la puntualizzazione per cui “pubblico è predicabile di qualcosa riconducibile, o sul versante dell’attività o su quello dell’organizzazione, o più spesso di entrambi, alla istituzione politica generale [...]. In sostanza la pubblicità può essere conferita a organizzazioni esterne rispetto allo Stato solo in presenza di legami effettivi e sul versante organizzativo e sul versante funzionale, della organizzazione differenziata con lo Stato stesso (o con gli altri pubblici poteri, ovviamente)”.

le soluzioni dei problemi applicativi che le società pubbliche pongono.

- Per quanto riguarda la dottrina giuscommercialistica<sup>77</sup>, in particolare, si assume che, salvo che la specifica normativa dedicata alla società partecipata dallo Stato o da altri enti pubblici segnali una cesura con la clausola lucrativa caratterizzante il contatto di società *ex art. 2247 cod. civ.* (nel quale caso si dovrebbe discorrere di società di diritto speciale<sup>78</sup> o società anomale<sup>79</sup>) e purché l'assenza della causa lucrativa sia dichiarata (e non lo sia di fatto)<sup>80</sup>, l'interesse pubblico resterebbe estraneo alla regolazione del rapporto associativo, rileverebbe soltanto nelle determinazioni che assume lo Stato in quanto socio, e civilisticamente sarebbe confinata nel campo dei motivi, come tali irrilevanti nella definizione dell'assetto del rapporto<sup>81</sup>; ovvero, giungendo finanche a ritenere l'intero sistema delle partecipazioni statali una "formula insincera" segnata da una contraddizione di fondo

---

<sup>77</sup> Sia consentito per ora solo un cenno sintetico alle principali tesi esposte in argomento, sulle quali si avrà modo di tornare meglio nel Capitolo III.

<sup>78</sup> G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, *passim*.

<sup>79</sup> In termini di "anomalia" MARASÀ, *sub vocem Società speciali e società anomale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 2.; l'A., nel riscontrare detta anomalia muove invero, non soltanto dal requisito del rispetto della clausola lucrativa, ma, anche tenendo conto della necessaria pluripersonalità: argomento, questo, che dopo la riforma del Diritto societario attuata con D.Lgs n. 6/2003, non ha più modo di porsi. È lo stesso ordinamento societario, insomma, ad aver introdotto una innovazione che rende non più "anomala" quella condizione di unipersonalità che spesso accade nelle società oggetto di questo studio, le società legali. Il che, però, può anticiparsi, torna utile per il prosieguo dell'indagine, atteso che ad oggi l'anomalia va valutata confrontandosi con una realtà normativa diversa. Cfr. *infra*, Cap. III.

<sup>80</sup> È, questa, l'ipotesi di lavoro di MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, *passim*.

<sup>81</sup> In termini, in particolare, SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, pagg. 43 ss.; oltre al già richiamato, VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit.

tale da indurre la società per azioni con unico azionista lo Stato una tipica applicazione della figura del negozio indiretto<sup>82</sup>.

- Tanto la tesi, per così dire, privatistica che quella pubblicistica, sembrano presentare, invero, un punto di incontro. Entrambe muovono dal rilievo della frammentarietà delle norme espressamente dedicate al fenomeno delle società pubbliche (frammentarietà introduttiva di talune deviazioni dalla disciplina di diritto comune, donde la qualifica di società di “diritto speciale”). In entrambi i casi, invero, non è messa tanto in discussione, quanto meno in assoluto, la logica della residualità dello schema organizzativo privatistico quanto, di volta in volta, in certo senso, la maggiore o minore ampiezza e “gradualità” di questa residualità a vantaggio dell’interesse pubblico e in sacrificio della regola privata (e viceversa). In altri termini, la definizione dell’assetto di tali società con particolare riguardo alla disciplina per così dire residuale (e, più esattamente, di diritto “comune”), passa in un caso, attraverso la preminenza dell’interesse pubblico che fa premio su quello privato, ciò che orienta in senso pubblicistico l’applicazione (e la disapplicazione) di ogni norma che è il portato del modello societario adottato ove ritenuto in contrasto o non coerente con l’interesse pubblico perseguito dal socio pubblico; nel secondo caso, passa dall’applicazione *tout court* della regola privata se ed in quanto non apertamente derogata dalla/e norma/e speciale/i (dello statuto speciale della società a “fattispecie esclusiva” o “per gruppi”). Il risultato, naturalmente, varia, per effetto della soluzione all’opzione precedente, ossia della soluzione all’interrogativo della

---

<sup>82</sup> ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, 1931, pagg. 25 ss.; nonché ID., *Controllori e amministratori nell’anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, pag. 284.

prevalenza della “sostanza” pubblica sulla forma societaria e viceversa. In entrambi i casi, tuttavia, ci sembra che si affronti l’argomento col fine di individuare “quanto” della disciplina di diritto comune possa, o non possa, applicarsi.

Ai nostri fini, giova da subito fissare due punti fermi.

Un primo rappresentato dalla circostanza che la dottrina – teorica e pratica – che attribuisce prevalenza della sostanza sulla forma, onde procedere alla riqualificazione in senso pubblicistico della società partecipata dal pubblico (col fine, ad esempio di sottrarla dal fallimento) sembra comunque inferire, in maniera che appare insincera, la neutralità sempre e comunque del paradigma organizzativo societario, del tipo e del sottotipo, dimenticando che (i) la società è un organismo associativo, la cui disciplina tiene conto della sua proiezione sul mercato, ed è così congegnata in modo da bilanciare e proteggere gli interessi anche di soggetti diversi – anche sul piano “endosocietario” – da quelli di cui è portatore il socio pubblico; (ii) l’adozione del modello societario è frutto di opzione (precisa nel caso delle società legali) del pubblico (o della legge), rispetto ai diversi strumenti che l’ordinamento assicura per il perseguimento delle finalità che il pubblico si propone o può proporsi, sicché, la conclusione criticata appare una decisa forzatura allorché finisce col “chiedere al privato più di quanto esso può dare”, ciò che impone al pubblico “di accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale”<sup>83</sup>; e (iii) che, quanto

---

<sup>83</sup> Si tratta di espressioni – adattate nella sola forma alla fraseologia impiegata nel testo – di OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, pagg. 25 ss., al cui monito senz’altro si presta adesione. Ma nello stesso senso si v. anche CIRENEL, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, pagg. 43 ss.; FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, pagg. 590 ss

meno, il modello organizzativo medesimo, quello societario, di cui appunto si evidenzia la neutralità onde poterlo riqualificare dando prevalenza alla sostanza sulla forma, non si atteggia quale contenitore vuoto ma, tra gli altri aspetti sostanziali, integra al proprio interno anche “la realtà stessa dell’impresa in uno dei suoi possibili modi di essere”<sup>84</sup>.

Un secondo punto, consequenziale, è rappresentato dal convincimento che non pare superabile il dato rinveniente dalla qualificazione legislativa espressa adoperata dal legislatore. E tanto (lo si specifica onde evitare precomprensioni che falserebbero i risultati cui si intende pervenire), in primo luogo per l’incertezza che, altrimenti, ingenererebbe sia il fatto stesso dell’operazione interpretativa di riqualificazione<sup>85</sup> (oltre ad essere contrastante col dato normativo espresso) che gli esiti di essa, stante il carattere sfuggente della nozione di ente pubblico nella cui orbita si volesse attrarre il fenomeno delle società partecipate. La stessa dottrina amministrativistica più recente, d’altronde, anche nelle sue manifestazioni più rigorose<sup>86</sup>, non

---

<sup>84</sup> F. DI MARZIO, *Insolvenza e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a c. di F. Fimmanò, Milano, 2011, pag. 392. Nonché OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., pagg. 25 ss., ove la precisazione per cui la società per azioni codicistica è rigidamente caratterizzata anche sotto il profilo teleologico e, in particolare, al conseguimento del fine lucrativo si adegua la struttura dell’ente, sia sul versante esterno come su quello interno.

<sup>85</sup> Sembrano aderire a questa via interpretativa, tra gli altri, anche A. MALTONI, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della L. n. 241/1990*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, pagg. 333 ss. e spec. pagg. 335 e 339; DEL GATTO, *Natura privata e sostanza pubblica. Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Foro amm. CDS*, 2006, pagg. 579 e in part. 589; e cfr. anche *infra* Cap. III.

<sup>86</sup> Da ultimo, GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società ‘legali’ in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., pagg. 421 ss.

disconosce il carattere residuale del modello societario (appellandosi peraltro alla tesi della neutralità funzionale del tipo s.p.a.<sup>87</sup>), rispetto al quale piuttosto invoca la disapplicazione di frammenti di disciplina ritenuti non coerenti con l'interesse pubblico sotteso all'azione del socio pubblico. Gli è che, anche in tali casi, non sembra comunque dimostrata positivamente una disapplicazione dello statuto normativo delle s.p.a. che non sia al contempo emancipata dall'esigenza di riportare il fenomeno medesimo all'interno di un concetto unitario che si denota per la riferibilità alla (unitaria) direzione di tipo politico. Il che costituisce, insomma, un modo per attingere a valori metapositivi per risolvere problemi posti dal diritto positivo.

D'altronde, anche laddove si sostiene la necessità che il pubblico, nell'agire con schemi d'azione privatistici, debba essere rispettoso della norma pubblicistica, per un verso, non sembra risulti ancora dimostrato che detto rispetto si imponga all'ente partecipato e si trasmetta a questo dal socio pubblico (ciò che anzi sembra essere frutto di quella visione "soggettiva" del diritto amministrativo, da più parti oggetto di ripensamento); per l'altro verso, non si fa altro che ribadire, ove invece si dovesse ritenere implicito questo "passaggio" di consegne, la preminenza dell'interesse pubblico su quello privato, quest'ultimo indotto invece dalla qualificazione espressa conferita dalla legge. Quello della necessità sembra essere, inoltre, criterio del

---

<sup>87</sup> La cui elaborazione si deve, come è noto, a SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, *passim*, e in *partic.* pagg. 160 ss.; e si v. anche D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro It.*, 1988, V, pagg. 48 ss.; MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. Impr.*, 1986, pagg. 729 ss.; AG. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, pag. 132. E recentemente, anche dopo la riforma del diritto societario del 2003, ancora D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*. Ovvero: *esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, I, pagg. 34 ss.

tutto tributario delle riflessioni maturate dalla dottrina amministrativistica a proposito della definizione di altro concetto normativo, quello di ente pubblico, ciò che denuncia anche l'operazione induttiva di significati che si annida dietro questo medesimo criterio.

In particolare, gli studiosi del diritto amministrativo sembrano da lungo tempo aver intrapreso un percorso analogo, finalizzato a colmare il vuoto normativo derivante dalla sfuggente nozione di ente pubblico proprio attraverso il criterio della *necessarietà* ai fini dell'azione amministrativa. Similmente al caso delle società a partecipazione pubblica, la prospettiva d'indagine *de qua*, in particolare, è tesa all'individuazione del "minimo comun denominatore" delle figure pubbliche che, al di là di singole ed individuate eccezioni, sarebbe dato dalla *"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 coesenziale della natura pubblica"*<sup>88</sup>. Col che, se ben vediamo, la qualificazione di un ente come ente pubblico in senso proprio procederebbe dallo scrutinio della "necessarietà", peraltro rimessa non già ad un atto di carattere discrezionale, sibbene ad provvedimento normativo<sup>89</sup>.

Lo stesso criterio esposto, poi, quello della necessaria esistenza dell'ente partecipato in funzione del perseguimento degli interessi cui è preordinato, per quanto sia rigoroso e rigorosamente seguito, non sembra, invero, consentire un'operazione di riqualificazione in senso pubblicistico; né tanto meno sembra idonea a mettere in discussione le

---

<sup>88</sup> In termini GIAMP. ROSSI, *Gli Enti pubblici*, cit., pagg. 78 ss.; e ribadita in ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pag. 252.

<sup>89</sup> GIAMP. ROSSI, *Gli Enti pubblici*, cit., *ibidem*.

basi funzionali del tipo sociale adottato (di regola le s.p.a.).

Come si è cercato di dimostrare, infatti, nelle pagine che precedono, è la stessa dottrina amministrativistica, oggi, a nutrire seri dubbi sulla possibilità della qualificazione in senso pubblicistico di un ente o di un istituto in ragione della natura che si volesse riconoscere in capo al soggetto che cura quegli interessi generali, costituendo tale operazione interpretativa *“un metodo improprio di impostare il problema dell’ambito di applicazione delle discipline pubbliche”*. Si avverte, anzi, che si deve piuttosto verificare la possibilità *“di costruire un regime congruo ai caratteri organizzativi e funzionali di ciascuna fattispecie [valutando] regola per regola se ed in quale misura debba applicarsi agli enti in questione”*<sup>90</sup>. E, aggiungiamo, solo nella misura in cui ciò sia positivamente consentito dall’emersione del dato positivo.

In sintesi, se come si è cercato di evidenziare (i) non può postularsi per ciò solo la qualificazione in senso pubblicistico di un soggetto in ragione dell’interesse pubblico che anima una data iniziativa/attività, o quanto meno non può escludersi la qualificazione in senso privatistico del soggetto cui il legislatore stesso spesso rimette la cura di interesse generali, favorendone l’assunzione da parte del privato medesimo; e (ii) in virtù della progressiva estensione della regola privatistica come categoria ordinante generale anche dell’agire pubblico, non sembra potersi predicare l’applicazione senz’altro della regola pubblica tenendo in considerazione esclusivamente la natura del soggetto agente (pubblico e privato); e, dunque, tanto meno laddove l’attività sia condotta non già da quel soggetto di cui si predica la *vis expansiva* pubblicistica, sibbene da un soggetto formalmente privato,

---

<sup>90</sup> NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, cit., pagg. 821 s.; nello stesso senso anche ID., *Legalità, autonomia, privatizzazioni*, in *Dir. amm.*, 2000, pagg. 242 ss.



espressamente qualificato come tale, che funge da “diaframma” rispetto al conseguimento degli interessi cui il socio pubblico è orientato; ebbene, se si condividono le osservazioni che precedono, sembra potersi dire che in tanto è possibile configurare un’incidenza dell’interesse pubblico sul piano della qualificazione dell’ente, solo in quanto l’interesse pubblico si atteggi come tale nella normativa “speciale” regolante il fenomeno dell’azionariato pubblico medesimo.

Passando, allora, dalla *pars destrunens* alla *pars construens* del presente ragionamento, sembra ora legittimo chiedersi se la disciplina (di alcuna) delle società pubbliche, e nella specie quelle legali, non contenga invero proprio evidenze normative in tal senso; evidenze normative, cioè, utili a suggerire positivamente la rilevanza, nella conformazione della società partecipata, all’interesse di pertinenza del socio pubblico.

Per far ciò sembra preliminarmente utile capire se è possibile tesaurizzare, ai fini del presente lavoro, taluni spunti offerti dalle esperienze giuridiche straniere attraverso, in particolare, una breve disamina dell’esperienza dell’ordinamento tedesco.

#### 7. - UNA PROSPETTIVA COMPARATA. SPUNTI DI METODO RINVENIBILI DALL’ESPERIENZA DELL’ORDINAMENTO TEDESCO IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. IPOTESI DI LAVORO.

Se si volesse operare un raffronto immediato con alcune delle ricadute applicative che nell’ordinamento italiano ha la qualificazione in senso pubblicistico o privatistico della società partecipata potrebbe immediatamente concludersi che dall’ordinamento tedesco sarebbe dato rinvenire la tendenza alla qualificazione nel secondo senso delle

società medesime. Riprendendo taluni degli esempi fatti nel primo paragrafo di questo capitolo, infatti, di primo acchito, si potrebbe giungere a conclusione immediata ponendo mente alle seguenti soluzioni cui in Germania si giunge.

(i) Non è messa in discussione la assoggettabilità al fallimento delle società (perché) partecipate dallo Stato o altro ente pubblico. In particolare, i §§ 11 e 12 dell'*Insolvenzordnung* estendono l'assoggettamento al fallimento a tutte le persone fisiche e giuridiche nonché agli altri fenomeni associativi (ancorché non forniti di personalità giuridica), ciò che risponde all'indirizzo di principio assunto dalla legislazione tedesca in materia circa l'assoggettabilità alle procedure concorsuali di tutti i debitori insolventi<sup>91</sup>; vengono escluse, specificamente, soltanto le *Juristische Personen des öffentlichen Rechts* la cui procedura di insolvenza si rifletta sul patrimonio federale o statale ovvero di una persona giuridica di diritto pubblico, posta sotto il controllo di un Land, purché ne sia espressamente prevista la sottrazione.

(ii) Non sembra nutrirsi alcun dubbio, e ciò sembra pacifico a partire quanto meno da due arresti giurisprudenziali degli anni '70<sup>92</sup>, l'applicazione della disciplina dei gruppi di società (*Konzernrecht*) nei

---

<sup>91</sup> HIRTE, in *Insolvenzordnung Kommentar*, Munchen, 2010, sub § 11, pag. 126.

<sup>92</sup> Tribunale di Colonia, Decreto del 26 gennaio 1976, relativo all'iscrizione nel registro delle imprese di Deutsche Lufthansa; e Trib. Essen, Sentenza del 27 gennaio 1976, inerente alla invalidità della deliberazione di incorporazione della società Gelesenberg AG e VEBA AG. Le due decisioni (delle quali si dà conto in Riv. Soc., 1976, pagg. 904 s.) pur differendo nei presupposti (il riconoscimento in capo alla Repubblica Federale Tedesca della qualifica di impresa, sicché, si un caso e nell'altro, rispettivamente, si postula o meno l'applicazione analogica dei §§ 311 e 317 dello *Aktiengesetz*, che ai fini dell'applicazione della disciplina dei gruppi presuppone la qualifica imprenditoriale della controllante), ritengono preminenti le esigenze dei soci esterni i quali non potrebbero veder sacrificati, per via della natura dell'ente capogruppo, i propri diritti.

confronti anche dell'ente pubblico partecipante alla società, sul presupposto che tale disciplina intende assicurare la tutela di soggetti i cui interessi non potrebbero essere sacrificati per via della natura dell'ente capogruppo.

In breve, l'ordinamento tedesco non conosce declinazioni significative del modello societario in ragione della presenza del socio pubblico; e ciò anche per la ragione – che ci sembra diffusa ed essenzialmente pacifica – che la disciplina di diritto privato emerge come *Rahmenrecht*, come “legge quadro”, o (come si potrebbe dire nell'esperienza italiana) diritto comune, senza soffrire particolari eccezioni che dipendano dalla natura pubblica dell'ente partecipante. E ciò sul presupposto che la partecipazione pubblica si inserisce in un contesto normativo la cui configurazione è dettata in funzione di interessi non per ciò solo sacrificabili. Nella dottrina tedesca d'altronde, è frequente l'osservazione per cui *“Das Privatrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es nur einen Handlungsrahmen für die Verfolgung ihrer Interessen durch die Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr zur Verfügung stellt”*<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> WANDT, *Die Begrenzung der Aktionärsrechte der öffentlichen Hand*, Berlin, 2005, pag. 56. E se ben vediamo lo stesso concetto, con specifico riferimento all'applicazione della disciplina dei gruppi, è espresso in EMMERICH-HABERSACK, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, München, 2010, sub §15, ove la precisazione per cui *“Tatsächlich gibt es indessen keinen Vorrang des öffentlichen Rechts vor dem Privatrecht und erst recht keinen Vorrang des Kommunalrechts der Länder vor dem Gesellschaftsrecht des Bundes (Art. 30 GG), so dass weder der Bund noch die Länder oder die Gemeinden die Befugnis besitzen, sich bei der Verfolgung öffentlicher Interessen in beliebiger Weise über die vom Staat selbst gesetzte, für alle geltende Rechtsordnung, dh. über das Gesellschaftsrecht hinwegzusetzen (Art. 3 Abs. 1, 30 GG)”*; e in particolare, la perentoria conclusione dell'esclusiva applicazione del diritto privato societario, per cui *“Dies bedeutet, dass eine Durchsetzung öffentlicher Interessen bei der Leitung öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform immer nur im Rahmen und nach Maßgabe des privaten Gesellschaftsrechts möglich ist”*. Seppure limitatamente al caso della privatizzazione (formale) di Deutsche Bahn AG, nonché di Deutsche Telekom AG, si v.no rispettivamente REINHARDT, *Die Deutsche Bahn AG. Von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1996, pagg. 374 ss. e HEFEKÄUSER, *Die Deutsche Telekom AG- Von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen Zielsetzung in Unternehmen der öffentlichen Hand*, *ibidem*, pag. 385 ss.

Se ci si limitasse a recepire le conclusioni cui si giunge nell'ordinamento tedesco, insomma, per quanto significative ai fini che ci occupano, tanto più se le si volessero utilizzare per corroborare la qualificazione in senso privatistico delle società partecipate, il discorso potrebbe chiudersi a questo punto.

Tuttavia ci sembra che, così estrapolate, per un verso non si sia svolto un più corretto lavoro di comparazione; e per l'altro verso l'esposizione delle soluzioni accolte dall'ordinamento tedesco – per quanto significative – non offrano tantissimo in termini di riflessione di metodo.

Sembra opportuno precisare, in particolare, che coerentemente con le indicazioni provenienti dalla dottrina comparatistica, perché si possano misurare analogie e differenze esistenti tra ordinamenti presi a riferimento (nel nostro caso l'opzione tedesca e quella italiana) non è sufficiente fare riferimento ad alcune norme e/o soluzioni puntuali dell'ordinamento assunto quale termine di comparazione, descrivendone i risultati applicativi, per poi metterli a confronto con la legislazione interna<sup>94</sup>. Un'indagine di siffatto tipo, laddove non tiene

---

Il vincolo in capo al socio pubblico del rispetto del principio funzionale societario tipico è ribadito altresì da CANNIVÉ, *Der Staat als Aktionär – Zu Möglichkeiten und Grenzen der gesellschafts-rechtlichen Steuerung im gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen* (in *Neue Zeitschrift für gesellschaftsrecht*, 2009, pagg. 445 ss.) ove si osserva che “*Auch der Staat in seiner Funktion als Gesellschafter ist an den Gesellschaftszweck gebunden*”. Da qui l'ulteriore specificazione per cui “*Eine Durchsetzung spezifischer öffentlich-rechtlicher Interessen in der Hauptversammlung zum Nachteil der wirtschaftlichen Belange der Aktiengesellschaft ist ihm daher verwehrt*”.

<sup>94</sup> Secondo SACCO (in *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2009, pagg. 43 ss.), la comparazione non può limitarsi a comparare le sole leggi o decisioni giurisprudenziali, senza avere la conoscenza del dato di contesto. È difatti necessario, al fine di individuare le regole giuridiche che disciplinano gli ordinamenti, o gli istituti presi in considerazione ai fini della comparazione, tener conto dei diversi formanti dell'ordinamento, relativamente alla questione oggetto di studio. I formanti si sostanziano in insiemi di regole e proposizioni che contribuiscono a generare l'ordine giuridico del gruppo, vale a dire l'insieme delle

conto del contesto normativo di riferimento e, dunque, della stessa possibilità di mettere a confronto due sistemi ordinamentali, rischierebbe di falsare l'indagine condotta. È invece opportuno optare per un'analisi comparativa che tenga conto degli "elementi determinanti"<sup>95</sup>, quali il sistema dei principi e valori caratterizzanti la costituzione economica vigente nell'ordinamento tedesco, nonché il ruolo e la concezione e le funzioni dello Stato. Solo in tal modo è possibile cogliere la reale portata delle norme prese in considerazione.

In coerenza con la più corretta impostazione di un metodo comparativo, sembra allora corretto volgere lo sguardo al sistema

---

disposizioni adottate dal legislativo, l'insieme delle opinioni espresse dai dottori della legge, l'insieme delle decisioni dei giudici. Cfr. anche PEGORARO-RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, 2002, pag. 32. E sebbene la comparazione possa giovare di un numero indeterminato di metodi, essa non potrà "essere un insieme di ragionamenti analitici e ordinatori, ma sarà sempre una scienza empirica fondata sull'osservazione dei modi concreti di funzionamento, nei vari sistemi, delle regole di dettaglio e delle categorie ordinanti. Da questo punto di vista la comparazione ha natura opposta alla dogmatica: questa propone definizioni; quella si misura con dati reali" (SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pag. 51) ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955; MATTEI-MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997.

<sup>95</sup> Di elementi determinanti parla L. J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, pagg. 222 ss., secondo il quale occorre muovere dall'idea che per conoscere un ordinamento giuridico è necessario aver chiaro il ruolo e la posizione di quelle componenti fondamentali che esprimono, individualmente e congiuntamente, il sistema di principi, valori e finalità ultime dell'ordine giuridico preso in considerazione, gli elementi determinanti, appunto. Essi disegnano l'identità e la specifica individualità dell'ordinamento, tratteggiandone la morfologia e fissando le strutture fondamentali. Tra essi la concezione e il ruolo del diritto, l'ideologia e la dottrina che incidano sul diritto e ne determinino i rapporti con il potere; la costituzione economica vigente nell'ordinamento preso in considerazione, il sistema delle fonti del diritto e l'interpretazione delle leggi; le nozioni e le categorie giuridiche fondamentali, nonché la concezione e il ruolo dello stato, elemento questo che si integra con l'idea dominante relativa alle funzioni dello stato, alle sue relazioni con il diritto, al principio di unicità e pluralità del potere, al rapporto tra autorità e libertà e in definitiva, la forma di Stato. Come pure è stato sottolineato, la teoria degli elementi determinanti ha, in tal senso, il pregio di offrire una prospettiva dell'oggetto dell'indagine comparativa del diritto sostanzialmente fondata. Cfr. in tal senso PEGORARO-RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, pagg. 48 s.

ordinamentale entro il quale si collocano dette soluzioni.

Il primo dato che viene in rilievo, pur nel ricorso non statisticamente irrilevante a forme di azionariato pubblico<sup>96</sup>, è rappresentato da un canto, dalla assenza di un preciso obbligo di ricorrere alla costituzione di *Juristische Personen des öffentlichen Rechts* ovvero di *Körperschaften des öffentlichen Rechtes* per il perseguimento di finalità pubbliche, ciò che lascia supporre che il legislatore abbia facoltà di disporre della regola pubblica ovvero privata, pressoché fungibili: è il caso dell'art. 87-D, comma 1, della Costituzione tedesca, che pur rimettendo *“l'amministrazione del traffico aereo”* alla gestione *“dell'amministrazione federale propria”*, precisa immediatamente dopo che *“con legge federale si decide se l'organizzazione debba essere disciplinata secondo le forme del diritto pubblico o del diritto privato”*.

La Legge fondamentale, talvolta, depone anche nel senso opposto, cioè nel senso della precisazione della adozione della regola privatistica. È il caso dell'art. 87-E, co. 1 della Costituzione, ove si precisa che *“l'amministrazione del traffico ferroviario per le ferrovie dello Stato federale è gestita come amministrazione federale propria”*; al 3° co., tuttavia, si precisa che *“le ferrovie federali sono gestite come imprese economiche di diritto privato. Tali imprese economiche sono di proprietà dello Stato se l'attività dell'impresa comprende la realizzazione, la manutenzione e la gestione delle linee ferroviarie. La cessione di quote di partecipazione dello Stato federale [...] si effettua in base ad una legge”*<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Di cui si dà conto in EMMERICH-HABERSACK, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, München, 2010, sub §15, cit.

<sup>97</sup> Si v.no in argomento REINHARDT, *Die Deutsche Bahn AG. Von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, cit.; e HERMES, *Art. 87-d Luftverkehrsverwaltung*, in AA.VV., *Grundgesetz Kommentar*, v. III, a c. di Dreier, Tübingen, 2000, pagg. 224 ss.

Ancora, l'art. 87-F, co. 1, stabilisce che “in conformità ad una legge federale [...] lo Stato federale garantisce nell'ambito delle poste e delle telecomunicazioni servizi adeguati e sufficienti sull'intero territorio. I servizi di cui al co. 1, sono erogati come attività economiche private dalle imprese derivate dal patrimonio separato “Poste federali tedesche” nonché da offerenti privati”<sup>98</sup>.

In termini generali, poi, a mente dell'art. 65, co. 2 del *Bundeshaushaltordnung*, recante disposizioni in tema di finanza pubblica, la costituzione e la compartecipazione ad un'impresa deve trovare l'assenso del Ministro delle finanze, sulla base della valutazione della corrispondenza ad un interesse pubblico.

Parimenti la normativa dettata dei Lander, oltre al riferimento espresso operato all'interesse pubblico (*der öffentliche Zweck*) sotteso all'eventuale partecipazione e o costituzione di società, stabiliscono, di regola, la necessità del rispetto del principio di efficienza dell'azione pubblica e del principio di proporzionalità tra attività di impresa e dimensione del Comune; detti criteri sembrano venire in rilievo, però, quali parametri di valutazione della legittimità dell'azione dei Comuni in tal senso<sup>99</sup>. A livello locale la necessità di individuare un motivo di interesse pubblico per acquisire o mantenere partecipazioni in società, è considerata oggetto di copertura costituzionale, nella disposizione che attribuisce ai Comuni il diritto di regolare sotto la propria responsabilità, e quindi entro i limiti segnati dalle proprie competenze, le attività di interesse locale (art. 28 co. 2, della *Grundgesetz*).

Da quanto precede, sembra anzitutto possibile trarre una prima

---

<sup>98</sup> Trad. propria.

<sup>99</sup> Sul punto sia consentito rinviare alle conclusioni cui pervengono WÜRTEMBERGER - NEIDHART, *L'Etat, actionnaire in Allemagne*, in *Rev. franc. admin. publ.*, 2007, pag. 585.

conclusione della fungibilità delle forme privatistica e pubblicistica, ferma restando la necessità di legittimare l'intervento dello Stato sul presupposto che siano seguiti fini di carattere pubblico<sup>100</sup>, pena la configurazione di un vero e proprio obbligo di privatizzazione<sup>101</sup>.

Oltre alle specifiche soluzioni applicative inizialmente richiamate, le quali certamente depongono nel senso dell'applicazione della regola privatistica senza eccezioni significative sul piano qualificatorio, l'insieme delle osservazioni che da ultime sono state condotte può forse essere d'aiuto, ai nostri fini, in termini di metodo.

Sembra, infatti, dal - seppur rapido - esame dell'ordinamento tedesco che si è illustrato, di poter cogliere per un verso che il collegamento con le finalità istituzionali dell'ente pubblico socio rappresenta un vincolo per i soggetti pubblici partecipanti, non un vincolo per la società partecipata; per l'altro verso, e soprattutto, che in tanto è dato ricorrere all'assunzione di partecipazioni in società se ed in quanto vi sia dimostrazione della diretta utilità del veicolo societario in relazione al perseguimento delle finalità istituzionali proprie dell'ente pubblico socio.

Come visto, non vi sono, però, nell'ordinamento tedesco disposizioni che incidono in maniera significativa sulla conformazione dell'ente partecipato (dovendosi semmai verificare, in senso di marcia, per così dire, opposto, la congruità del mezzo, di cui si imporrebbe dunque il rispetto, in funzione del fine che il pubblico si propone). Conclusione, questa, a partire dalla quale, anzitutto sembra potersi

---

<sup>100</sup> LÖWER, *Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber*, in *Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer* 2001, pag. 418.

<sup>101</sup> Così, EHLERS, *Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in Deutschland*, in *Juristenzeitung*, 1990, pagg. 1089-1091; ISENSEE, in *AA.VV., Handbuch des Staatsrechts*, a c. di in Isensee e Kirchhof, v. IV, 2006, § 73.



ridimensionare il problema del perseguimento di finalità pubblica nel rispetto della disciplina del mezzo societario e che, nella giurisprudenza teorica e pratica italiana conduce di regola alla riqualificazione in senso pubblicistico. In secondo luogo sembra potersi cogliere l'idea di fondo che l'adozione della regola privatistica da parte del pubblico risulta vincolata per ciò che riguarda la posizione di quest'ultimo quale contraente (e, nella specie, quale socio).

In breve: l'esperienza tedesca sembra sanzionare in termini di precomprensione il problema della prevalenza della sostanza sulla forma. Ciò perché, la forma - il veicolo societario - non è vista soltanto come tale, sibbene quale "regola" nella quale si realizza un preciso temperamento di interessi non necessariamente coincidenti con quello del socio pubblico. Per converso, il pubblico se ne può servire allorché il mezzo sia congruo rispetto ai propri fini: in proposito l'esperienza tedesca suggerisce che la necessaria valutazione di congruità del veicolo societario rispetto alla finalità pubblica, non vada nel senso di una alterazione del funzionamento della prima, sibbene nel senso - inverso - della inammissibilità della costituzione o del mantenimento di partecipazioni da parte del secondo.

Se volessimo scorgere uno spunto interpretativo dall'Ordinamento tedesco, potremmo però dire che tale ragionamento - valido nell'ordinamento preso a riferimento - presuppone che nessuna norma vincoli espressamente ad imprimere (e quanto) l'interesse pubblico sulla conformazione di tali enti, nel senso di alterare le basi del funzionamento dell'attività sociale (come visto, piuttosto, viene introdotto un criterio di coerenza del veicolo societario, coerenza cui è astretto il socio pubblico, non la società partecipata).

Nel nostro ordinamento, come detto, le cose stanno diversamente:

l'annoso dibattito - nella giurisprudenza e nella dottrina, amministrativistica e giuscommercialistica - a proposito penetrazione dell'interesse pubblico con la "sostanza" societaria e l'ontologica incompatibilità<sup>102</sup> tra l'uno e l'altra, e dunque ogni interpretazione tesa a dimostrare la preminenza del primo sul secondo o viceversa, sono tutte evidenze che depongono esattamente in senso contrario.

Ci sembra, però, che le cose stiano diversamente. Come si avrà modo di vedere, i profili dell'ontologica incompatibilità e quello della preminenza, almeno per ciò che concerne le società legali, sono essenzialmente frutto di una impostazione del problema che non tiene conto del dato formale che è lo stesso legislatore a disciplinare un fenomeno postulando deroghe (e, dunque, norme speciali) ad un regime, quello societario, che presuppone come modello resiguale (in breve: norma generale rispetto a quelle norme speciali). La ricerca di una compenetrazione dell'interesse pubblico, pertanto, non sembra possa validamente argomentarsi a partire (i) né dal "fatto" dello statuto singolare; (ii) né dal "fatto" della presenza del socio pubblico. Ove fosse impostato in questi termini, infatti, ogni ragionamento sembra essere viziato, quanto meno, da un eccesso di sostanzialismo che

---

<sup>102</sup> In termini IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (Profilo storico-giuridico)*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pag. 125. Ma in termini cfr. anche la decisione assunta dalla Corte dei conti (Sez. contr., 12 marzo 1992, n. 12, in *Riv. corte conti*, 1992, pag. 18), ove si sottolinea l'incompatibilità, appunto, fra scopo di lucro e perseguimento di (determinati) fini pubblicistici. Non sembra superfluo però rilevare che, in tanto è dato discorrere di incompatibilità in quanto si possa affermare una precisa definizione del concetto di economicità da porre innanzi, nel confronto, allo scopo di lucro; sul punto, tuttavia, la stessa dottrina amministrativa sembra caratterizzarsi per l'assenza di uniformità di vedute, postulandosi a volte l'esigenza che l'attività sia svolta per fini di lucro in regime di concorrenza; altre volte operando un parallelo tra economicità e imprenditorialità, nel senso della astratta idoneità a conseguire profitti in misura tale da offrire remunerazione dei costi di produzione; in termini CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Milano, pag. 2008, 236; e si v. anche SPADA, *sub vocem Impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., v. VII, Torino, 1992, pagg. 70 ss.

inferisce la pubblicità come modello residuale voluto dal legislatore, in luogo di quello societario. Non sembra, però, in ragione di quanto si dirà nel Capitolo III, che dal dato positivo questo possa emergere. Dal dato positivo, piuttosto, sembra emergere un'altra considerazione; la ingerenza "pubblicistica" sembra dover essere ricercata altrove, ossia all'interno dello stesso "microsistema"<sup>103</sup> sembra infatti di poter rinvenire una preventiva "valutazione di congruità" della costituzione dell'ente al fine pubblico (di là dalla qualificazione pubblicistica o privatistica dell'ente partecipato). Ove fosse verificabile, si potrebbe allora ipotizzare l'arricchimento, per ora in senso atecnico, della funzione concretamente svolta dal veicolo societario per via della presenza del socio pubblico. Si tratta, però, di definire con esattezza, da un canto, il parametro di selezione delle norme che possono condurre a concludere nel senso di una "non irrilevanza" dell'interesse pubblico nella regola societaria; e, subito dopo, di verificare se una norma del genere vi sia.

In effetti, l'ipotesi di lavoro che si proverà a seguire nel presente lavoro è esattamente questa, ossia quella astrarre, all'interno del più vasto panorama delle società pubbliche, un elemento trasversale che funga da strumento di distinzione e selezione delle società nelle quali non si dà rilievo all'interesse pubblico sotteso all'azione pubblica e società nelle quali (quelle di cui ci si occupa), invece, un siffatto vincolo sussiste perché esplicitato o desumibile nel dato normativo.

Per far ciò, dando conto con maggiore precisione dell'ipotesi di lavoro delle presenti riflessioni, sembra opportuno rievocare la tesi sostenuta, ad inizio degli anni '90, dal più attento studioso delle società

---

<sup>103</sup> Si usa il termine con un significato non dissimile da quello indicato da IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in ID., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, pag. 95.

“legali”, a proposito della ormai nota tripartizione (società “autorizzate”, “obbligatorie” e “coattive”<sup>104</sup>) secondo cui ordinare – non con finalità didascalica bensì con l’intento di selezionare la disciplina applicabile in ragione di determinate caratteristiche – le società nelle quali la costituzione sia disciplinata non già da un atto avente natura intimamente negoziale, sibbene dalla legge<sup>105</sup>.

Le conclusioni cui questi giunge<sup>106</sup> si apprezzano in ogni caso nel senso dell’applicazione della disciplina civilistica (e più precisamente di diritto societario *comune*), in quanto non espressamente derogata dal diritto singolare, atteso che l’assenza di un atto genuinamente negoziale al momento della costituzione della società non preclude la produzione della fattispecie tipica (societaria) e, quindi, che la stessa

---

<sup>104</sup> Ciascuna delle quali, a livello empirico, può essere identificata secondo l’enunciato di legge che le prevede in chiave autorizzatoria; individuando una condotta cui vincola i destinatari; postulando essa stessa la società che costituisce. Da una disamina delle leggi istitutive di tali società (le più significative delle quali saranno analizzate meglio in prosieguo: infra Cap. II, Parte II) volendo impiegare il criterio di classificazione elaborato dall’autore cui si allude (IBBA, *Le società “legali”*, Torino, 1992), dovremmo annoverare, tra le società pubbliche autorizzate Simest S.p.A., Sogesid S.p.A.; tra quelle 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., oggi ; tra quelle coattive Coni Servizi S.p.A. e Patrimonio dello Stato S.p.A. Molte società pubbliche si configurano poi come – per così dire – “legificate”. Si tratta, in particolare, delle società risultanti dai processi di privatizzazione dei preesistenti enti pubblici, avviati nel nostro ordinamento a partire dall’inizio degli anni ‘90: 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., S.p.A., Enel s.p.a., Eni S.p.A., Eur s.p.a., Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a.

<sup>105</sup> Come già indicato ci si riferisce alla ricostruzione dovuta ad IBBA, *Le società “legali”*, cit., passim.

<sup>106</sup> E a più riprese ribadite negli scritti successivi: IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, I. pagg. 464 ss. (anche in AA.VV. *Privatizzazioni e regioni*, a cura di V. Buonocore e G. Racugno, Torino, 2003, pagg. 27 ss.); ID., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, m2005, pagg. 1 ss.; ID., *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. VIII, Torino, 1992, pagg. 526 ss.

possa essere qualificata appunto come tale nella dimensione privata della nozione. A tale conclusione non sarebbe d'ostacolo, secondo questa dottrina, neanche la circostanza che le società prese in considerazione in quello studio (le società definite come "legali", delle quali in questa sede si proverà a verificare l'esistenza di una peculiarità all'interno del fenomeno delle società pubbliche) essendo state costituite per legge, trovino anzitutto in essa la propria fonte di regolamentazione; ciò, può anticiparsi sin d'ora, sembra invece incidere pesantemente non solo sulla definizione ma anche sull'attuazione del "programma dell'attività".

Sembra, infatti, che, almeno ai nostri fini, la soluzione tracciata dagli interpreti citati possa essere oggetto di uno sviluppo ulteriore. E ciò anzitutto per un limite intrinseco alla tesi *de qua*. L'ipotesi di lavoro ivi delineata è, infatti, tesa alla verifica della qualificazione societaria anche nei casi in cui la fattispecie sia caratterizzata dalla *acontrattualità* della costituzione della società medesima e la tesi in discorso, insomma, sembra orientata essenzialmente alla dimostrazione di tale risultato: se la carenza di negozialità che comporta la costituzione legale ("acontrattualità"), incida o meno sulla (presunzione di) "societarietà" dell'ente (presunzione, questa, indotta dall'impiego dell'acronimo s.p.a. all'atto della costituzione per legge). Non già, però, il medesimo interprete, si occupa di dedurre corollari in positivo sulla conformazione dell'ente, perché si tratta di finalità estranea all'ipotesi di lavoro (che come detto sembra riassumibile nella seguente domanda: la costituzione per via legale, in quanto acontrattuale, "sconfessa" la qualificazione espressamente attribuita dal

legislatore?)<sup>107</sup>. Non a caso, allorché lo stesso Autore si trovi a dover giustificare il significato di alcune disposizioni previste dalle leggi istitutive delle società “Ristrutturazione elettronica s.p.a.”<sup>108</sup> e della società “Interventi a sostegno del settore agro industriale - RIBS - S.p.a.”<sup>109</sup> circa il termine quinquennale entro il quale dette società devono esaurire i propri interventi<sup>110</sup> cui per legge sono deputate, osserva che si tratta di norma che “rende doverosa la delibera di scioglimento”<sup>111</sup> in ossequio alle *finalità* cui sono per legge preordinate; e che non sarebbe ammissibile una delibera di proroga ovvero la mancata constatazione, da parte dell’assemblea, dell’esaurimento dell’oggetto sociale, se non in violazione della legge stessa<sup>112</sup>.

In secondo luogo le riflessioni condotte sul punto dal più volte citato Autore, agli inizi degli anni 90, non potevano tenere conto della successiva evoluzione del dato normativo che, come si è tratteggiato nelle pagine precedenti<sup>113</sup>, ha portato ad una proliferazione delle forme

---

<sup>107</sup> La conformazione, in positivo, delle società in discorso al perseguimento delle finalità pubbliche per le quali sono costituite, nel contributo in discorso (IBBA, Le società “legali”, passim) è infatti, più volte, solo accennata, con riguardo a vari aspetti, essenzialmente per le società c.dd. coattive o obbligatorie.

<sup>108</sup> Legge 5 marzo 1982, n. 63.

<sup>109</sup> Legge 19 dicembre 1983, n. 700.

<sup>110</sup> Rispettivamente “il riordinamento di comparti nell’ambito del settore dell’elettronica dei beni di consumo e della componentistica elettronica connessa, promuovendo il coordinamento di imprese e unità produttive secondo un indirizzo industriale unitario” (art. 1 ter L. 63/1982) e “l’intervento nel settore bieticolo-saccarifero, secondo le direttive del CIPE, al fine di promuovere il risanamento, la riorganizzazione e il riordinamento produttivo e commerciale” (art. 2 co. 2 L. 700/1983).

<sup>111</sup> IBBA, Le società “legali”, cit., pag. 308, testo e nota 342.

<sup>112</sup> IBBA, *Le società “legali”*, cit., pagg. 308-309.

<sup>113</sup> E come avrà modo di evincersi anche dalla indagine sulla traiettoria storica che ha seguito il nostro ordinamento in materia: infra Cap. II, parte I.

in cui si declina l'azionariato pubblico. In questo contesto di proliferazione e stratificazione del dato normativo e della sua sempre maggiore complessità, oggi, la circostanza che siano molti e tra loro molto vari gli *statuti normativi* (e a fattispecie esclusiva) delineati dalla legge, sembra mettere in crisi tale risultato<sup>114</sup>. Un fenomeno allora (nel 1992) circoscritto a relativamente poche ipotesi<sup>115</sup>, sembra caratterizzarsi oggi come una costante dell'azionariato Statale.

Nell'orizzonte magmatico delle società pubbliche sembra allora di poter individuare uno strumento di selezione trasversale che possa fungere da guida ai fini della applicazione ovvero della interpretazione della disciplina che è loro applicabile. La sottrazione, implicita o esplicita, alla compagine sociale (che sia la società mista o integralmente partecipata dal pubblico, in misura maggioritaria o minoritaria) della facoltà di deliberare lo scioglimento dell'ente (in tutti quei casi in cui è la legge stessa a precisarlo, ovvero a ritenerlo implicitamente), sottrazione che riguarda alcuni specifiche ipotesi ben individuate<sup>116</sup>, ossia le società legali di cui ci si intende qui occupare, sembra infatti venire in rilievo quale predeterminazione della funzione di quell'ente medesimo; come sottrazione, dunque, alla compagine sociale della valutazione sul se (continuare a) perseguire o meno l'oggetto che è stato assegnato all'ente medesimo. Di guisa che, ogni qual volta il legislatore abbia espunto siffatta facoltà, o l'abbia resa incompatibile, è la stessa legge ad aver preventivamente stabilito che

---

<sup>114</sup> Si v. infra, Cap. II, parte II.

<sup>115</sup> I casi presi a riferimento da Ibba sono, infatti, le società "Ristrutturazione elettronica s.p.a." e della società "Interventi a sostegno del settore agro industriale - RIBS - S.p.a.", la cui legge istitutiva è stata indicata alle precedenti note 93 e 94.

<sup>116</sup> Essenzialmente le società a statuto singolare o, per impiegare un lessico proposto da altri interpreti, a fattispecie esclusiva.

l'esistenza dell'ente è legata alla sua predeterminata e concreta funzione.

#### 8. - SEGUE. ALCUNE PRECISAZIONI DI METODO.

La tesi che si intende verificare, come sin qui proposta, potrebbe prestarsi da subito ad alcuni rilievi critici, il cui esame, in questa sede, non può essere trascurato, ed anzi sembra dover essere affrontato, costituendo strumento per validarne l'utilità e la correttezza di metodo.

Una prima obiezione potrebbe appuntarsi sulla segnalata contiguità, da cui si è tratto spunto nei paragrafi recedenti, con il fenomeno più generale all'attività negoziale della Pubblica amministrazione, da cui si è desunta quella già riferita attenuazione della distinzione tra pubblico e privato quale necessario corollario del soggetto agente.

Un seconda obiezione potrebbe essere mossa proprio al criterio di selezione, all'interno delle società pubbliche, di quelle società nelle quali possa darsi una effettiva valutazione di congruità con l'interesse pubblico, per il fatto che alle stesse sarebbe precluso di determinarsi nel senso dell'autoscioglimento.

Le due obiezioni sembrano prestarsi ad una valutazione congiunta.

In effetti, la contiguità tra la figura dei contratti della pubblica amministrazione - la cui elaborazione concettuale si sviluppa tenendo originariamente in considerazione i contratti di scambio - e delle società pubbliche, per le ragioni menzionate nelle pagine precedenti, è evidente, conducendo una riflessione in argomento alla analisi dei limiti entro i quali l'interesse pubblico "colora" causalmente o



funzionalmente il rapporto, ovvero si riferisce ad esso (soltanto) da un punto di vista strutturale-organizzativo (non diversamente da come potrebbe accadere nei contratti di scambio conclusi dalla P.A.); ciò che induce al contempo qualche riflessione ulteriore: a proposito dello iato che pure corre tra le due dinamiche operative cui il pubblico ricorre (attività negoziale che si esplica in contratti “di scambio” e associativi), e che sembra meriti di essere da subito sinteticamente evidenziato.

È rapporto, il secondo (associativo) diversamente dal primo (di scambio), che dà luogo alla creazione di una struttura c.d. metaindividuale, normativamente preordinata allo svolgimento di un’attività gestita in comune dai partecipanti all’iniziativa e che funge da “ponte” o “diaframma”<sup>117</sup> tra le prestazioni delle parti medesime e lo scopo comune, nel senso che l’attività è il mezzo attraverso il quale si realizza lo scopo comune e le prestazioni assumerebbero una funzione servente e strumentale all’esercizio della stessa attività. Come tale, nello svolgimento dell’attività programmata l’ente societario è destinato ad operare – direttamente o indirettamente – sul mercato, con terzi e/o *fruttori* dell’attività medesima; ed è, a tal fine, soggetto ad un regime pubblicitario che offra contezza ai terzi delle proprie condizioni operative (a partire già dal riferimento al tipo sociale adottato); è chiamato ad agire secondo paradigmi organizzativi ben individuati, pensati in funzione dell’interesse privato (interno ed esterno alla società) sotteso, in condizioni “normali”, già all’atto della costituzione dell’ente; è tenuto a rispondere delle proprie obbligazioni – e della propria solvibilità – secondo regole nelle quali si realizza un contemperamento (ben definito) di interessi (degli operatori) di quel

---

<sup>117</sup> Espressioni, queste, di G. FERRI, sub vocem Contratto plurilaterale, in *Noviss. Dig. It., IV*, Torino, 1959, pag. 680.

mercato; *etc.*

In sintesi, la vicenda contrattuale, che, nei rapporti di scambio, a termini dell'art. 1372 cod. civ. (*"il contratto ha forza di legge tra le parti. □ Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge"*), potrebbe esaurire ed – almeno tendenzialmente esaurisce (sul piano dell'attuazione dei reciproci diritti ed obblighi) – la propria rilevanza ed efficacia all'interno del rapporto tra le parti contraenti, sì che l'oggetto del contratto, nel momento dinamico, coincide con l'esecuzione di quel contratto e con l'attuazione della causa di esso<sup>118</sup>; nei rapporti associativi (e, nella fattispecie, societari) l'attività programmata ha una proiezione ben maggiore, essendo *"il fenomeno associativo per sua natura [...] il tipico esempio del superamento del momento individualistico a favore di un momento sociale o collettivo o comunque ultra individuale dell'esperienza giuridica"*<sup>119</sup>.

Ma è proprio questo "scarto" corrente tra contratti di scambio e associativi, l'angolo visuale del quale si vuole tenere conto in questo lavoro<sup>120</sup>. Seguendo l'insegnamento di autorevole dottrina, gli è che,

---

<sup>118</sup> La dottrina in argomento è vastissima. Sia consentito dunque il rinvio ad opere ritenute senz'altro di primario interesse ed importanza: BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, pagg. 214-215; PUGLIATTI, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, pagg. 195 ss.; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 894; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pag. 368.

<sup>119</sup> P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, pagg. 213-214; ma si v. anche SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974; GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, nel *Commentario del cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e A. Branca, Bologna-Roma, 1976; MARASÀ, *Le Società. Società in generale*, nel *Trattato di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000. Sull'argomento, ed in particolare a proposito della qualificabilità della società partecipata come contratto associativo, si tornerà nel Cap. III.

<sup>120</sup> A meno che, ovvio, non si respinga il fatto stesso che la partecipazione pubblica nelle società non dia luogo ad un contratto associativo, sibbene ad un contratto di scambio; questa tesi è stata effettivamente sostenuta in dottrina, ma è

mentre l'oggetto, la causa e l'esecuzione del contratto sono momenti coincidenti (di là dal fatto che lo siano anche cronologicamente o meno) nei contratti di scambio, nei contratti annoverabili nella categoria "associativa", qual è il contratto di società, ciascuno dei tre momenti, benché siano l'uno funzionale all'altro, possono essere tenuti concettualmente distinti. Il contratto associativo compendia questi momenti nel concetto di organizzazione del gruppo, quale "ponte" tra l'attività condotta con i terzi e la catena procedimentale degli atti posti in essere, per così dire, *nel* gruppo, e la cui legittimità consente l'imputazione al gruppo medesimo dei comportamenti e degli atti con i terzi<sup>121</sup>. In tale catena procedimentale-sequenza di atti, la funzione del contatto associativo diventa, allora, anche quella di assolvere un compito di attribuzione di posizione legittimante nell'ambito della struttura organizzativa<sup>122</sup>; funzione, questa considerata imprescindibile, al punto da sanzionare, secondo un illustre Maestro, la nullità di pattuizioni contrarie<sup>123</sup>. Dà luogo, dunque, ad una posizione giuridica di carattere potestativo<sup>124</sup> preordinata all'attuazione del

---

rimasta pressoché isolata: DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici*, Napoli, 2000, *passim*, e spec. pagg. 28 ss.

<sup>121</sup> In termini ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, pagg. 107 ss.

<sup>122</sup> Sul punto si v. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, pagg. 218 ss.; ma anche FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., pagg. 242 ss. e spec. pag. 321, ove la precisazione che "nello scambio la teoria della fattispecie spezza il nesso tra l'atto ed il resto dell'affare, i successivi fatti che possono e più spesso debbono puntualizzarne lo svolgimento e la effettiva concreta realizzazione, poiché in tale teoria il momento del contratto tendenzialmente si esaurisce con il determinarsi della perfezione e dell'efficacia dell'atto, mentre per noi abbraccia tutto il momento del fatto, l'intero affare".

<sup>123</sup> BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, pagg. 137 ss. e in part. 139, 143-144 e 162-163.

<sup>124</sup> In termini ancora, BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., ivi. E si v. anche LENER, *sub vocem Potere (in Diritto Privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1965, pag. 615; FALZEA, *sub vocem Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pagg. 17 ss.

programma dell'attività. L'attività, comune e diretta ad un certo risultato, però, pur costituendo momento essenziale di ogni rapporto associativo, ne esce senz'altro menomata in tutti quei casi in cui – per legge – incontri nella sua conformazione una limitazione così pervasiva qual è quella della predeterminazione in positivo, quale connotato (e non in negativo quale limite, per es. “non in contrasto con l'utilità sociale”) della possibilità di condurla o meno. Ci sembra, in definitiva, che sia lo stesso concetto di attività posta a base dei rapporti associativi, in una ai corollari che gli sono propri, a suggerire l'opportunità di verificarne la coerenza con fattispecie esclusive la cui disciplina ne altera così drasticamente uno dei caratteri essenziali. Col che si auspica che ne esca confermata la solidità del criterio di selezione posta a base del presente lavoro.

Ovviamente, quello che si cercherà di verificare, come s'è detto, è se tale criterio possa condurre, non già necessariamente ad una riqualificazione in senso pubblicistico, che si tende ad escludere per le ragioni che si sono espone, sibbene alla considerazione della possibilità dell'arricchimento della funzione concretamente assegnata – si badi: dalla legge – al tipo sociale (la s.p.a.), quanto meno utile ad interpretarne la disciplina. Per far ciò ovviamente si parte dal presupposto che l'analisi del “tipo” sociale, debba, sì, partire, dal fatto, descritto da una norma di legge, che funge da antecedente di date conseguenze giuridiche<sup>125</sup> e che, dunque, l'operazione di sussunzione è

---

<sup>125</sup> Per ora sia consentito il rinvio ad alcuni contributi più vicini al tema che ci occupa, ben consci della maggiore dimensione che assume, nella dottrina, il tema del rapporto tra fattispecie e disciplina, nonché il criterio di interpretazione della fattispecie in funzione degli effetti che è destinato a produrre: SPADA, *Autorità e libertà nel diritto delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, pagg. 705 s.; ID., *La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura*, *ibidem*, 1989, pagg. 521 ss.; OPPO, *L'identificazione del tipo “società di persone”*, *ibidem*, 1988, pagg. 619 ss.

logicamente anteriore all'applicazione della disciplina. È noto, insomma, che si debba più correttamente procedere alla qualificazione di un fatto, per poter farne conseguire la disciplina applicabile. Gli è che, però, la soluzione dell'apparente contrasto, che sarà affidata alle pagine che seguono<sup>126</sup>, non può non tener conto del fatto che (i) è la legge stessa a disciplinare talune società incidendo così drasticamente su un elemento della fattispecie (lo svolgimento in comune dell'attività); (ii) il fenomeno delle società pubbliche si articola in *ipotesi* di fattispecie esclusive, agganciate all'espressamente (sotto)tipo, ma la cui "specialità" (per le ragioni dette sub (i), poche righe più su) sembra essere suggerita dalla stessa legge a fattispecie esclusiva, per l'appunto; ed *ipotesi*, in cui tale esclusività non sussiste, nelle quali al contempo non vengono posti vincoli che precludono in punto di autoscioglimento dell'ente<sup>127</sup>; (iii) non si intende sostenere un risultato che conduca a considerare problemi di qualificazione delle società *de quibus*, ma neanche sembra trascurabile la possibilità di interpretare la fattispecie tenendo conto del criterio di coerenza con gli effetti che sono posti da una norma di legge al verificarsi della prima<sup>128</sup>; (iv) è proprio una norma codicistica (l'art. 2451 cod. civ.), espressamente dedicata alla considerazione che può avere l'interesse pubblico (nella specie

---

<sup>126</sup> Infra Cap. III.

<sup>127</sup> È il caso delle società a partecipazione pubblica locale e delle finanziarie regionali, estranee al fenomeno di cui ci si sta occupando, come si avrà modo di dire infra, Cap. III,

<sup>128</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1976, pagg. 240 ss.; e già ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, ove viene illustrato il concetto di rilevanza giuridica, riferita alla situazione concreta (costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica) perché l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso quindi capace di produrre effetti, appunto, giuridici.

“nazionale”) nella regolazione della società, a rendere possibile l’alterazione del modello organizzativo – tracciandone al contempo i confini, rappresentati dagli aspetti della gestione sociale, della trasferibilità delle azioni, del diritto di voto e della nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti –, ferma restando la qualificazione formalmente attribuita, di tipo privatistico, corrispondente al (sotto)tipo s.p.a.; di guisa che sembra lecito domandarsi se non vi sia spazio per un’applicazione analogica, se non una identificazione diretta ed assimilazione piena, tra le società di cui ci si intende occupare e quelle indicate dall’art. 2451 cod. civ.

A tali interrogativi si proverà a rispondere nel terzo capitolo.

## CAPITOLO II

### L'EVOLUZIONE STORICA DEL NOSTRO ORDINAMENTO IN MATERIA DI SOCIETÀ PARTECIPATE E IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO.

#### PARTE I.

##### L'EVOLUZIONE STORICA DELLE SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

###### 1. PARTECIPAZIONE DELLO STATO NELL'ECONOMIA: LE STATALIZZAZIONI POST-UNITARIE NEL QUADRO DEL CODICE DI COMMERCIO DEL 1882.

Una disamina in prospettiva diacronica della partecipazione del soggetto pubblico nel mercato pare utile, per i fini dichiarati pocanzi, per cogliere gli elementi determinanti la progressiva trasformazione dell'incidenza dello Stato sulle regole del mercato. È noto, infatti, come tale incidenza si sia manifestata in modo diverso secondo le fasi di sviluppo economico-finanziario attraversate dal paese, assumendo una diversa gradazione in ragione delle circostanze e degli scopi che hanno spinto di volta in volta lo Stato ad assumere lo *status* di azionista, dando vita ad un articolato e complesso sistema di intervento statale, caratterizzato, da un lato, dalla presenza di società partecipate dal solo Stato o da altro ente pubblico, ovvero da più azionisti pubblici; e dall'altro da società miste, composte da azionisti pubblici e privati, nelle quali lo Stato talora ha assunto una posizione maggioritaria o di controllo e talora una partecipazione minoritaria<sup>129</sup>. Proprio in virtù dell'intensità dell'intervento pubblico nell'economia ed al rapporto

---

<sup>129</sup> Cfr. DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, cit., pagg. 158 ss.

instauratosi tra libertà di iniziativa economica privata, la dottrina identificato quattro fasi storiche, di cui la prima, collocabile all'incirca tra l'ultimo decennio del XIX secolo e la fine della prima guerra mondiale, caratterizzata da un esercizio, da parte dello Stato, di attività di impresa per lo più tramite un proprio organo di governo. Una seconda fase, conclusasi con la risoluzione della grande crisi del 1930-1933, nella quale l'esercizio delle attività di impresa è stato affidato a enti separati dallo Stato, quasi sempre di natura pubblica; essi, sottoposti al controllo di uno o più ministri, divennero strumenti di attuazione degli indirizzi governativi sull'economia e vissero una fase di espansione nella terza fase storica, iniziata con l'istituzione dell'Iri nel 1933 e terminata solo nei primi anni Novanta, con l'apertura della fase delle privatizzazioni. In questo arco di tempo, per attuare il proprio intervento nelle attività di impresa, lo Stato ha ampiamente utilizzato lo strumento della partecipazione in imprese costituite nella forma tipica della società per azioni di diritto comune<sup>130</sup>, estendendo, ricodificando, perfezionando sotto l'aspetto tecnico, e istituzionalizzando, istituti e strumenti giuridici già introdotti nell'ordinamento nelle fasi storiche precedenti<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> DI CHIO, sub vocem Società a partecipazione pubblica, cit., pagg. 158 ss secondo il quale, peraltro, indipendentemente dalla misura della partecipazione, la società in mano pubblica è stata collocata alla base di una struttura piramidale il cui vertice era rappresentato dalle autorità di governo dell'economia, che hanno controllato e diretto le società a partecipazione statale attraverso l'intermediazione di un ente pubblico economico o direttamente mediante un organo dello Stato.

<sup>131</sup> È molto interessante al riguardo la ricostruzione in chiave storica dell'intervento pubblico in economia di GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977 il quale sottolinea come il passaggio allo Stato pluriclasse, nei paesi dell'Europa occidentale, negli USA e in altri paesi di eguale sviluppo, avvenne mediante l'istituzionalizzazione di quelli che si consideravano "interventi". Secondo l'A., infatti, non sarebbe corretto parlare di espansione, ovvero aumento, dell'intervento pubblico in economia in epoca contemporanea poiché "gli strumenti giuridici non cambiano, solo che da episodici e limitati divengono normali e



Quanto alla menzionata prima fase dell'articolato processo storico in esame, carattere precipuo, che segnerà la direzione successivamente presa dalle politiche pubbliche, è quello dell'abbandono progressivo dei principi liberisti tipicamente ottocenteschi<sup>132</sup>. Ed infatti, sotto il profilo economico, la spinta al contenimento delle funzioni e degli apparati pubblici cominciò ad essere contrastata, già dopo il 1870<sup>133</sup>, da

---

generali, ed estendono il loro ambito applicativo. Malgrado sia diffusa più che l'opinione potrebbe dirsi l'impressione contraria, la realtà è che il nuovo secolo, e per esso lo Stato contemporaneo, non inventa nuovi istituti giuridici rispetto a quanto già non fosse noto nello Stato borghese; estende, ricodifica istituti già esistenti, li perfeziona sotto l'aspetto tecnico, ma soprattutto li istituzionalizza, li rende cioè strutturali dell'ordinamento giuridico. Non è quindi esatto che negli ordinamenti contemporanei si assista ad un aumento dell'intervento pubblico nell'economia: questa concezione è parziale e problematicamente inaccettabile. Vi è qualche cosa di più, ossia che la disciplina pubblica della materia economica riprende, nella strutturazione dei pubblici poteri, il ruolo qualitativo che aveva nella precedente forma di Stato". Ciò significa "abbandono del principio del non intervento...ed adozione del principio per cui è compito basilare dei pubblici poteri la disciplina, normativa e amministrativa, della materia dell'economia".

<sup>132</sup> Cfr. OTTAVIANO, Il governo dell'economia: principi giuridici, in AA.VV., La Costituzione economica, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ., cit., pag. 185. Cfr. anche GALGANO, Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici, in AA.VV., La Costituzione economica, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ., cit., pagg. 105 s., secondo il quale nell'epoca liberale l'economia era largamente considerata un "affare privato" della borghesia, sul quale lo Stato poteva solo vegliare quale "guardiano notturno". Un nuovo anti-statalismo, di natura prettamente economica, che nasceva dall'aspirazione borghese al più ampio e intenso sfruttamento delle risorse. La borghesia non aveva nulla da temere sotto il profilo politico dallo Stato, ma aveva "motivo di osteggiare la concorrente presenza dello Stato nel dominio e nello sfruttamento delle risorse, di esigere che lo Stato le utilizzasse nella misura strettamente necessaria all'assolvimento di imprescindibili funzioni pubbliche, in modo che le risorse potessero, nella maggiore quantità possibile, esser impiegate nelle private attività economiche, fonti della prosperità della borghesia". E tuttavia, proprio quel primitivo disegno borghese di uno Stato minimo si rivelò un'illusione; "il sogno di una società tutta privata, solo vegliata dallo Stato era presto svanito".

<sup>133</sup> In particolare, dagli anni Ottanta del XIX secolo (coincidenti con i governi Depretis e Crispi), in conseguenza della depressione profilatasi nel 1873, che aveva generato forte malcontento, il governo Depretis prima, e Crispi poi, per superare la crisi dell'economia nazionale si mossero in due direzioni: il protezionismo tariffario per le produzioni interne e l'interventismo a favore della crescita infrastrutturale e industriale del paese. A partire dal 1883, la politica finanziaria contribuì così a sostenere lo sviluppo dell'industria pesante delle costruzioni ferroviarie e dei trasporti collettivi, mediante investimenti d'urto in alcuni settori prioritari. Ci sono

un'opposta spinta che nasceva in seno alla borghesia, tesa all'accrescimento delle funzioni dello Stato e alla dilatazione degli apparati statali, per la realizzazione di quelle infrastrutture dalle quali la classe imprenditoriale avrebbe tratto duplice vantaggio: da un lato agevolare gli scambi commerciali, dall'altro ricavare ingenti guadagni dall'appalto delle opere pubbliche<sup>134</sup>. Anche gli aiuti di governo, sotto forma di incentivi, che sin dai primi anni successivi l'unificazione erano stati massicciamente utilizzati sotto forma di sovvenzioni, finanziamenti di favore, ovvero anticipazioni senza interessi<sup>135</sup>, videro un trend in aumento a cavallo tra i due secoli come dirette gestioni pubbliche, tra le quali fondamentali furono la municipalizzazione dei servizi pubblici locali (1904), l'esercizio statale delle ferrovie (1905), la gestione pubblica delle linee telefoniche<sup>136</sup>.

Mediante tale processo lo Stato liberale si sostituiva

---

anche ragioni politiche nella complessa evoluzione delle politiche pubbliche del periodo in questione. E infatti Crispi, subentrato a Depretis nel 1887, decise di rafforzare la propria posizione proprio facendosi garante di un più vasto blocco sociale industriale - terriero - agrario, e conferendo maggiori poteri all'amministrazione. L'implicazione di questi due processi fu costituita dall'ampliamento dell'organico amministrativo e delle relative funzioni, specie nel campo della politica economica e della politica estera e militare. Cfr. MERLONI, PIOGGIA, SEGATORI (CUR.), *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, 2007, pag. 30.

<sup>134</sup> Si veda CARACCILO, *Stato e società civile*, Torino, 1971, pag. 31, secondo il quale "le vie ferrate, attraverso la vicenda di concessioni, appalti, privilegi, restassero durante diversi decenni uno dei luoghi dove più facili erano i redditi dei capitalisti, più facile il formarsi di grandiose fortune. Sicché proprio qui la borghesia italiana veniva formandosi una mentalità "statalistica", tutta protesa cioè ad aspettare dagli indirizzi e aiuti di governo le condizioni per il successo dei propri affari".

<sup>135</sup> S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, pagg. 17 s.

<sup>136</sup> GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ., cit., pag. 111. Peraltro, secondo l'A., non è senza rilievo la circostanza che queste massicce statalizzazioni furono volute proprio dai governi liberali, nel corso dell'unica "fase stroica nella quale l'economia italiana era improntata a principi veramente liberali".

progressivamente ai privati nella gestione di determinate imprese o settori della produzione, proprio nell'interesse della classe imprenditoriale privata, sollevandola dall'onere di gestire con il proprio capitale le infrastrutture, indispensabili al sistema produttivo, ma non remunerative<sup>137</sup>.

Come pure è stato rilevato, tale carattere subalterno dell'attività economica pubblica rispetto all'iniziativa privata non aveva comunque modificato la struttura dello Stato-apparato: le gestioni pubbliche avevano dato luogo ad alcune caratteristiche in comune con le istituzioni, vale a dire una struttura interna, non esterna, all'amministrazione, nonché un personale dirigente sostanzialmente burocratico<sup>138</sup>.

Accanto all'opera di costruzione economica dello Stato, venne contemporaneamente portata avanti la riforma degli istituti finanziari, fondamentale per sostenere, in una fase di crisi economica, le imprese del paese. Nel 1893, a seguito dello scandalo della Banca romana, fu istituita la Banca d'Italia (l. 10/08/1893, n. 449) e furono ridotti complessivamente a tre gli istituti di emissione (Banco di Napoli e Banco di Sicilia)<sup>139</sup>. Su di essi la vigilanza fu affidata al ministro dell'Agricoltura, industria e commercio, di concerto con quello del Tesoro, avente obblighi d'ispezione straordinaria biennale.

Con la razionalizzazione degli istituti bancari si aprirono inoltre nuovi margini di discrezionalità nella gestione della politica monetaria; basti pensare al maggior controllo dello Stato sugli assetti finanziari,

---

<sup>137</sup> GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, cit. pag. 112.

<sup>138</sup> CASSESE, *La formazione dello stato amministrativo*, cit., pag. 16.

<sup>139</sup> GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, pagg. 27 ss.

secondo un disegno mirante a rafforzare proprio il ruolo della neonata Banca d'Italia, che assommando una serie di funzioni pubbliche o di interesse pubblico, iniziò a configurarsi sempre più come banca di Stato<sup>140</sup>, per poi divenire istituto unico di emissione nel 1926.

Di particolare interesse fu la contestuale approvazione dell'art. 7 del codice di commercio del 1882, disposizione che, per l'epoca in cui venne elaborata, sembrava concepita più come un piano per il futuro, come un'anticipazione di quanto di lì a poco si sarebbe realizzato<sup>141</sup>. In esso si legge "Lo Stato, le province e i comuni non possono acquistare la qualità di commercianti, ma possono fare atti di commercio, e per questi rimangono soggetti alle leggi ed agli usi commerciali". Si intendeva in tal modo rendere applicabile all'attività contrattuale delle imprese dello Stato - in verità ancora marginale all'epoca in cui venne licenziato - il codice di commercio, con le relative norme sulle obbligazioni e sui contratti commerciali<sup>142</sup>. La *ratio* dell'introduzione della norma si

---

<sup>140</sup> Come è stato sostenuto al riguardo, "Prima la Banca Nazionale e poi la Banca d'Italia, avevano una visione alquanto estesa del loro ruolo: ritenevano che consistesse non solo nel gestire la moneta del paese per mantenere la convertibilità il più a lungo possibile, ma anche nel promuovere un armonioso sviluppo economico in un paese che era stato costituito con il fine esplicito di raggiungere i paesi di più antico sviluppo come Inghilterra e Francia. La convinzione di dover svolgere questo duplice ruolo fu espressa ripetutamente dai direttori generali della banca centrale. A loro avviso questo ruolo giustificava le molte operazioni di salvataggio che la Banca era chiamata a svolgere e, di conseguenza, la speciale relazione di cui godeva con il governo". In termini DE CECCO, *L'Italia e il sistema finanziario internazionale. 1861-1914*, Bari, 1990 pag. 25.

<sup>141</sup> GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, cit., pag. 113. L'A. rileva peraltro che proprio l'assetto che veniva delineandosi dall'applicazione dell'art. 7 del codice di commercio avrebbe reso il diritto commerciale un diritto "comune" ai privati e ai pubblici operatori commerciali.

<sup>142</sup> F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, cit., pag. 115. Secondo l'A. l'aver reso applicabile alle articolazioni dell'amministrazione statale il codice di commercio anziché il codice civile, avrebbe dispiegato tutta la propria importanza con il rafforzarsi delle imprese pubbliche e lo smaccato favore per la classe

comprende con chiarezza nella Relazione Mancini, nella quale si evidenziava come, quantunque gli enti summenzionati siano e rimangano *“istituti di diritto pubblico, dotati di essenza e fine proprio”*, di talché non sia possibile alterarne la *“natura intima e perenne”*, può comunque sorgere l’esigenza che essi, *“per lo stesso adempimento dei loro fini sono talvolta obbligati ad assumere imprese di carattere commerciale, come la sottoscrizione di cambiali, l’esercizio di trasporti ferroviari”*, ma mai, per questo, *“divengono commercianti, né sostituiscono questa qualità e questa professione alla loro propria qualità permanente ed indistruttibile”*<sup>143</sup>. Del resto *“pretendere che lo Stato non faccia mai, a ragione della sua qualità, atti di commercio, o che, facendoli, non debbano questi venir regolati dalle leggi e dagli usi del commercio, sarebbe una massima non di rado pregiudizievole a’ suoi medesimi interessi, spogliandolo, senza ragione, di utili protezioni, facilità e favori”*. Rompendo con la tradizione classica del diritto francese<sup>144</sup>, secondo la quale lo Stato, *“coi mezzi di cui dispone può agevolare e favorire il commercio, ma la sua azione è sempre protettrice, non mai ispirata da uno scopo mercantile”*, il legislatore italiano si è dunque collocato nel solco della contemporanea scuola germanica secondo la

---

mercantile, che aveva ispirato il codice di commercio, *“si sarebbe tradotto in favore per l’impresa pubblica, per l’efficienza dell’iniziativa economica dello Stato”*.

<sup>143</sup> La relazione Mancini venne presentata al Senato il 18 giugno 1877, ed è reperibile al cap. XI, p. 43-48 degli Atti del Senato. Se ne riporta il testo come riprodotto da BOLAFFIO, Disposizioni Generali degli Atti di Commercio, Parte 1, in BOLAFFIO, VIVANTE (CUR.), *Il Codice di Commercio commentato*, IV ed. riveduta, Torino, 1914, pagg. 332 ss.

<sup>144</sup> Nella relazione Mancini viene in particolare sottolineato il superamento della tesi di Pardessus, secondo cui lo Stato esiste e opera unicamente e costantemente per fini a lui propri. *“In ogni istante egli non fa, malgrado l’immensa varietà dei suoi atti e procedimenti, che compiere la sua missione di pubblica utilità; esso non specula, non si propone uno scopo di lucro, rimane al di fuori del movimento commerciale, e quindi né fa, né può fare, atti di commercio e tanto meno abdicare alla propria essenza facendosi commerciante”*. Cfr. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Vol. 1, Paris, 1814, pag. 19.

quale lo Stato può senz'altro "fare atti di commercio"<sup>145</sup>. Come sottolineò attenta dottrina al riguardo, "ogni persona fisica o morale, privata o pubblica, può spiegare il proprio lavoro nel produrre e nel far circolare la ricchezza a mezzo di quegli atti che la legge ritiene e dichiara commerciali (art. 3 cod. comm). Questi atti di commercio si qualificano oggettivi, appunto, perché, per ritenerli commerciali, non si ha riguardo alla persona che li compie. Se l'atto compiuto è tra quelli che, con la enumerazione dimostrativa dell'art. 3, il codice di commercio ritiene e dichiara commerciali, ogni considerazione, che rifletta il soggetto operante, non influisce sulla natura intrinseca dell'atto. Quindi anche lo Stato, un Comune, una Provincia possono fare atti di commercio e per le obbligazioni che ne derivano essere sottoposti alla legge commerciale"<sup>146</sup>, senza che la personalità pubblica dell'ente operante influisca sulla natura dell'atto<sup>147</sup>. Sarebbe dunque

---

<sup>145</sup> Si legge al riguardo nella relazione Mancini che soprattutto Thöl e Endemann "non ebbero ritegno di professare la dottrina che lo Stato non solo può fare atti di commercio, bastando la esteriore apparenza di una industria commerciale, senza ricercarne i motivi impellenti, ma può anche senz'altro essere riguardato come commerciante". Cfr. VON ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht: systematisch dargestellt*, Heidelberg, Bangel & Schmitt, 1876, pag. 55. Secondo altra dottrina, in particolare in Goldschmidt, lo Stato come tale, per esempio l'Impero tedesco, può compiere atti di commercio come amministrazione, senza con ciò divenire commerciante. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Erlangen - Stuttgart, F. Enke, 1874-1875, pag. 490.

<sup>146</sup> BOLAFFIO, *Disposizioni Generali degli Atti di Commercio*, Parte 1, cit., pag. 335.

<sup>147</sup> Sostiene BOLAFFIO, *Disposizioni Generali degli Atti di Commercio*, Parte 1, cit., pag. 335 s., che se l'esercizio delle ferrovie - ad esempio - è una impresa di trasporti, atto oggettivo di commercio, per quale ragione dovrebbe cessare di esserlo se sia lo Stato ad assumere l'impresa stessa? "Perché dovrebbe essere altrimenti in tutti i casi nei quali l'atto compiuto è oggettivamente commerciale? Perché, si dice, essendo quegli enti di pubblica ragione, gli atti che compiono, anche se essenzialmente commerciali per tutti gli altri, non lo sono per essi, in considerazione del movente che li induce ad effettuarli: l'interesse sociale, materiale o morale, che è l'obiettivo inseparabile della loro attività, la ragione stessa della loro esistenza. L'utilità pubblica è l'impulso al loro agire, sotto qualunque forma, in qualunque direzione si svolga, non la speculazione, non la mira del lucro. E tanto basta perché l'atto oggettivo di commercio sparisca, e rimanga solo una manifestazione della operosità dell'ente, essenzialmente civile, di pubblica ragione". Ma per l'A., si tratta di un equivoco che trae origine da una imperfetta nozione dell'atto oggettivo di

sufficiente la coattiva soggezione di questi ultimi alle norme menzionate, per dimostrare come sia *“addirittura irrazionale la contrarietà ad applicare ai medesimi quella legge”* allorché siano essi *“che direttamente fanno atti oggettivamente commerciali”*.

In tal modo lo Stato veniva *“parificato perfettamente ai suoi sudditi”*<sup>148</sup> poiché il compimento di atti di commercio sarebbe stato regolato dalle leggi commerciali e, al contempo, avrebbe goduto di una *“doppia capacità”*, di diritto privato e di diritto pubblico, fruendo della facoltà di porre in essere, accanto ad atti di imperio, anche atti di autonomia contrattuale<sup>149</sup>.

## 2. STATO-IMPREDITORE E STATO-AMMINISTRAZIONE AGLI INIZI DEL XX SECOLO: L'ESPANSIONE DELLA CAPACITÀ DI DIRITTO PRIVATO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Quello che sembrava essere uno schema di intervento diretto dello Stato negli affari economici fotografava tuttavia la realtà del periodo storico in cui era stato elaborato, malgrado proiettasse nel

---

commercio, poiché *“lo scopo della speculazione, la mira del lucro, è elemento essenziale della professione del commerciante, non è essenziale invece per tutti gli atti oggettivi di commercio”*. Piuttosto, l'atto è oggettivamente commerciale se tale *“lo volle il legislatore con la enumerazione dimostrativa dell'art. 3”*. Pertanto, se l'attività industriale e commerciale dello Stato, dei comuni e delle province si effettua normalmente a mezzo di imprese pubbliche, laddove ogni impresa è bensì assunta a rischio dell'imprenditore, ma non richiede come elemento essenziale della sua commercialità oggettiva la intenzione di ricavare una fonte durevole di guadagno dal suo esercizio, ne consegue che la natura commerciale dell'atto rimane inalterata quale sia il movente che lo determina.

<sup>148</sup> CASTAGNOLA, GIANZANA (CUR.), *Nuovo codice di commercio italiano: testo, fonti, motivi, commenti, giurisprudenza*, Torino, 1883-1894, Vol. 1, pag. 26.

<sup>149</sup> GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.cit., pag. 114, secondo il quale l'art. 7 citato acquistava senso proprio in rapporto all'art. 2 del codice civile del 1865 che aveva riconosciuto allo Stato, alle province e ai comuni il *“godimento dei diritti”*, ossia la capacità di diritto privato.

futuro il ruolo dell'amministrazione pubblica. E difatti già di lì a pochi anni l'intervento nello scandalo della Banca Romana e l'istituzione della Banca d'Italia, ente sottoposto a vigilanza ministeriale, benché specificatamente qualificato dal legislatore come "società anonima", con azionariato esclusivamente privato, segnò l'inizio di un nuovo modo di concepire la partecipazione dello Stato-amministrazione al perseguimento di obiettivi di politica economica e industriale; le statizzazioni che si realizzarono sin dai primi anni del Novecento determinarono una profonda modificazione nell'organizzazione dei pubblici poteri, mediante la costituzione di una serie di enti, quali l'INA (Istituto nazionale delle assicurazioni nel 1910), la BNL (nel 1913), il Consorzio per sovvenzioni su valori industriali (nel 1914-15), il Consorzio di credito per le opere pubbliche (nel 1919), ponendosi le basi per la configurazione di un "*ulteriore apparato, di un sistema amministrativo complementare diverso, di un fattore di stabilizzazione che non è più l'amministrazione di tipo tradizionale*"<sup>150</sup>.

Enti che assolvevano, per conto dello Stato, specifici compiti d'intervento nell'economia, ma che rimanevano estranei alla sovranità, non avendo il carattere dell'autorità pubblica e della potestà d'imperio, e non godendo della doppia capacità invece attribuita allo Stato stesso. Organismi la cui qualifica normativa di "enti pubblici" accumulava numerosi statuti legali singolari<sup>151</sup>, divenuti l'ordinario strumento

---

<sup>150</sup> S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, cit., pag. 19.

<sup>151</sup> P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pag. 75. Secondo l'A., l'eterogeneità e la frammentarietà degli statuti singolari mediante i quali il legislatore interveniva, di volta in volta, per intervenire in un dato settore si coglie già nelle espressioni verbali utilizzate in ciascuno di essi. Alcune delle espressioni evocavano tuttavia discipline generali e astratte, consentendo di ritenere che il legislatore le avesse utilizzate in funzione regolamentativa, come nel caso dell'uso della qualifica di "società anonima" o di "istituto o ente di diritto pubblico", che già nella legislazione di carattere generale e



mediante il quale il legislatore determinava la struttura organizzativa e il funzionamento di soggetti metaindividuali a cui veniva imputata la cura di specifici interessi<sup>152</sup>.

Questo nuovo assetto, che definiva la separazione tra Stato-amministrazione e Stato-imprenditore, si accentuò nel primo dopoguerra, allorché lo Stato fu costretto ad intervenire a favore del Banco di Roma e del Credito Italiano, in difficoltà a causa del sostegno fornito alle imprese che provvedevano alla produzione bellica, a loro volta cadute in dissesto all'atto della riconversione degli impianti<sup>153</sup>. Attraverso le operazioni di salvataggio bancario esso era così venuto in possesso di un numero rilevante di partecipazioni, tanto che per amministrarle e procedere al loro smobilizzo istituì nel 1922 la Sezione

---

astratto dell'epoca pre-codicistica venivano impiegate anche per individuare i destinatari di specifici complessi normativi; altre invece apparivano prive di valenza disciplinatoria o comunque erano dotate di un valore precettivo quantomeno dubbio, come nel caso dell'utilizzo del termine "ente" o "istituto", di per se stessi non in grado di rendere applicabile al soggetto regolato alcuna disciplina di genere o di specie, non esistendo nell'ordinamento disposizioni generali e astratte che li impiegassero per individuare i destinatari delle norme da esse desumibili.

<sup>152</sup> Peralto, l'esistenza di un elemento che accumulava numerosi atti normativi singolari istitutivi degli enti, ovvero la qualificazione di "pubblico", spinse la dottrina e la giurisprudenza a verificare se vi fossero anche altri elementi di disciplina che potessero considerarsi ricorrenti negli statuti legali singolari di tal tipo, e ad elaborare le cosiddette teorie sintomatiche della pubblicità. Ciò ebbe un'ulteriore conseguenza sul piano normativo, vale a dire l'introduzione di una serie di disposizioni generali e astratte il cui unico presupposto applicativo era costituito proprio dalla qualifica pubblica dei destinatari del precetto in esse contenuto. Cfr. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pag. 81.

<sup>153</sup> V. OTTAVIANO, *Il Governo dell'economia*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ., cit., pag. 186. Più nello specifico, l'A. ricorda come già nel 1914 venne, ad esempio, istituito il Consorzio per istituti di emissione ed altri enti per sovvenzioni sui valori industriali, con il r.d.l. 20 dicembre 1914 n. 1375, convertito nella l. n. 96/1917. In esso si dichiarava di interesse generale la funzione di credito nei rapporti dei valori industriali. A tal fine prevedeva una serie di agevolazioni, fra cui anche il riscontro al Consorzio degli effetti cambiari, da parte degli istituti di emissione, doveva avvenire a una ragione inferiore dall'1,5% al saggio normale.

autonoma del Consorzio valori (poi divenuto Istituto di liquidazione, infine confluito nell'Iri). Crebbero contemporaneamente in numero gli "enti di diritto singolare che, sebbene espressamente qualificati come società anonime, risultavano sottoposti ad una pervasiva disciplina ad personam che si discostava a tal punto dalla disciplina generale e astratta richiamata dalla qualificazione societaria da far dubitare della concreta portata di quest'ultima"<sup>154</sup> e si rafforzò l'orientamento volto ad affidare la cura di interessi settoriali o locali ad appositi enti pubblici, quali casse previdenziali e assistenziali per ogni categoria di lavoratori, enti in materia di istruzione, enti per la colonizzazione di zone specifiche, enti fieristici, enti per il turismo, al punto da rendere la formula organizzativa dell'ente sostitutiva di quella dell'amministrazione diretta dello Stato<sup>155</sup>.

Il consolidamento dell'intervento dello Stato nell'economia è dunque andato di pari passo con l'espansione della capacità di diritto privato da parte delle sue articolazioni e con l'utilizzo della formula della società per azioni a partecipazione statale, che già a partire dal 1920 iniziò ad affiancarsi alle altre forme di intervento nell'economia (sebbene più di rado rispetto all'utilizzo della formula "ente pubblico").

Esempio emblematico in tal senso fu l'istituzione dell'ICLE, Istituto nazionale di credito per il lavoro italiano all'estero<sup>156</sup>; il r.d.l. 15 dicembre 1923, n. 3148 ne disciplinava la forma di "ordinaria società anonima per azioni, col capitale sociale non superiore ai 100 milioni di lire

---

<sup>154</sup> PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pag. 66.

<sup>155</sup> G. ROSSI, *Gli Enti pubblici*, Bologna, 1991, pag. 50.

<sup>156</sup> Cfr. più dettagliatamente al riguardo PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pag. 66 ss.

*italiane*<sup>157</sup>; ne regolamentava, con disposizioni singolari espresse, molti dei profili attinenti a organizzazione e funzionamento dell'ente direttamente istituito, individuando oggetto sociale e sede, le modalità di approvazione e modificazione dello statuto, nonché la relativa durata<sup>158</sup>; ne prevedeva, altresì, l'esenzione dalle formalità pubblicitarie proprie degli atti delle s.p.a.

Il regio decreto si occupava inoltre di determinare le modalità di nomina dei consiglieri di amministrazione, dei soggetti (non soci), legittimati a procedere a tale nomina, nonché dei soggetti legittimati ad assumere lo status di azionista della società<sup>159</sup>. Dunque, da un lato si costituiva con provvedimento normativo una società per azioni, tipico strumento dell'iniziativa economica privata, indicandone i fini<sup>160</sup> sin dall'art. 1, e specificando che l'approvazione dello statuto e le relative modifiche sarebbero stati deliberati in conformità del codice di

---

<sup>157</sup> Cfr. Art. 3 del r.d.l. n. 3148/1923.

<sup>158</sup> L'art. 3 statuiva infatti una durata di trent'anni dalla data della pubblicazione del decreto che ne avrebbe approvato lo statuto.

<sup>159</sup> Si legge all'art. 6 del r.d.l. che "le casse di risparmio, i monti di pietà, gli istituti e casse di assicurazione e gli istituti pubblici sono autorizzati a sottoscrivere le azioni e le obbligazioni dell'istituto nazionale di credito per il lavoro italiano all'estero, anche in deroga ai loro statuti".

<sup>160</sup> L'art. 1 del r.d.l. citato prevedeva quali scopi per i quali l'ICLE veniva istituito: "finanziare per l'intero, o in partecipazione, imprese di lavori o di colonizzazioni all'estero, che impieghino, almeno prevalentemente, mano d'opera italiana; anticipare somme per cauzioni o per provviste di materiali o di attrezzi occorrenti per appalti di lavori, o per opere di colonizzazione, tanto ad imprese, quanto a collettività o a cooperative di lavoratori nazionali, ed eccezionalmente, a singoli coloni od assuntori di piccole industrie all'estero; raccogliere elementi o notizie relative a lavori o colonizzazioni da compiersi all'estero, formulandone, se del caso, anche i relativi progetti di massima e di dettaglio da cedere, quale parte di sovvenzione, alle imprese di cui ai commi precedenti; come pure d'incoraggiare studi e ricerche aventi l'obiettivo ora indicato, nonché di raccogliere notizie relative al movimento commerciale e alla situazione dei mercati in rapporto all'impiego del lavoro italiano; promuovere e intensificare e raccogliere il risparmio da parte degli italiani all'estero".

commercio; d'altro canto si sottoponeva all'approvazione con decreto del Ministro per gli affari esteri proprio lo statuto<sup>161</sup> e lo Stato interveniva nella nomina di quattro dei componenti del consiglio di amministrazione e dei sindaci, salvo poi specificare che il governo non sarebbe stato ritenuto responsabile "per gli atti, le operazioni e in generale l'amministrazione dell'istituto"<sup>162</sup>.

Trattasi solo di uno dei diversi esempi che potrebbero trarsi dall'osservazione in chiave storica dello sviluppo - a volte disordinato - di una modalità di intervento dello Stato che avrebbe dato origine ad un apparato amministrativo parallelo, caratterizzato da un reticolo di leggi e provvedimenti speciali, in deroga alla disciplina generale dettata per società e atti di commercio.

---

<sup>161</sup> Il Ministro per gli affari esteri sarebbe stato competente anche a stabilire, di concerto coi ministri competenti, le norme necessarie per l'esecuzione del r.d.l. di istituzione dell'ICLE (cfr. art. 11) e, fin quando non sarebbe entrato in funzione il consiglio di amministrazione, sarebbe stato il commissario generale dell'immigrazione a provvedere a tutte le formalità ed operazioni per organizzare l'istituto (cfr. Art. 12).

<sup>162</sup> Cfr. art. 4 r.d.l. citato. Secondo PIZZA lo statuto legale singolare riguardante l'ICLE è rappresentativo di una tipologia pre-codicistica di statuti "estesi e invasivi in quanto regolano direttamente - e spesso in senso derogatorio rispetto alle norme generali e astratte che disciplinano la società anonima - numerosi profili attinenti all'organizzazione, al funzionamento e all'attività dell'ente regolato". Se ne differenziano altri statuti pre-codicistici, come quello dell'AGIP, Azienda generale italiana petroli, costituita con r.d.l. 3 aprile 1926, n. 556, che ne ha determinato l'oggetto sociale, autorizzando una serie di soggetti preesistenti a partecipare alla costituzione dell'ente, vale a dire l'amministrazione dello Stato, autorizzata a contribuire sino alla concorrenza di 60 milioni di lire alla formazione del capitale sociale, nonché l'INA e la cassa nazionale per le assicurazioni sociali, autorizzati a contribuire sino alla concorrenza di 20 milioni di lire ciascuno (art. 1). Prevedeva inoltre la possibilità che a componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale potessero essere eletti anche funzionari dello Stato (art. 5), e individuava l'AGIP quale soggetto cui eventualmente attribuire in via preferenziale determinate attività, quali l'incarico di eseguire ricerche petrolifere in Italia e nelle colonie (art. 6). L'AGIP apparterebbe, secondo l'A., ad una diversa tipologia di statuti legali singolari, connotata "dalla brevità, dalla frammentarietà e, soprattutto, da una maggiore conformità con la disciplina generale e astratta dedicata alla società anonima", proprio per il minor grado di penetrazione nella gestione societaria da parte degli organi dell'amministrazione statale.

### 3. L'ISTITUZIONE DELL'IRI NEL QUADRO DEL SISTEMA DELLE PARTECIPAZIONI STATALI.

I provvedimenti di maggior ampiezza, che segnarono l'inizio di una nuova forma statale di intervento nell'economia, vennero emanati, come anticipato, tra il 1931 e il 1933, con la creazione dell'IMI e dell'IRI, in risposta alla crisi mondiale del 1929 che aveva investito l'intero sistema bancario<sup>163</sup>. Le basi per la qualificazione giuridica dei due organismi quali enti pubblici-impresa furono gettate nel decennio precedente, allorché, intravedendosi la debolezza delle banche miste, appesantite dalle immobilizzazioni e degenerate in banche *holding*,

---

<sup>163</sup> Si trattò in realtà della fase finale di un salvataggio intrapreso per far fronte ad una crisi iniziata tempo prima e aggravatasi nel 1929 per effetto dell'espansione, in Europa delle conseguenze della crisi americana. Per comprenderne, seppur per grandi linee la portata, pare utile ricordare che il primo conflitto mondiale determinò l'incremento del ruolo finanziario delle quattro grandi banche miste, la Banca Commerciale italiana, il Credito italiano, il Banco di Roma e la Banca Italiana di Sconto. Si realizza anche un mutamento dei rapporti di forza tra le quattro banche miste e i grandi gruppi industriali che utilizzano parte degli ingenti profitti realizzati durante il conflitto proprio per tentare di sottrarsi all'influenza delle banche stesse e, in qualche modo, per acquisirne il controllo. Le banche miste, divenute nel frattempo banche-holding, eccessivamente immobilizzate da un rapporto troppo stretto con un'industria sofferente a causa della politica di deflazione, entrarono in crisi già nel 1927-28. Nel 1929 poi, la situazione già complessa peggiorò e di fronte alle difficoltà delle imprese, le banche continuarono a bruciare risparmi in operazioni di credito di tipo difensivo, che resero la situazione ancor più insostenibile costringendo la Banca d'Italia a un'operazione d'emergenza verso la fine del 1930. La situazione di Credit e Comit fu affrontata con due convenzioni fra le banche, il Governo e la Banca d'Italia che, con alcune pur significative varianti, ricalcavano il medesimo schema: le partecipazioni industriali delle banche vennero trasferite a una società finanziaria collegata all'Istituto di liquidazioni che, a sua volta, ottenne appositi finanziamenti dalla Banca d'Italia. In tal modo si intese provvedere a separare l'attività creditizia vera e propria da quella di partecipazione, trasferita in mano pubblica. Le banche cessarono così di svolgere funzioni di holding e si impegnarono a non assumere più partecipazioni industriali, limitando la loro attività al credito commerciale. Cfr. in tal senso GALANTI, cit., pagg. 43-53.

venne promossa la creazione di una serie di Istituti di credito speciale a capitale pubblico, che si finanziavano con l'emissione di obbligazioni garantite dallo Stato ed esercitavano il credito a medio e lungo termine in determinati settori industriali, dando vita ad un circuito di finanziamento dell'economia alternativo, basato sul controllo pubblico e sullo sviluppo del mercato obbligazionario<sup>164</sup>. Fu entro tale schema che venne istituito l'IRI, con r.d.l. 23/01/1933, quale ente pubblico imprenditoriale avente il compito di assumere il controllo di tre banche e di imprese industriali da esse in varia misura partecipate, così completando l'organizzazione creditizia italiana<sup>165</sup>, la cui costituzione appare essere l'esempio più emblematico del fenomeno dell'azionariato pubblico, carattere precipuo del ruolo dello Stato

---

<sup>164</sup> R. GALANTI, cit., pag. 46.

<sup>165</sup> R. SEGATORI, cit., pagg. 32 s. Secondo l'A. la crisi del 1929 segnò una fase storica di particolare rilievo, ricollegabile al notevole ampliamento del ruolo dello Stato che negli anni a cavallo tra i venti e i trenta attraversa tutti i paesi occidentali. Tale fenomeno – è bene evidenziarlo – si colloca in un contesto emergenziale di portata internazionale, poiché non solo in Italia, ma anche nel resto d'Europa ove le banche e l'industria si trovarono a sperimentare una condizione in cui, con le sole "leggi spontanee" del mercato, non avrebbero potuto risolvere le loro drammatiche criticità. Lo stesso mercato sembrò dichiarare la propria impotenza e sollecitare lo Stato a intervenire, così plasmando in modo più definito rispetto al passato il ruolo dello "Stato imprenditore". Tale fenomeno, come è noto, è stato determinato da almeno due fattori critici di forte impatto e concomitanti: il primo di tipo sociale: la crisi industriale aveva infatti aggravato le condizioni di vita dei lavoratori e fu necessario trasformare gli istituti che sin dagli inizi del Novecento erano stati creati a sostegno dei lavoratori, tra cui l'Inail, in enti di diritto pubblico, così gettando le basi del cosiddetto Stato sociale. Il pacchetto dell'assistenza sociale, antinfortunistica, sanitaria, per categorie di rischio, e della previdenza, si era andato definendo nell'ultimo decennio dell'Ottocento. Nel 1898 fu istituito l'INAIL, successivamente vennero promossi e consolidati altri istituti di tipo previdenziale a assistenziale. Negli anni del fascismo furono trasformati tutti in istituti di diritto pubblico (Inps, Inam, Enpals, Enpas, Enpdep, Enpaia, Inadel). Pertanto anche in Italia come nel resto dei paesi occidentali, accanto allo Stato imprenditore si sviluppò il cosiddetto Stato sociale, sia pure nella variante "occupazionale", vale a dire nel modello in cui il finanziamento delle prestazioni venne assicurato dai contributi dei lavoratori e delle imprese, e in cui i destinatari erano gli stessi lavoratori. Il secondo fattore, più propriamente di tipo economico.

imprenditore in economia<sup>166</sup>.

L'istituto per la ricostruzione industriale fu costituito in due sezioni: finanziamenti industriali e smobilizzi industriali. La prima sezione era deputata alla concessione di mutui a lungo termine alle imprese italiane, la seconda all'amministrazione e alla cessione al capitale privato delle partecipazioni azionarie e finanziarie, nonché di ogni altra attività ereditata dall'istituto liquidazioni<sup>167</sup>.

L'IRI divenne la più grande *holding* del paese, con oltre il 50% del capitale azionario italiano, fra cui quello delle maggiori banche, tanto che da istituto d'emergenza e salvataggio, fu trasformato<sup>168</sup> in ente di gestione del complesso patrimonio di cui era venuto in possesso (con l. 24 giugno 1937 n. 905), e infine in ente di coordinamento per l'attuazione della politica economica governativa, contribuendo a dare *“una fisionomia particolare, nel bene e nel male, all'economia Italiana che per*

---

<sup>166</sup> DE NICTOLIS - C AMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, pagg. 3 ss..

<sup>167</sup> L'Istituto di liquidazioni venne infatti soppresso e l'Iri si fece carico delle partecipazioni industriali e dei debiti verso la Banca d'Italia da questi possedute. L'Iri provvide a ripianarli gradualmente tramite l'emissione di un prestito obbligazionario e i proventi delle dismissioni. Cfr. GALANTI, cit. pag. 54.

<sup>168</sup> Si legge al riguardo nel r.d.l. n. 905/1937 *“ritenuta la necessità urgente ed assoluta di dettare norme integrative e modificative delle vigenti disposizioni riguardanti l'attività e l'organizzazione patrimoniale, finanziaria ed amministrativa dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale, in relazione al fine di assicurare l'esercizio in via permanente da parte dell'istituto medesimo della gestione delle partecipazioni che esso detiene e di quelle che potrà assumere, nonché in relazione al fine di determinare i limiti entro i quali l'ente può assumere nuove partecipazioni, quando esse siano inerenti alla difesa del paese o all'attuazione della politica di autarchia economica o id valorizzazione agricola e industriale, dell'Africa Orientale italiana, in ausilio o in sostituzione, ove occorra, della iniziativa privata, a termini della dichiarazione IX della Carta del lavoro”*. L'art. 1 dello statuto approvato con la Legge del 1937 specifica poi *“l'Istituto per la ricostruzione industriale, ente di diritto pubblico, ha il compito di provvedere con criteri unitari alla efficiente gestione delle partecipazioni di sua pertinenza, secondo le direttive della politica economica del Regime. Le partecipazioni ad attività che lo Stato non abbia interesse a conservare saranno gradualmente smobilizzate”*.

*circa settanta anni sarà caratterizzata dalla forte presenza dello Stato nel capitale industriale e finanziario del paese*<sup>169</sup>.

La nascita dell'IRI e la sua stabilizzazione nel 1937 impresse un'inversione di tendenza rispetto al passato, rappresentata dal "*sistema delle partecipazioni statali*", sistema in cui la decisione politica appartiene al potere politico e quella tecnico - economica agli enti pubblici quali l'IRI e l'ENI (istituito nel 1953), ribattezzati come enti di gestione, intestatari diretti o indiretti, tramite società finanziarie ad essi facenti capo, dei pacchetti azionari. Sistema che fu completato, alle soglie degli anni Sessanta, dall'istituzione dell'EAGAT (Ente autonomo di gestione per le aziende termali) e dell'EGAM (Ente di gestione per le aziende minerarie metallurgiche) nel 1958, dell'EFIM nel 1962 (Ente partecipazioni e finanziamenti industria manifatturiera).

Enti pubblici la cui attività è quella propria di una *holding*, in quanto dirigenti e controllori delle società nelle quali essi hanno pacchetti azionari di maggioranza o di minoranza di comando<sup>170</sup>. È così che tale schema, dalla struttura organizzativa assai complessa, è divenuto il principale strumento per il perseguimento degli obiettivi di politica economica nazionale, al punto da richiedere l'istituzione di un Ministero delle Partecipazioni Statali con legge n. 1589 del 22 dicembre 1956, cui spettava la potestà di indirizzo sugli enti pubblici di gestione. Il ministro, nello svolgere tale compito, doveva adeguarsi alle direttive

---

<sup>169</sup> GALANTI, cit., pag. 55.

<sup>170</sup> GIANNINI, cit. pag. 165, secondo il quale, al riguardo, è da respingere il concetto di nazionalizzazioni improprie utilizzato dagli economisti per descrivere il fenomeno che si è verificato in quella fase storica, poiché "le imprese irizzate sono imprese private che non fanno parte dei pubblici poteri, pur non appartenendo più ai gruppi professionali o sindacali imprenditoriali del ramo in cui agiscono. Esse non hanno alcun privilegio, né fiscale né amministrativo, anzi sono tenute ad osservare rigorosamente le norme generali, perché più facilmente sono esposte al controllo pubblico dell'ente di gestione".



del Comitato Interministeriale per le Partecipazioni Statali, al contempo subordinando la propria attività di governo alle politiche di indirizzo e di controllo esercitate dal Parlamento, chiamato ad approvare i disegni di legge relativi all'aumento dei fondi di dotazione, e ad esaminare la relazione programmatica relativa ad ogni ente di gestione, nell'ambito della discussione del bilancio di previsione del Ministero delle Partecipazioni Statali<sup>171</sup>. Doveva trattarsi, nelle intenzioni del legislatore, di un ente del tutto nuovo<sup>172</sup>, con caratteristiche di snellezza e con un organico ridotto al minimo e dotato di elevata competenza tecnica, al fine di assicurare un'azione di governo più efficace e competente. Tuttavia la legge istitutiva diede luogo a molte discussioni sul ruolo e le attribuzioni del ministro per le partecipazioni statali, cui era stato affiancato un comitato permanente di ministri per le partecipazioni statali. Pertanto, a distanza di undici anni il legislatore intervenne nuovamente con la legge 27 luglio 1967, n. 685 e col d.p.r. 14 giugno 1967, n. 554, con i quali veniva rafforzato il modello del sistema delle Partecipazioni Statali, accentuandone il ruolo strumentale rispetto al conseguimento degli obiettivi della programmazione economica; al contempo si sopprimeva il comitato permanente dei ministri per le partecipazioni statali, le cui attribuzioni furono trasferite al CIPE, che divenne l'organo posto al vertice di tutto

---

<sup>171</sup> Cfr. DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, cit., pagg. 158 ss

<sup>172</sup> Anche l'organizzazione dello stesso Ministero sarebbe stata nuova e originale: al vertice della gerarchia non ci sarebbe stato solo un ministro, ma un ministro affiancato da un comitato permanente di ministri per le partecipazioni statali, presieduto dallo stesso presidente del consiglio. Oltre a un organo politico individuale, il ministro, che avrebbe garantito la continuità e l'esperienza nella direzione politica, si prevedeva dunque una direzione politica collegiale affidata al comitato di ministri, capace di riflettere le indicazioni politiche di gran parte della compagine governativa, e ciò per la grande rilevanza dei settori di partecipazione per tutta la politica economica del governo. In termini QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980, pag. 320.

l'ordinamento delle partecipazioni statali *“come organo di governo competente a formulare una politica per il settore, approvando programmi annuali e pluriennali e le direttive per la loro attuazione, e a coordinarla con la programmazione economica nazionale”*<sup>173</sup>. Si attribuì in tal modo al CIPE, su proposta del Ministro delle Partecipazioni Statali, il potere di accertare l'aderenza al programma economico nazionale dei programmi annuali e pluriennali degli enti di gestione, controllandone periodicamente lo stato di attuazione, e formulando direttive per l'attuazione dei programmi stessi.

#### 4. ENTI PUBBLICI E PARTECIPAZIONE DELLO STATO NELL'ECONOMIA NELLE SCELTE DEL LEGISLATORE DEL 1942: LE INNOVAZIONI INTRODOTTE DAL CODICE CIVILE

L'Istituzione dell'IRI può essere letta come il segnale che il legislatore, piuttosto che utilizzare il pur collaudato sistema

---

<sup>173</sup> Si veda QUADRI, cit., pag. 326. L'art. 2 del d.p.r. 14 giugno 1967 n. 544 attribuiva al CIPE, su proposta del ministro per le partecipazioni statali: la verifica, in tempo utile per la realizzazione, della conformità al programma economico nazionale dei programmi annuali e pluriennali dell'IRI e dell'ENI e degli altri enti pubblici controllati dal ministero delle partecipazioni statali, nonché l'esame delle modificazioni e dello stato d'attuazione; la formulazione, anche ai fini dell'ordine di priorità delle diverse iniziative, delle direttive generali di particolare rilievo per l'attuazione dei programmi stessi. Infine al CIPE è stato attribuito il compito di esprimere parere sulle proposte che riguardano l'aumento dei fondi di dotazione, apporti al patrimonio o, comunque, contribuzioni dello Stato, a vantaggio dell'IRI, dell'ENI o degli altri enti pubblici controllati dal ministero delle partecipazioni statali. Alla luce di tali norme, di fatto al Ministro veniva devoluta solo l'iniziativa per attivare l'azione politica del comitato, cui di contro spettava l'adozione di fondamentali decisioni politiche, sebbene ciò non significasse svalutare la posizione costituzionale del ministro in quanto organo politico permanente preposto al ministero delle partecipazioni e dotato quindi di una particolare competenza del settore. A lui spettava infatti il controllo in generale dell'attività del settore, dirigendolo in esecuzione delle decisioni politiche adottate dal CIPE. Comunicazione, informazione e attuazione erano i momenti caratteristici dell'attività ministeriale, per i quali avrebbe risposto politicamente innanzi al Parlamento.

dell'azionariato, preferisse avvalersi della mediazione tecnica dell'ente pubblico economico, che consentiva di utilizzare gli organismi costituiti come strumento della politica economica dello Stato<sup>174</sup>, e nel contempo risolveva quel «contrasto ontologico» tra lo Stato e la struttura e la disciplina della società per azioni, quest'ultima diretta alla realizzazione di interessi individuali ed al perseguimento dello scopo di lucro, in contrapposizione con le ragioni dell'intervento economico dello Stato, mirato invece al raggiungimento di interessi pubblicistici che avrebbero dovuto sovrastare e dominare l'intero sistema economico<sup>175</sup>. I numerosi dibattiti dottrinari dell'epoca, intenti a risolvere tale contrasto, furono tuttavia superati “*con audacia innovatrice e precisione di caratteri normativi, dal codice civile del 1942*”<sup>176</sup>, nel quale il legislatore ha affrontato e risolto il problema dell'impresa e della società per azioni, a partire dall'art. 2093 c.c. che detta uno statuto generale dell'impresa, cui si riconducono parimenti soggetti privati e pubblici, in ragione del quale sia lo Stato che gli enti pubblici sono sottoposti, in virtù dell'attività di impresa esercitata, alle norme dettate

---

<sup>174</sup> IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pag. 159 ss. L'A. sottolinea che ragioni ideologiche, oltre che di tipo economico-finanziario, presiedono alla nascita dell'Iri poiché “*l'indole totalitaria del fascismo, che viola l'antico confine tra sfera pubblica e sfera privata, rifiuta la neutralità dell'economia e si fa organica dottrina di tutti gli interessi nazionali...lo Stato fascista rivendica a se anche il campo dell'economia, e organizza dentro di se l'intera vita della nazione*”. (pag. 160).

<sup>175</sup> DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, cit., pagg. 158 ss. Come è stato sottolineato, fu proprio tale incompatibilità ad agitare la dottrina italiana del diritto commerciale e amministrativo proprio in quella fase storica, promuovendo talune ingegnosi tesi, quale quella del negozio indiretto con la quale nel 1931 Ascarelli spiegò il caso della società che abbia per socio unico una persona giuridica pubblica. Cfr. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pag. 162.

<sup>176</sup> In tal senso IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pagg. 162 s.

dal codice sulle imprese in generale; gli enti pubblici economici sono altresì sottoposti alle ulteriori disposizioni che compongono il cosiddetto statuto dell'imprenditore commerciale e quindi (fatta eccezione la sola soggezione al fallimento, ex art. 2221), alle norme sull'iscrizione nel registro delle imprese, sulla rappresentanza commerciale, sulle scritture contabili<sup>177</sup>.

Il legislatore del 1942 riconobbe dunque espressamente la possibilità che gli enti pubblici esercitassero attività d'impresa, come emerge dalla Relazione del Ministro Guardasigilli ove si legge che *“lo Stato trova spesso conveniente organizzare le imprese da esso assunte nelle stesse forme dell'impresa privata – specialmente nella forma della società per azioni – nel qual caso non vi è luogo a parlare, in senso formale, di impresa pubblica. Ma anche se l'esercizio dell'impresa viene assunto da un ente pubblico con gestione diretta o se l'impresa si organizza come ente pubblico autonomo, non vi è una ragione aprioristica perché l'impresa pubblica non sia assoggettata alla disciplina del codice civile che vale per l'impresa privata, in quanto questa e quella operino sullo stesso piano”*<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Cfr. GALGANO, in *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ., cit., pag. 126.

<sup>178</sup> Dottrina e giurisprudenza avevano, sino all'entrata in vigore del codice civile del 1942, che – stante la formulazione degli articoli 7 e 8 del codice di commercio del 1882, gli enti pubblici non potessero assumere la qualifica di commercianti e non risultassero, dunque, strutturalmente sottoposti alla correlativa disciplina. Non si trattava di un orientamento unanime, ma certamente aveva avuto un peso nell'inquadramento giuridico di tutti quegli enti che venivano espressamente qualificati come pubblici dalla legge e risultavano al medesimo tempo affidatari di attività tipicamente commerciali. Il legislatore era consapevole delle problematiche legate alla difficile qualificazione delle società per azioni di diritto singolare in uno schema che poneva da un lato la società anonima e dall'altro l'ente pubblico. Dunque, abrogando proprio gli articoli 7 e 8 del codice di commercio del 1882 vennero a cadere alcuni dei più rilevanti appigli di cui si erano serviti coloro che, prima del 1942, avevano negato la possibilità che un soggetto metaindividuale potesse essere contemporaneamente qualificato come ente pubblico e società anonima. Cfr. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pag. 203.

Dalla lettura combinata di questo articolo con l'art. 409 n. 3 c.p.c. si è tratta la nozione *“di ente pubblico economico come dell'ente che esercita in modo esclusivo o prevalente, in regime di monopolio o di libera concorrenza, l'attività imprenditoriale, e sempre che tale attività sia un semplice mezzo per la realizzazione di un fine pubblicistico. Gli enti pubblici economici sono imprenditori, e sottoposti, al pari dei privati, allo statuto generale dettato dal codice civile”*<sup>179</sup>. Una pariteticità di condizioni tra attività economica pubblica e attività economica privata quale principio ispiratore dell'intero Libro V del codice, che ha imposto allo Stato – imprenditore di assoggettarsi alle medesime regole giuridiche in virtù delle quali operano i privati.

Sul terreno societario, il legislatore del 1942 risolveva poi il problema della partecipazione dello Stato al capitale delle società per azioni con gli articoli 2458 – 2460, miranti a sottoporre al diritto privato non solo – come nel caso degli enti pubblici economici – i rapporti esteri di impresa, ma anche i rapporti interni di organizzazione, come si evince, ancora una volta, dalla relazione del Ministro Guardasigilli, secondo la quale *“il nuovo codice non poteva ignorare la categoria delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Il frequente ricorso allo schema della società per azioni per la creazione di imprese che lo Stato intende sottrarre all'iniziativa privata o gestire in unione con questa riconferma sotto un nuovo profilo la vitalità dell'istituto della società azionaria. In questi casi è lo Stato che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione*

---

<sup>179</sup> IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pag. 164.

*dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente. Qualche incertezza peraltro è sorta nella dottrina e nella giurisprudenza per quanto attiene alla posizione degli amministratori e dei sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici. Si è ritenuto pertanto opportuno eliminare ogni dubbio al riguardo con una norma particolare affermante che gli amministratori e sindaci così nominati hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi di quelli nominati dall'assemblea".*

Dunque, nelle intenzioni del legislatore il fatto che le azioni di una società appartenessero in tutto o in parte allo Stato o agli enti pubblici non avrebbe potuto influire sulla disciplina giuridica di essa, sicché anche amministratori e sindaci di nomina pubblica avrebbero mantenuto gli stessi diritti e gli stessi obblighi di quelli eletti in assemblea.

Malgrado il legislatore avesse, con la regolamentazione del cosiddetto azionariato di Stato, chiarito che le due figure tecniche per mezzo delle quali lo Stato-imprenditore avrebbe potuto intervenire nell'economia fossero l'ente pubblico economico – reso compatibile con la qualifica di imprenditore e sottoposto al regime generale dell'impresa – e la società per azioni, controllata o partecipata da Stato o enti pubblici, e regolamentata in base alle norme sulle società anonime, il primo quarantennio di vigenza del codice è in realtà stato dominato dalla figura dell'ente pubblico economico, istituto giuridico che *“non conosce né capitale di rischio né scopo lucrativo né distribuzione degli utili, ma soltanto fondi di dotazione erogati da autorità pubbliche; che rinnova il lacerante dissidio tra interesse pubblico, generatore di controlli e di direttive ministeriali, e attività economica; che, obbedendo a criteri di efficienza o di economicità introduce vincoli e oneri impropri; che, sottraendosi al fallimento e alle altre procedure concorsuali, altera la parità della*

*competizione economica e immette nel mercato elementi di anomalia e di eccezionalità*<sup>180</sup>.

Sono queste le ragioni di fondo, lucidamente enunciate da autorevole dottrina, che con forza prorompente, complice anche la fase storico-politica vissuta dal paese negli anni Ottanta, riaccessero il dibattito – invero mai sopito – tra legittimità dell'intervento pubblico nel mercato ed eccessiva proliferazione di enti pubblici economici, il cui costo di gestione ricadeva sul bilancio dello Stato, sfociato nel processo della trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni, come si vedrà nel prosieguo.

#### 5. VERSO LA CRISI DEL SISTEMA DELLE PARTECIPAZIONI STATALI: L'AVVIO DEL PROCESSO DI PRIVATIZZAZIONE

Come supra accennato, il codice civile del 1942 aveva riconosciuto e sistematizzato il fenomeno dell'azionariato di Stato, risolvendo molti dei dubbi che la dottrina degli anni Trenta aveva sollevato al riguardo. Ciò nonostante, come si è visto, si è preferito utilizzare lo strumento dell'ente pubblico economico, sperimentato con l'istituzione dell'Iri e reputato più idoneo al perseguimento di fini d'interesse generale. Neanche l'affacciarsi di una nuova crisi economica agli inizi degli anni Settanta aveva frenato tale processo, al contrario determinando la nascita di nuove articolazioni del sistema delle partecipazioni statali con l'istituzione, con legge 22 marzo 1971 n. 184, della GEPI, società finanziaria gestione e partecipazioni industriali competente per il finanziamento, la ristrutturazione e il salvataggio delle imprese industriali in temporanea difficoltà economica. Essa venne costituita

---

<sup>180</sup> IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pag. 167.

quale società per azioni con azioni intrasferibili, intestate ad enti pubblici (IRI, IMI, ENI, EFIM), destinata ad agire mediante piani di assetto o di riconversione, costituendo anche società di rilevamento o di gestione di imprese o di aziende fino al completo risanamento, all'atto del quale operava la cessione ai privati dell'impresa<sup>181</sup>.

Nel decennio successivo il sistema delle partecipazioni statali, così come configurato dalle ultime leggi citate, entrò in crisi, come emerge dal rapporto della commissione Chiarelli<sup>182</sup> del 1976 nel quale si rilevavano la crisi del settore e la caduta di efficienza del sistema, sin dalla fine degli anni 60, e si auspicava che il sistema delle partecipazioni pubbliche tornasse al rispetto del criterio dell'economicità. La relazione sollevava inoltre una serie di rilievi critici, rimarcando l'esistenza di errori e responsabilità di direzione, nonché di illeciti; fenomeni di accentramento e burocratizzazione, con riduzione dell'autonomia aziendale e dell'imprenditorialità, nonché espansione non giustificata da una strategia industriale, sperperi di risorse e insoddisfacente guida politica del sistema.

Anche nel successivo Rapporto sulle partecipazioni statali, predisposto dal ministero delle Partecipazioni statali nel 1981, si richiamava l'esigenza del ritorno delle imprese a condizioni di economicità e si proponeva di introdurre delle disposizioni che

---

<sup>181</sup> Tale operazione si è invero rivelata spesso molto difficile, come sottolinea GIANNINI, cit., pag. 169. Ed invero il salvataggio di aziende in temporanea difficoltà sollevava almeno due ordini di problemi, il primo relativo alla compatibilità con la funzione tipica del sistema delle partecipazioni statali, ovvero quello di svolgere attività produttiva con criteri di economicità, piuttosto che attività economiche passive. In secondo luogo il finanziamento statale, modificando le regole della libera concorrenza, ha istituito un regime di aiuti di dubbia compatibilità con le norme europee, in particolare con gli articoli 92 e 93 del trattato istitutivo CEE. Cfr. al riguardo QUADRI, cit., pag. 330.

<sup>182</sup> Relazione finale della commissione per il riordinamento del sistema delle partecipazioni statali, Roma, Febbraio 1976, in Foro It., 1975, fasc. II, .



imponessero alle società operative e agli enti di gestione di remunerare i fondi di dotazione ottenuti dallo Stato. Si auspicava inoltre la predisposizione di un controllo maggiore sul perseguimento degli obiettivi di redditività e l'individuazione dei settori prioritari sui quali intervenire.

La crisi in cui entrò il sistema delle partecipazioni statali fu aggravato dalle pressioni europee, che imponevano un ripensamento dell'intero sistema a tutela della libera concorrenza e dell'eliminazione di forme di aiuti di stato incompatibili con il Trattato CE<sup>183</sup>. Soprattutto a seguito dell'elaborazione e dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht fu infatti chiara la crescente diffidenza delle istituzioni comunitarie verso le imprese pubbliche, e le azioni di sostegno non autorizzate dalla Commissione. Con un ulteriore effetto: la modifica del contesto del mercato in cui le aziende a partecipazione pubblica operavano (in special modo nel campo dei servizi pubblici), a causa dell'armonizzazione delle normative e dell'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci e delle persone, nonché degli interventi volti a liberalizzare settori sino ad allora protetti, ovvero in regime di riserva. Vi si aggiunga la crescente esigenza di recuperare

---

<sup>183</sup> Le ragioni della crisi del sistema sono state variamente individuate nell'eccessiva espansione dei settori d'intervento, che ha reso pressoché impossibile il controllo ed il coordinamento del sistema; nel graduale abbandono dell'ottica imprenditoriale in favore di quella di sostegno di settori in crisi strutturale, per il perseguimento di finalità politiche e sociali; nella dipendenza del sistema dal meccanismo di finanziamento gestito dal potere politico, con conseguente asservimento del primo all'influenza del secondo; nell'inesistenza per le società a partecipazione pubblica della "sanzione economica" a tutela dell'equilibrio finanziario della gestione: il socio pubblico può destinare d'autorità, a differenza di quanto avviene nelle società a partecipazione privata, le risorse finanziarie necessarie alla propria impresa, libero dai condizionamenti del mercato all'emanazione delle leggi sulla programmazione economica nazionale. Cfr. in tal senso URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in Cammino*, 2012, pag. 6.

risorse pubbliche al fine di rispettare quei vincoli di salubrità finanziaria imposti proprio a livello comunitario.

Nella consapevolezza che il sistema delle partecipazioni statali non avrebbe potuto reggere ancora a lungo, a cavallo tra gli anni ottanta e gli anni novanta se ne avviò dunque il graduale ridimensionamento, processo accompagnato, sul piano politico e istituzionale, l'abolizione del Ministero per le partecipazioni Statali.

Il processo di privatizzazione ha importato il mutamento della forma giuridica dell'impresa pubblica verso assetti più flessibili ed adeguati all'esercizio di attività imprenditoriali ed, in particolare, la trasformazione delle aziende autonome e degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato, nonché la vendita a privati delle partecipazioni nelle società - a volte anche la quotazione in borsa (come nel caso di ENI ed ENEL) - anche al fine di destinare i proventi al risanamento del bilancio pubblico<sup>184</sup>. Al termine di tale complesso procedimento, il legislatore mirava a garantire una partecipazione privata prevalente, se non totalitaria, con la conseguente contendibilità della società sul mercato; al contempo però introduceva adattamenti ritenuti necessari per garantire l'intervento della partecipazione pubblica in una struttura organizzativa strumentale ad un'attività di carattere lucrativo, riproponendo il problema della "*confluenza dell'interesse pubblico nell'interesse sociale*", senza nondimeno snaturare le caratteristiche tipologiche della società<sup>185</sup>. Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, sin dall'inizio gli interventi di privatizzazione sono stati reputati da parte della dottrina non del tutto adeguati alla

---

<sup>184</sup> Il primo fenomeno può definirsi privatizzazione formale o in senso debole, il secondo privatizzazione sostanziale (o in senso forte).

<sup>185</sup> Cfr SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, cit., p. 280. Si veda anche, in tal senso, OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., pag. 167.

concretizzazione del fine dichiarato, per la frammentarietà dei provvedimenti, l'inadeguatezza delle fonti prescelte, quasi esclusivamente decreti legge, spesso reiterati in più occasioni, sintomo che l'intero processo ha seguito un percorso accidentato, sotto le pressioni sociali e politiche dell'epoca, nonché sulla scia dell'ampliamento della sfera d'intervento delle istituzioni comunitarie. Il quadro che ne deriva è frammentato e in tale sede non è opportuno, né utile, seguirne pedissequamente gli sviluppi. Si è di contro preferito un approccio diacronico essenziale, volto a cogliere nei suoi aspetti salienti lo spirito di una riforma che, pur imperfetta, ha comunque segnato la storia dell'amministrazione repubblicana, sulla scia delle trasformazioni che proprio negli anni a cavallo tra ottanta e novanta avrebbero aperto nuovi scenari economico-finanziari in tutta Europa.

#### 6. SEGUE: IL PROCESSO LEGISLATIVO DI PRIVATIZZAZIONE DEI PRIMI ANNI NOVANTA

Le tappe legislative del percorso di privatizzazioni non si collocano dunque quale espressione di un disegno unitario dell'intero processo; piuttosto, sono espressione stratificazioni successive, a partire dai procedimenti strutturali di privatizzazione della forma giuridica e dell'assetto proprietario, per finire ai profili procedurali e organizzativi.

Segnatamente, agli inizi degli anni Novanta taluni provvedimenti prodromici, non esenti - peraltro - da numerose critiche, anticiparono i contenuti del d.l. n. 333 del 12 luglio 1992, convertito con modificazioni con legge n. 359/1992, con il quale il Governo intervenne disponendo direttamente per decreto (art. 15) la trasformazione in società per azioni di IRI ed ENI, nonché dell'INA e dell'ENEL e introducendo una

nuova disciplina per i procedimenti di privatizzazione cosiddetta formale, sui quali il CIPE manteneva competenza decisionale<sup>186</sup>. La legge n. 359 del 1992 aveva inoltre attribuito al Ministro del Tesoro tutte le azioni delle società trasformate, quelle della Banca Nazionale del Lavoro e quelle in proprietà della Cassa Depositi e Prestiti nell'IMI, prevedendo che il Ministro del Tesoro avrebbe dovuto esercitare i diritti d'azionista d'intesa con i Ministri del Bilancio, dell'Industria e delle Partecipazioni Statali<sup>187</sup>.

Tuttavia la trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici ex art. 15 della legge n. 359/1992 era soltanto il passaggio istituzionale antecedente la privatizzazione in senso proprio, come si evinceva dall'art. 16 dello stesso provvedimento, secondo cui spettava al Ministro del Tesoro elaborare, entro tre mesi dalla sua entrata in vigore, un programma di riordino delle partecipazioni statali, che sarebbe stato poi esaminato dalle Commissioni parlamentari e approvato dal CIPE<sup>188</sup>. Era l'art. 16 a disporre dunque le modalità con

---

<sup>186</sup> Peralto queste prime privatizzazioni sono state dalla dottrina gius-pubblicista e dalla giurisprudenza amministrativa reputate quali enti pubblici a struttura societaria, volti al perseguimento di finalità, indicate dal legislatore, non conciliabili con la causa societaria tipica. Ciò sul presupposto che le società trasformate ex lege mantenessero una specialità insita nella deroga alla disciplina comune per rispondere ad interessi generali. Ricostruzione, questa, legittimata anche dalla giurisprudenza amministrativa dell'epoca e dalla Corte Costituzionale che, con sentenza del 28 dicembre 1993 dichiarò che spettasse alla Corte dei conti esercitare, nei confronti delle società per azioni costituite a seguito della trasformazione dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL, il potere di controllo di cui alla legge 259/1958, sinché fosse stata esclusiva o maggioritaria la partecipazione statale al loro capitale azionario. Cfr. SANTONASTASO, cit., p. 283.

<sup>187</sup> Art. 15 d.l. 11 luglio 1992, n. 33 convertito con modificazioni dalla l. 08/08/1992, n. 359.

<sup>188</sup> Il 30 dicembre 1992 venne varato il programma di governo nel quale, pur con alcune ambiguità, fu affrontato per la prima volta in modo complessivo l'insieme dei problemi posti da un piano di ridimensionamento delle partecipazioni statali. Fu prevista, in particolare, la cessione, non solo parziale, delle partecipazioni dirette e indirette del Tesoro nelle impres, nonché le procedure, volte ad assicurare

cui sarebbe stato determinato l'assoggettamento del soggetto pubblico detentore della partecipazione azionaria nella società per azioni alle regole privatistiche contenute nel codice civile.

Tra alterne vicende che caratterizzarono il periodo dal dicembre 1992 al luglio 1994 giova ricordare l'emanazione della legge 23 giugno 1993, n. 202, che ha soppresso il Ministero delle Partecipazioni Statali, la legge 8 novembre 1993, n. 442, che ha derogato alla disciplina di diritto comune per i casi di fusione e di scissione di società per azioni poste in essere da società controllate dallo Stato; e la legge 24 dicembre 1993, n. 537, attributiva della delega al Governo ad istituire organizzazioni indipendenti per la regolamentazione di servizi di rilevante interesse pubblico, introducendo così l'istituto della *public authority* per le privatizzazioni di società concessionarie di pubblici servizi<sup>189</sup>.

Tutti i profili di disciplina regolati nella precedente normativa sulle privatizzazioni furono poi ripresi nel d.l. n. 332 del 1994 e quindi trattati con qualche variazione nella legge di conversione n. 474/1994. L'intenzione del legislatore, come emerge dal testo della Relazione di accompagnamento al provvedimento, era quella di stabilire una sorta di regolazione generale del processo di privatizzazione delle imprese

---

trasparenza nella valutazione e nel collocamento, da seguire nelle vendite; furono infine suggerite modalità di diffusione dell'azionariato, in particolare per le società di servizi.

<sup>189</sup> Una direttiva del Presidente del Consiglio del 30-6-1993 stabiliva un ristretto termine per l'avvio delle procedure di privatizzazione dell'ENEL, dell'INA, della Banca Commerciale Italiana, del Credito Italiano, dell'IMI, e dell'Agip e ricorreva all'istituto dell'offerta pubblica per attuare la vendita delle partecipazioni. Venne quindi emanato il d.l. 27 settembre 1993, n. 389, reiterato senza modifiche con il d.l. 29 novembre 1993, n. 486, di nuovo reiterato, ma con modifiche, con il d.l. 31 gennaio 1994, n. 75. La tormentata vicenda proseguiva con ulteriori reiterazioni (il d.l. 31 marzo 1994, n. 216 ed ancora il d.l. 31 maggio 1994, n. 332) e si concludeva con la conversione del d.l. n. 332 del 1994 nella legge 30 luglio 1994, n. 474.

partecipate dallo Stato, destinata, stante la vastità dell'intervento pubblico nell'economia e la politica di dismissioni in corso, a incidere cospicuamente sulla vita economica e giuridica italiana<sup>190</sup>.

Premessa intorno alla quale sembrerebbe muoversi l'intero provvedimento è l'art. 1 legge 474 secondo il quale *“le vigenti norme di legge e di regolamento sulla contabilità generale dello Stato non si applicano alle alienazioni delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni e ai conferimenti delle stesse società partecipate, nonché agli atti ed alle operazioni complementari e strumentali alle medesime alienazioni inclusa la concessione di indennità e manleva secondo la prassi dei mercati”*.

Ne emerge la scelta per l'adozione di un'ottica di mercato in tutte le procedure di privatizzazione (dirette e indirette), opzione di non poco conto, tanto che la norma è stata definita da attenta dottrina come il simbolo chiave dell'intera disciplina della privatizzazione, *“perché non basta trasformare gli enti pubblici economici in società per azioni per chiudere il capitolo dell'intervento pubblico diffuso (ufficiale o sommerso) nell'economia, se poi la collocazione sul mercato delle partecipazioni facenti capo allo Stato e agli enti pubblici soggiace a regole con cui le leggi del mercato non hanno nulla a che vedere. Ora, giacché la deroga alle leggi della contabilità dello Stato assume adesso, nel contesto delle privatizzazioni, una portata per così dire globale”*<sup>191</sup>. Ed infatti, le scelte del legislatore volte ad

---

<sup>190</sup> Ed infatti il primo dato che emerge dall'analisi della legge di conversione n. 474 del 1994 è che essa non si è limitata a quanto ufficialmente enunciato nel titolo, ma ha modificato provvedimenti che negli anni erano stati introdotti nell'ordinamento in relazione a specifiche categorie di enti e società a partecipazione pubbliche. Così, ad esempio, con l'art. 6 si è proceduto a modificare il d.l. n. 95/1974, convertito con modificazioni, dalla legge n. 216/1974, con riferimento al mercato mobiliare e al trattamento fiscale dei titoli azionari; con l'art. 7 è stata modificata la l. n. 149/1992 che ha introdotto l'O.P.A. nell'ordinamento societario vigente. Cfr. LIBONATI, La faticosa “accelerazione” delle privatizzazioni, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 1/1995 pagg. 20 ss.

<sup>191</sup> LIBONATI, La faticosa “accelerazione” delle privatizzazioni, cit., pagg. 20 ss.

introdurre delle modifiche nel diritto societario per accelerare, o meglio di semplificare, le procedure di privatizzazione, sono andate verso la ricerca di criteri e procedure adatte a consentire un'ampia diffusione delle azioni delle società privatizzate fra il pubblico; hanno introdotto strumenti volti a consentire, anche in società con azioni largamente diffuse fra il pubblico, la realizzazione di raggruppamenti interessati a una efficace gestione industriale delle imprese; infine sono stati diretti alla conservazione, in settori nei quali l'interesse generale prevalga, strumenti di intervento dello Stato, anche se le imprese sono ormai soggette alle leggi del mercato<sup>192</sup>. Il provvedimento è dunque tanto ricco di implicazioni da essere assunto a indice interpretativo del diritto societario, a partire dalla regola del cosiddetto nucleo stabile di azionisti, previsto all'art. 1, comma 3 della legge. Si legge al riguardo nelle dichiarazioni del Presidente del Consiglio al Senato, del 20 ottobre 1993, che *"la formazione di un nocciolo duro all'inizio della vita della società privatizzata può assicurare stabilità di conduzione, ma può anche attribuire a chi ne sia partecipe una posizione di relativa forza non acquisita sul mercato. Si imporrà allora la necessità di un sovrapprezzo per l'acquisizione di partecipazioni idonee e comporre un nucleo duro. La graduazione di tale sovrapprezzo potrà variare in funzione della intensità e delle caratteristiche dei vincoli posti a base della aggregazione iniziale"*. Si tratta dunque, in definitiva, della costituzione di sindacati di voto e di blocco guidata a monte, cosicché si sia certi dei *"requisiti di ..... capacità imprenditoriale"* dei soci sindacati, e vi sia spazio per il venditore, eventualmente, di fruire di un più elevato prezzo di vendita stante il

---

<sup>192</sup> LIBONATI, La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni, cit., pagg. 20 ss.

maggior potere riconosciuto di fatto agli acquirenti<sup>193</sup>.

Altro elemento di particolare rilevanza, destinato ad incidere in modo ampio sul futuro del processo delle privatizzazioni è l'art. 2 della legge di conversione n. 474/1994, con la quale sono stati disciplinati i cosiddetti poteri speciali riconosciuti al Ministro del Tesoro. Al riguardo il legislatore ha inteso riservare in capo allo Stato taluni poteri di gestione e organizzazione delle privatizzate società, una volta che la partecipazione che vi faccia capo direttamente o indirettamente sia stata dismessa sul mercato. Poteri, questi, circoscritti a quelle società, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato, che operino nel settore *“della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi”*, e che siano individuate *“con decreto del Presidente del consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro del*

---

<sup>193</sup> LIBONATI, La faticosa *“accelerazione”* delle privatizzazioni, cit., pagg. 20 ss. L'A. sottolinea, peraltro, che la legge n. 474 non scende nel dettaglio della possibile operazione di creazione del nucleo stabile. Si limita a stabilire che l'iniziativa può essere presa con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro del Tesoro, d'intesa con i Ministri dell'Industria, del commercio e dell'artigianato e del Bilancio e della programmazione economica, quando si tratta di società partecipate direttamente dallo Stato, oppure con deliberazione dell'organo competente quando si tratta di società controllate indirettamente; e che *“il contratto (di alienazione delle partecipazioni) può altresì prevedere, per un periodo determinato, il divieto di cessione della partecipazione, il divieto di cessione dell'azienda e la determinazione del risarcimento in caso di inadempimento ai sensi dell'art. 1382 del codice civile”*. Il venditore o gli acquirenti hanno dunque facoltà di accompagnare il sindacato di voto con un sindacato di blocco; di rafforzare il blocco temporale nella vendita delle azioni con la soddisfazione dell'istanza sostanziale di non vedere alienata a terzi l'azienda e trasformata la società privatizzata in una semplice finanziaria; e di sanzionare l'inadempimento all'impegno di conservare il nucleo stabile con una penale. Il patto potrà essere più o meno complesso. Resta fermo solo che *“il contratto di cessione e l'accordo fra i partecipanti al nucleo stabile, nonché le eventuali modificazioni (evidentemente prese nel consenso di tutti i paciscenti, se del caso alienante e acquirenti), devono essere depositati, entro quindici giorni, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale della società e devono essere pubblicati nei successivi quindici giorni per estratto a cura della società su due quotidiani a diffusione nazionale”*.



*Tesoro, d'intesa con i Ministri del Bilancio e della Programmazione economica e dell'Industria, del commercio e dell'Artigianato, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti commissioni parlamentari".*

Una disposizione in realtà generica, che non limita nel tempo i poteri dello Stato, né impone al soggetto pubblico a motivare le ragioni delle scelte che intenderà effettuare. Pur tuttavia si ancorano i poteri speciali a obiettivi di politica economica, e quindi si sarebbe ravvisato nella disposizione, secondo alcune tesi, una limitazione all'esercizio dei poteri stessi, nella misura in cui lo Stato sia legittimato a esercitare i poteri che la legge gli attribuisce, se ed in quanto il suo intervento sarà giustificato dalla realizzazione degli obiettivi nazionali di politica economica ed industriale. *"In altre parole, il gradimento all'assunzione di partecipazioni da parte di azionisti di riferimento o il gradimento alla conclusione di patti o di accordi o il veto all'adozione di delibere che incidono sulla struttura e sull'attività della società o ancora la nomina di amministratori e sindaci, non potranno essere il portato di scelte arbitrarie, ma dovranno comunque trovare una specifica motivazione negli obiettivi perseguiti dallo Stato"*<sup>194</sup>. Inoltre i poteri speciali spettanti al Ministro del Tesoro vengono elencati, andando a configurare un *numerus clausus* che in qualche modo delimita l'ingerenza dello Stato nelle costituenti società. Essi concernono, in particolare, il "gradimento" all'assunzione, nella società, di partecipazioni rilevanti e alla stipulazione di sindacati di voto e di blocco, nonché il veto all'adozione di particolari deliberazioni assembleari, e la nomina alle cariche sociali<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> Cfr. DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, cit., pagg. 158 ss.

<sup>195</sup> In chiave critica rispetto alla indicata attribuzione dei poteri conferiti al Ministero, si veda COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1995, pagg. 77 ss.

Una deroga al sistema delineato è prevista dal terzo comma del medesimo articolo 2, ai sensi del quale l'ente pubblico che dismetta le proprie partecipazioni di controllo diretto o indiretto in società operanti nel settore dei trasporti o degli altri servizi pubblici, può introdurre, con un proprio provvedimento, dei poteri speciali a suo favore nelle società in parola. Dunque, mentre nell'ipotesi generale regolata al primo comma, il Ministro del Tesoro deve operare d'intesa con altri Ministri, in tale ultimo caso l'ente socio sembra agire autonomamente, salve, ovviamente, le inevitabili proceduralizzazioni amministrative delle sue delibere<sup>196</sup>.

Gli aspetti ivi trattati non sono certamente esaustivi rispetto al contenuto del provvedimento centrale per il complesso processo delle privatizzazioni, eppure sono già sufficienti per trarre alcune riflessioni, riprendendo le considerazioni che la dottrina ha svolto all'indomani dell'entrata in vigore della legge, criticata soprattutto per il complesso e articolato intreccio di norme che ostacolano, piuttosto che agevolare, la competizione nel mercato in ordine alla naturale dinamica finanziaria e societaria.

Scegliendo il modello della società per azioni si è imposto allo Stato il rispetto delle regole del mercato, in cui appunto la società per azioni tipicamente si muove. Ma, posto che "privatizzazione non vuol dire liquidazione, ma - almeno per chi crede nel mercato - valorizzazione, nel mercato, di potenzialità economiche", incidere allora su quella stessa disciplina modificando in termini sostanziali l'equilibrio fra responsabilità e poteri di chi gestisce, per istanze contingenti, significa pregiudicare il modello che si assume vincente, soprattutto in considerazione del fatto che accettare solo in parte le

---

<sup>196</sup> LIBONATI, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, cit., pagg. 20 ss.

leggi che regolano il mercato significa, di fatto non accettarle, al punto che sarebbe forse più coerente con le esigenze strategiche nazionali ricorrere a modelli differenti da quello delle s.p.a., certamente più rispondenti alla necessità di garantire una gestione che involga in modo più o meno penetrante lo Stato<sup>197</sup>.

Sulle alterazioni provocate nella struttura e nella funzione della società per azioni introdotte dal d.l. 332/1994, convertito con modificazioni nella l. 474/1994, aspramente criticate, il legislatore è intervenuto successivamente in più occasioni, anche per adeguare lo strumento adottato all'indirizzo degli organi comunitari, soprattutto sulle condizioni di legittimità per l'esercizio dei poteri speciali. Inoltre, con gli articoli 11 e 14, lett. b) della legge n. 59/1997, ha meglio delineato il criterio che dovrebbe presiedere alla scelta fra il modello

---

<sup>197</sup> Cfr. LIBONATI, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, cit., pagg. 20 ss. secondo il quale "si ha l'impressione che al mercato ci si rivolga, ma senza veramente accettarlo. Poteri speciali dello Stato vengono previsti in numero cospicuo; limiti al possesso azionario vogliono restringere il libero movimento dei capitali; limiti ai sindacati di voto vogliono ridurre l'azione concertata di chi rischia nella gestione dell'impresa. Onestamente, ciò mi risulta sufficientemente singolare. Il mercato non è qualcosa di adeguabile senza limiti a seconda di istanze contingenti. È un sistema che presenta benefici come costi, sicché se alterato comprimendo i costi, si rischia di non godere dei benefici: fino a ridursi in situazioni di stallo". Cfr. DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, cit., pagg. 158 ss. che si chiede se fosse davvero "necessario attuare il processo di privatizzazione e quindi trasferire dallo Stato al mercato il controllo delle società a partecipazione pubblica ricorrendo a strumenti, che per la complessità delle loro procedure di attuazione, rischiano di non rendere appetibile l'ingresso nelle compagnie sociali dell'azionista privato, e soprattutto dell'azionista imprenditore. Ma che al tempo stesso non offrono la certezza della formazione di un azionariato diffuso, che potrà essere una sicura realtà solo quando le grandi masse dei risparmiatori dirotteranno verso il mercato dei capitali di rischio i loro denari sino ad oggi impiegati in larga prevalenza nei titoli di Stato. Le difficoltà ad avviare e portare a termine un effettivo processo di privatizzazione in senso sostanziale, provano che le dismissioni del patrimonio azionario dello Stato non sono solo un fatto di procedure più o meno disciplinate da regole razionali e coordinate tra loro e con l'intero sistema del diritto societario. Il processo di privatizzazione infatti potrà trovare una positiva e concreta conclusione solo quando si sarà reinventato un ruolo per lo Stato imprenditore; solo quando cioè verrà rielaborata una funzione imprenditoriale pubblica, autonoma rispetto a quella privata, ma capace di garantire e promuovere uno sviluppo efficiente dell'intero sistema economico".

della società, da una parte, e i modelli dell'associazione e della fondazione dall'altra, il primo destinato ad iniziative di tipo per lo più imprenditoriale, gli altri due più appropriati per enti cui vengano affidati compiti non imprenditoriali<sup>198</sup>.

Nello stesso solco si colloca un'altra disposizione, introdotta dalla legge n. 448/2001 sul patto di stabilità, il cui art. 28 comma 1 (poi abrogato dalla l. 244/2007) aveva previsto che il Governo, su proposta dei Ministri dell'economia e delle finanze e per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro interessato, avrebbe individuato "gli enti pubblici, le amministrazioni, le agenzie e gli altri organismi ai quali non siano affidati compiti di garanzia di diritti di rilevanza costituzionale, finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato o di altri enti pubblici, disponendone la trasformazione in società per azioni o in fondazioni di diritto privato, la fusione o l'accorpamento con enti od organismi che svolgono attività analoghe o complementari, ovvero la soppressione e messa in liquidazione". Si indicava dunque un criterio per individuare un modello societario che, pur vincolato ad interessi pubblici, rispondesse tuttavia alla richiesta di un ente "caratterizzato da economicità oggettiva, ma meno legato casualmente all'interesse lucrativo e alla struttura che ne discende". Prima e unica applicazione dell'art. 28 citato è rappresentata dalla trasformazione dell'Ente nazionale per le strade Anas in s.p.a. (d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito con

---

<sup>198</sup> IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit., pag. 470. Cfr. anche GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit. pag. 144, nonché SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, cit., pag. 338, che evidenzia come, in attuazione della delega all'esecutivo ivi prevista sono state effettuate le trasformazioni dell'Istituto poligrafico dello stato (d. lgs. 21 aprile 1999 n. 116), dell'ente autonomo acquedotto pugliese (d. lgs. 11 maggio 1999, n. 141), dell'Ente autonomo esposizione universale di Roma (d.lgs. 17 agosto 1999, n. 304).

modificazioni con legge 8 agosto 2002, n. 178)<sup>199</sup>.

## CAPITOLO II - PARTE II.

### IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

1. - ALCUNE PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE. ILLUSTRAZIONE DEL PROSIEGUO DELL'INDAGINE.

Nelle pagine che precedono, senza entrare nel dettaglio della disciplina, ci si è più volte riferiti, indistintamente all'azionariato pubblico, alle società pubbliche o a partecipazione pubblica, alle società "legali", alle società di diritto speciale; alle società anomale; agli statuti singolari; *etc.* Nel far ciò, si è sino ad ora cercato di introdurre le problematiche sottese alla presenza del socio pubblico in una struttura organizzativa per sua natura concepita come modello d'azione

---

<sup>199</sup> Cfr. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, p. 335, nonché OPPO, *Patrimonio dello stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pag. 505.

privatistico, esclusivamente da un punto di vista empirico, come sintesi dell'eterogeneità delle "componenti" che caratterizzano le società pubbliche, rispettivamente quella privata e quella pubblica. È evidente, al contempo, che ci si è avvalsi di questa terminologia, sino ad ora, con finalità prettamente didascalica: anche per ragioni di esaustività dell'esposizione è opportuno, adesso, segnalare le condizioni di impiego del lessico utilizzato, il quale peraltro è composto di espressioni nate in funzione di una realtà puntuale che si intendeva descrivere, ovvero per isolare alcuni elementi ritenuti determinanti nell'analisi, per ragioni di metodo o contenuto.

Isolando, così, gli enti, aventi forma societaria, la cui nascita sia stata preceduta da un intervento legislativo volto a regolarne la costituzione e, inoltre, misurando il grado incidenza della legge sulla fase costitutiva delle società (in termini autorizzativi, obbligatori e coattivi) si è proposta l'espressione – conoscitivamente utile – di "società legali", onde desumere i limiti (e la natura di essi) posti all'atto di autonomia privata in sede, appunto, di costituzione delle società che ricadono nella categoria. Tanto, con l'ulteriore fine di verificare se abbia senso la qualificazione privatistica, e societaria in particolare (qualificazione per la quale vi sarebbe in ogni caso una presunzione derivante dall'espresso impiego della forma societaria sin dal nome attribuito agli enti considerati), delle società legali così delimitate<sup>200</sup>. La contiguità col tema che ci occupa, seppure non si realizza un'aderenza piena, è evidente, posto che – come avverte lo stesso autore che ha proposto l'espressione riassuntiva "società legali" – vi è di regola coincidenza tra società legale e società pubblica, in considerazione

---

<sup>200</sup> IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992, passim.

dell'interesse pubblico che anima la costituzione della società legale<sup>201</sup>.

Altri autori<sup>202</sup> hanno, invece, focalizzato la propria attenzione sul carattere di specialità della società partecipata, col tentativo di isolare, in base al particolare modo di atteggiarsi di detta specialità, quelle società la cui disciplina sia caratterizzata da talune deviazioni che presenta rispetto alla disciplina di diritto comune del tipo sociale del quale si discorra. Si è proposto, così, l'isolamento delle ipotesi di società "anomala", tali potendo essere quelle che difett(va)no del requisito della pluripersonalità e del perseguimento della funzione lucrativa<sup>203</sup>. Così impostata la questione non è nuova e, peraltro, l'approccio non è appannaggio esclusivo delle società pubbliche (sia consentito, ancora, l'impiego dell'espressione secondo le condizioni d'uso convenzionali-tradizionali), posto che già in alcuni autorevoli studi condotti negli anni '30 a proposito dello statuto normativo della Banca d'Italia ("in conseguenza immediata e diretta degli speciali principi per essa fissati") è dato rintracciare l'espressione "società anonima anomala"<sup>204</sup>.

Il panorama legislativo, invero, si presenta oggi molto più articolato rispetto al momento in cui dette locuzioni sono state congegnate. Volendo disporre in maniera ordinata la normativa vigente secondo il criterio di selezione che si è cercato di illustrare a

---

<sup>201</sup> IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992, pag. 8, testo e nota 20.

<sup>202</sup> E in particolare da G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, passim; ma si v. anche DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie*, in *Gur. Comm.*, 1991, pagg. 468 ss.; CIRENEL, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, nel *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, v. VIII, Torino, 1992, passim.

<sup>203</sup> Così MARASÀ, sub *vocem Società speciali e società anomale*, cit., pag. 2

<sup>204</sup> MESSINEO, *Postille sulla nuova legislazione bancaria. Istituti di credito e Banche "di diritto pubblico"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1937, pag. 34.

conclusione del primo capitolo, si potrebbe articolare l'esposizione che segue tenendo conto della presenza di società istituite per legge per le quali si impone un vincolo che ne preclude la determinazione di scioglimento, e, una categoria, per così dire residuale, nella quale detta peculiarità non sia rintracciabile. Nella prima categoria rientrano, evidentemente, le società che altri autori hanno definito "a statuto singolare"<sup>205</sup>, ossia quelle società istituite da un provvedimento di legge espressamente e preventivamente dedicato ad un singolo soggetto identificato da una precisa denominazione; nella seconda, che come detto avrebbe carattere residuale (ciò che, si può anticipare, è indicativo delle conclusioni operative che si ritengono praticabili per esse), quelle la cui istituzione è facoltativa e per la quale non sussiste – esplicitamente o implicitamente – una preclusione di autoscioglimento.

Giova avvertire che, in coerenza col criterio di classificazione che si è esposto e che si intende seguire, l'esame della disciplina di ciascuna delle due categorie non passa attraverso una compiuta disamina rivolta all'intera legislazione; bensì – essendo criterio, questo, per così dire trasversale – passa essenzialmente dalla illustrazione delle norme organizzative relative alle società nelle quali direttamente o indirettamente è precluso l'autoscioglimento dell'ente. È, dunque una selezione parziale delle disposizioni che riguardano gli enti di cui ci si occupa e che parte dal presupposto dell'assegnazione all'una o all'altra delle due categorie – ed eventualmente in quali limiti – di un certo "tipo" di azionariato pubblico.

## 2. – LE SOCIETÀ LEGALI. IL QUADRO NORMATIVO DI SINTESI.

---

<sup>205</sup> Su cui si v. la ricostruzione di IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Tratt. delle s.p.a.*, dir. da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. VIII, Torino, 1992, pagg. 525 ss.



Così isolata la categoria in esame, sembra opportuno, anzitutto, svolgere un'avvertenza preliminare. Le società per le quali sembra possibile registrare – sulla base del diritto positivo – vincoli inerenti all'autoscioglimento si articolano, secondo tre possibili dinamiche: in alcuni casi, infatti, è la stessa legge ad istituire *ab origine* la società di che trattasi; in altri casi, sempre sul presupposto di disposizioni precettive, la legge ne prevede l'istituzione assegnandone il compito (che si attegga come obbligo, donde la qualificazione invalsa di società legali obbligatorie) ad un ente determinato; in altri casi ancora, lo statuto singolare è il risultato di una legge che ha previsto la trasformazione di un già esistente ente pubblico<sup>206</sup>.

Vi sono, infatti, casi di società la cui origine legale – ed è osservazione chiaramente empirica, ma utile per mantenere ordine nella trattazione che segue – è il risultato dei processi di trasformazione dall'originaria conformazione di enti pubblici. In altri casi la costituzione legale secondo il modello s.p.a. è originaria, non realizzandosi così una sorta di “fenomeno successorio” nell'esercizio della funzione assegnata, sino a quel momento (nel primo dei due casi

---

<sup>206</sup> In quest'ultimo caso si tratta essenzialmente delle società risultanti dal processo di privatizzazione messo in atto, nel nostro Ordinamento, a partire dalla metà degli anni '90. Sul fenomeno delle privatizzazioni si è già avuto modo di soffermarsi nella Parte I di questo capitolo. Pertanto sia consentito rinviare, in questa sede, solo ad alcuni dei numerosissimi contributi in argomento: SCHLESINGER, *Le legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, pagg. 129 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *La grande illusione della privatizzazione degli enti di gestione*, in *Dir. fall.*, 1992, pagg. 441 ss.; P. G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *i.*, 1992, pagg. 989 ss.; LIBONATI, *La faticosa “accelerazione” verso le privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 1995, pagg. 20 ss.; CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it., dir. pubbl.*, 1996, pagg. 579 ss.; P. FERRO LUZZI, *La “trasformazione” degli enti pubblici in s.p.a., e la “speciale riserva”*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pagg. 507 ss.

testé segnalati), all'ente pubblico "trasformato"<sup>207</sup>.

Pare invero opportuna un'ulteriore notazione preliminare di metodo, che origina dalla constatazione per cui la dottrina, in alcuni casi, per valutare il carattere pubblicistico ovvero privatistico delle società di cui ci si occupa (e tra queste anche per segnalare differenze che vi sarebbero tra società costituite *ex novo* e società derivanti da trasformazione di enti pubblici), ricorre all'osservazione della compiuta o incompiuta (ovvero mai iniziata), anche *de facto*, privatizzazione sostanziale degli enti di che trattasi. Ci sembra però che non possa rivelarsi criterio utile ai nostri fini, quanto meno perché la permanenza e non transitorietà del controllo – nei termini indicati dall'art. 2359 cod. civ. – pubblico, suggerita da disposizioni che vincolano la cessione delle partecipazioni ovvero la circostanza che la privatizzazione che abbia interessato uno di tali enti sia stata (e/o lo sia ancora oggi) meramente formale e non anche sostanziale, non sembra influire sul problema che qui si propone, ossia della selezione tra società partecipate in ragione del criterio della "possibilità di autoscioglimento".

Per mero ordine nell'esposizione, sia consentita la possibilità di trattare della società nelle quali la percorribilità del criterio di selezione segnalato (che invero, appartiene comunque a tutte per via della costituzione con fonte legale) si manifesta con maggiore problematicità, rinviando, per le altre (anche al fine di evitare inutili ripetizioni) in nota; nei casi di identità del provvedimento di legge costitutiva di una determinata società (per *trasformazione* da ente pubblico), inoltre, si

---

<sup>207</sup> Con tale termine non potendosi intendere l'omologo fenomeno disciplinato dal Codice civile; in termini, IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2011, pagg. 464 ss.

specifica sin d'ora che taluni di tali enti verranno trattati congiuntamente.

2.1. - GLI ENTI COSTITUITI SECONDO IL MODELLO S.P.A. IN ESITO ALLA TRASFORMAZIONE DA ENTE PUBBLICO.

A) ENEL S.P.A. ED ENI S.P.A.

ENEL ed ENI, rispettivamente istituiti con L. 1643/1962 e con L. 136/1953, sono stati "riorganizzati" in s.p.a. dall'art. 15, co. 1, del D.L. 332/1992, convertito - con emendamenti - con L. n. 359 1992. Tale ultima disposizione, al co. 5, ha previsto in particolare che *"la pubblicazione del presente decreto tiene luogo di tutti gli adempimenti in materia di costituzione delle società previsti dalla normativa vigente"*. A termini del co. 3 dell'art. 15 del D.L. 332/1992, in particolare, le azioni della società sono state attribuite allo (attuale) Ministero dell'economia e delle finanze (allora Ministero del Tesoro), cui sono rimessi altresì i diritti dell'azionista, che vengono esercitati in ossequio alle direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa col Ministro dello sviluppo economico (l'allora Ministero dell'Industria, del commercio e dell'artigianato). Due sono essenzialmente gli argomenti che potrebbero indurre - e hanno indotto, come si dirà a breve - a ritenere preclusa ogni determinazione che potrebbe essere assunta dal destinatario della norma in funzione dello scioglimento dell'ente. Un primo, che nella stessa dottrina è più incerto<sup>208</sup> proprio in in quanto

---

<sup>208</sup> GRUNER, Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale, cit., pagg. 95 ss.; a questo proposito non può fare a meno di rilevarsi la non sempre coerente selezione del materiale normativo adottata da questo Autore che, pur segnalando l'utilità del criterio

legato alla permanente vigenza di una disposizione – il co. 9 dell’art. 1 del D.L. 386 del 1991 – secondo cui *“le alienazioni ed ogni altra operazione, dalle quali derivi la perdita del controllo di maggioranza, diretto o indiretto, da parte dello Stato nelle società di cui al comma 1 [ossia “gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali” che possono essere trasformati in società per azioni, n.d.r.], sono approvate dal Consiglio dei Ministri in conformità a specifiche deliberazioni delle Camere, adottate secondo le procedure e modalità dalle stesse stabilite”*. La vigenza della disposizione è resa dubbia<sup>209</sup> dalla circostanza per cui il processo di privatizzazione di ENI ed ENEL non fu attuato alla stregua del richiamato provvedimento (il D.L. 386 del 1991), non essendo mai stata data formale esecuzione delle disposizioni ivi previste (art. 1 co. 3: *“le trasformazioni di cui al comma 1 e le conseguenti modifiche statutarie sono*

---

conoscitivo della “possibilità di autoscioglimento”, sovente però inferisce il significato da attribuire ad un determinato statuto normativo, onde procedere alla riqualificazione in senso pubblicistico, a partire da disposizioni non propriamente coerenti con il segnalato criterio di selezione; è il caso, che si vedrà immediatamente nel testo, ad esempio, della permanenza e non transitorietà del controllo - nei termini, come evidenziato dallo stesso Autore, indicati dall’art. 2359 cod. civ. - pubblico, suggerita da disposizioni che vincolano la cessione delle partecipazioni ovvero la circostanza che la privatizzazione che abbia interessato uno di tali enti sia stata (e lo sia ancora oggi) meramente formale e non anche sostanziale. Per un quadro d’insieme dell’esperienza italiana delle privatizzazioni, anche a proposito delle privatizzazioni c.d. finte e di quelle sostanziali, cfr. DE NARDIS, Privatizzazioni, liberalizzazioni, sviluppo: introduzione e sintesi, in *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000, pagg. 11 ss. e in part. pag. 15; MARZUOLI, Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola, in *Dir. pubbl.*, 1995, pagg. 397 ss.

<sup>209</sup> Ma in senso positivo, si v. no RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici e delle aziende autonome statali, cit., pag. 70 ss.; e GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società ‘legali’ in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., pagg. 97 ss. e già GIAMP. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., pag. 181; 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*, cit., pagg. 213 ss.

*deliberate dagli organi competenti in materia in conformità ai criteri di cui al comma 2 ed entro due mesi dalla formale comunicazione di questa da parte del Ministro del bilancio e della programmazione economica”); la privatizzazione, piuttosto, ha avuto luogo sulla base del richiamato art. 15, co. 1, del D.L. 332/1992. In ogni caso una disposizione di analogo tenore è stata poi introdotta con il D.L. 332/1994 – convertito con L. 474/1994 – che, all’art. 1, co. 2, ne ha riproposto il contenuto precisando che “L’alienazione delle partecipazioni di cui al comma 1 viene effettuata di norma mediante offerta pubblica di vendita disciplinata dalla legge 18 febbraio 1992, n. 149, e relativi regolamenti attuativi; può inoltre essere effettuata mediante cessione delle azioni sulla base di trattative dirette con i potenziali acquirenti ovvero mediante il ricorso ad entrambe le procedure. La scelta della modalità di alienazione è effettuata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del tesoro, di concerto con i Ministri dell’industria, del commercio e dell’artigianato e del bilancio e della programmazione economica”. Si evidenzia, in proposito, la diversa operatività delle due disposizioni (quella da ultima richiamata e l’art. 1 co. 9 D.L. 386/1991), l’una tesa a garantire dinamiche di trasparenza nella cessione delle partecipazioni, l’altra volta ad individuarne i limiti. A partire da tali osservazione si giunge alla conclusione che il Ministero dell’economia e delle finanze, non avendo facoltà di cedere liberamente le partecipazioni detenute, non potrebbe procedere allo scioglimento dell’ente. Di là dall’incertezza sulla attuale vigenza della disposizione che limita la cessione delle partecipazioni, quand’anche fosse da ritenersi ancora vigente, il ragionamento, però, ci sembra che si spinga troppo oltre. E ciò perché, se è vero che detta disposizione (art. 1, co. 9 D.L. 386/1991) dispone che il controllo delle società risultanti dalla trasformazione (*recte* privatizzazione) debba*

essere radicato in capo al Ministero dell'economia e delle finanze, la disposizione manifesta in ciò stesso il proprio limite esegetico: essa sembra al più poter dare conto della necessità (per così dire strategica), predeterminata dalla legge, della non transitorietà del controllo del socio pubblico di tali enti. Non già da essa sembra dato ricavare una compressione – adoperando lo strumentario concettuale elaborato da un illustre Maestro<sup>210</sup> - della posizione del socio in ordine allo scioglimento dell'ente partecipato; e soprattutto non sembra lecito pensare nel senso che tale compressione abbia effetto sulla conformazione del rapporto sociale anziché sul piano della valutazione della liceità di operazioni di cessione delle partecipazioni. Può quindi fungere da indice, non certo da criterio risolutore.

Più pregnante sembra essere invece, altra disposizione dettata con riguardo alla privatizzazione di ENI ed ENEL: l'art. 2, co. 1, del D.L. 332/1994 a mente del quale *“Tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore [...] delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi, sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive: [...] c) veto, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato, all'adozione delle delibere di scioglimento della*

---

<sup>210</sup> BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., pagg. 137 ss.

*società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo. Il provvedimento di esercizio del potere di veto è impugnabile entro sessanta giorni dai soci dissenzienti innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio".* La disposizione assume come propria fattispecie le ipotesi in cui alla cessione delle partecipazioni in sede di privatizzazione possa conseguire la perdita del controllo e lega, tra loro, la cessione al veto in ordine allo scioglimento che residua in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze. Il co. 1 *bis*<sup>211</sup> dell'art. 2, inoltre, soggiunge che *"il contenuto della clausola che attribuisce i poteri speciali è individuato con decreto del Ministro del tesoro, di concerto con i Ministri del bilancio e della programmazione economica, e dell'industria, del commercio e dell'artigianato"*<sup>212</sup>.

L'attuazione di tale potere di veto in ordine allo scioglimento dell'ente, come detto già radicato nella legge, è stata resa possibile attraverso il relativo recepimento, negli statuti di ENEL s.p.a. ed ENI s.p.a., di una clausola (l'art. 6.2. sia per lo statuto di ENEL s.p.a. che di ENI s.p.a.) nella quale, quasi alla lettera<sup>213</sup>, è trasposto il contenuto del

---

<sup>211</sup> Aggiunto in sede di conversione.

<sup>212</sup> Su tale impianto sono poi intervenuti l'art. 66 co. 4 della L. 488/1999 e l'art. 4, co. 230, della L. 350/2003, i quali attribuiscono al Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di definire i criteri esclusivi per l'esercizio dei poteri, rimessi al Ministero dell'economia e delle finanze, a termini della richiamata disposizione.

<sup>213</sup> Quanto allo statuto di ENEL s.p.a. esso prevede, all'art. 6.2., che "ai sensi del comma 1 dell'art. 2 del decreto - legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla Legge 30 luglio 1994, n. 474, come sostituito dall'art. 4, comma 227, della Legge 24 dicembre 2003, n. 350, il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministro delle attività produttive, è titolare dei seguenti poteri speciali: [...] c) veto, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato, all'adozione delle delibere di scioglimento della Società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello

richiamato art. 1, co. 2, D.L. 332/1994, che dunque ribadisce il veto così come illustrato in ordine allo scioglimento dell'ente nonché alla modifica dell'oggetto sociale. Non solo dunque, la costituzione legale, in tal caso. A ciò si deve aggiungere che una delibera che dovesse disporre lo scioglimento, in violazione della richiamata procedura che peraltro consta non solo di momenti negoziali, sibbene anche di momenti pubblicistici (l'assenso manifestato dal Ministro delle attività produttive), ovvero in violazione del veto manifestato, sembrerebbe infatti profilarsi quale delibera nulla per illiceità dell'oggetto (art. 2379 co. 1 cod. civ.), diversamente dall'impugnativa rivolta - non già nei confronti della delibera assembleare, ma - del provvedimento con cui il Ministero si dovesse determinare nel senso dell'esercizio del potere di veto.

*B) FERROVIE DELLO STATO S.P.A.*

La privatizzazione di Ferrovie dello Stato s.p.a., è il risultato di una stratificazione normativa che prende le mosse dall'assunzione

---

statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo. Il provvedimento di esercizio del potere di veto è impugnabile entro sessanta giorni dai soci dissenzienti innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio". Del tutto analogo lo statuto di ENI s.p.a.: "6.2 Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, come sostituito dall'articolo 4, comma 227, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministro dello sviluppo economico, è titolare dei seguenti poteri speciali, da esercitare nel rispetto dei criteri indicati dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004: [...] c) veto, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato, all'adozione delle delibere di scioglimento della Società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo. Il provvedimento di esercizio del potere di veto è impugnabile entro sessanta giorni dai soci dissenzienti innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio".



diretta da parte dello Stato della gestione del servizio ferroviario<sup>214</sup>, per poi giungere, con L. 17 marzo 1985, n. 210, alla riconfigurazione del servizio ferroviario medesimo nella forma di ente pubblico, dalla originaria conformazione di “azienda autonoma”. La privatizzazione (che al momento è formale<sup>215</sup>), in particolare, è stata condotta mediante adozione della delibera del CIPE del 12 agosto del 1992, in attuazione del D.L. 333 del 1992 (conv. con modificazioni con L. 359 del 1992), che (nel quadro di “*Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*”) “fermo restando quanto previsto dalla legge 30 luglio 1990, n. 218”<sup>216</sup>, previa comunicazione da inviare alle Camere con un anticipo di almeno quindici giorni”, attribuisce al CIPE la facoltà di “deliberare la trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici, qualunque sia il loro settore di attività” L’art. 18 soggiunge che la medesima delibera “produce i medesimi effetti di cui al presente decreto”.

La delibera *de qua*, da un canto annovera – seppure tra i *considerata* – l’art. 1 del D.L. 386 del 1991, il cui co. 9, come visto, precisa che “*le alienazioni ed ogni altra operazione, dalle quali derivi la perdita del controllo di maggioranza, diretto o indiretto, da parte dello Stato nelle società di cui al comma 1 [ossia “gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali” che possono essere trasformati in società per azioni, n.d.r.], sono approvate dal Consiglio dei*

<sup>214</sup> Con L. n. 138 del 22 aprile 1905, con la quale lo Stato ha assunto a proprio carico la proprietà e l’esercizio linee ferroviarie nazionali, sino ad allora di pertinenza privata.

<sup>215</sup> Essendo la totalità delle partecipazioni detenute dal Ministero dell’economia e delle finanze, come riferito, a tutt’oggi, dal medesimo Ministero: [http://www.dt.mef.gov.it/it/finanza\\_privatizzazioni/partecipazioni/](http://www.dt.mef.gov.it/it/finanza_privatizzazioni/partecipazioni/).

<sup>216</sup> Che contiene disposizioni relative alla ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico, e per le quali dunque non vi sarebbe analoga facoltà del CIPE.

*Ministri in conformità a specifiche deliberazioni delle Camere, adottate secondo le procedure e modalità dalle stesse stabilite". Dall'altro canto, la medesima delibera precisa che la trasformazione è avvenuta sulla base del disposto degli artt. 14, 15 (commi 2-5) e 19 del D.L. 333/1992.*

Alla privatizzazione dell'ente, tali disposizioni, in particolare, affiancano le seguenti disposizioni<sup>217</sup>: (i) la permanenza della titolarità delle attività svolte in precedenza, a titolo concessorio (secondo precisi limiti, anche temporali, regolanti detto regime di concessione – art. 14); (ii) il capitale di dotazione di ciascuna società trasformata a termini delle medesime disposizioni (dunque anche Ferrovie dello Stato s.p.a., per effetto del rinvio operato dalla delibera del CIPE – art. 15 co. 2); (iii) l'esercizio dei diritti dell'azionista (che, però, nel caso che ci occupa, per via della delibera del CIPE, sono rimessi non già al Ministero dell'economia e delle finanze, bensì sono esercitati d'intesa tra questo e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – art. 15 co. 3); (iv) la tempistica di approvazione dello statuto (ma non, si badi, vincoli espressi che riguardino lo scioglimento – art. 15, co. 4); (v) l'effetto connesso alla pubblicazione del decreto che tiene luogo degli adempimenti pubblicitari previsti in sede di costituzione della società (art. 15 co. 5); (vi) l'esenzione da imposte e tasse connesse a tutte le operazioni relative alla trasformazione (art. 19).

C) *CINECITTÀ LUCE S.P.A.*

L'Ente Autonomo Gestione per il Cinema, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico ed istituito con D.P.R. n. 575/1958 nasce con lo scopo di promuovere la diffusione della produzione audiovisiva italiana, sia in ambito nazionale che internazionale, coordinando

---

<sup>217</sup> Su cui si v. anche F. BONELLI - ROLI, *sub vocem Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, pag. 994

l'intervento pubblico nel settore della cinematografia. Successivamente, con L. n. 237/1999, la titolarità delle partecipazioni ed i relativi diritti sociali sono stati trasferiti *ope legis* dal Ministero del Tesoro al Ministero per i Beni e le Attività Culturali. Infine, il 12 maggio 2009, viene costituita sempre *ope legis*, "Cinecittà Luce" s.p.a., originata dalla fusione tra Cinecittà Holding S.p.A. - Gruppo per il Cinema Italiano - e l'Istituto Luce s.p.a.

La fase di privatizzazione ha avuto avvio a termini dell'art. 5 *bis*<sup>218</sup> del D.L. 118/1993 - in ossequio alle procedure indicate dal D.L. 333/1992 - che ha disposto la riorganizzazione dell'ente secondo il modello della società per azioni, cambiando la denominazione (originariamente in "Ente Cinema S.p.A."), assumendo, come visto, la denominazione, con delibera assembleare del 30 marzo 1998, "Cinecittà Holding - Gruppo per il Cinema Italiano s.p.a.". In particolare, il richiamato art. 5 *bis* specifica che *"l'Ente autonomo di gestione per il cinema è trasformato in società per azioni con le procedure di cui al decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 e successive modificazioni e integrazioni. In attesa del riordino della disciplina generale delle partecipazioni societarie dello Stato, nella società di cui al comma 1 il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica assume la titolarità delle relative partecipazioni e il Ministro per i beni e le attività culturali esercita i diritti dell'azionista, sentito il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica per quanto riguarda i profili patrimoniali, finanziari e statutari"*<sup>219</sup>. Anche in

---

<sup>218</sup> Inserito in sede di conversione.

<sup>219</sup> Il co. 3 del medesimo articolo aggiunge "solamente" che "la società presenta, annualmente, all'autorità competente in materia di turismo e spettacolo, unitamente alle società in essa inquadrate, una proposta di programma di produzione, distribuzione e promozione in Italia e all'estero di opere cinematografiche di lungo e corto metraggio di interesse culturale, un programma di attività nei settori

tal caso la disciplina di fonte legale non reca limiti relativi allo scioglimento dell'ente.

D) ENAV S.P.A.

ENAV s.p.a. è stata istituita nella sua forma originaria di ente pubblico economico (denominato "Azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo generale") dalla L. n. 665/1996 al cui art. 1 (co. 1) si prevedeva come segue: *"L'Azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo generale (AAAVTAG) è trasformata in ente pubblico economico, denominato Ente nazionale di assistenza al volo (ENAV), a decorrere dal 1° gennaio 1996"*. Il co. 2 del medesimo articolo stabiliva, poi, *de futuro*, che *"L'Ente nazionale di assistenza al volo, di seguito denominato Ente, è trasformato in società per azioni due anni dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del comunicato relativo al decreto di approvazione dello statuto e comunque non oltre il 30 giugno 1999, previo parere del Parlamento, che verifica le condizioni della trasformazione medesima. Entro il predetto termine sarà verificato il conseguimento degli obiettivi definiti a tal fine in un apposito piano predisposto dal presidente*

---

dell'esercizio, delle industrie tecniche e dei servizi e di altre attività previste dagli statuti delle singole società inquadrato, nonché una proposta di programma di attività finanziaria volta al potenziamento del cinema nazionale ed un programma di riconvenzione e restauro di pellicole e materiali fotocinematografici dei propri archivi; è tenuta inoltre a presentare un programma di acquisizione e potenziamento di sale cinematografiche per promuovere in particolare la programmazione della cinematografia italiana ed europea. Con decreto dell'autorità competente in materia di turismo e spettacolo, sulla base del programma preventivamente approvato, vengono assegnate ed erogate le relative sovvenzioni a valere sul Fondo unico per lo spettacolo di cui all'art. 1 della legge 30 aprile 1985, n. 163, sulla base di una percentuale della quota del Fondo medesimo destinata al cinema, previamente definita per ciascun anno con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali. Tali sovvenzioni sono sostitutive di tutti i contributi previsti dalla legislazione vigente a favore dell'Ente autonomo di gestione per il cinema e delle società in esso inquadrato a carico del Fondo suddetto. Il programma deve essere realizzato entro il 31 dicembre del secondo anno successivo alla data della sua approvazione"

dell'Ente entro il mese di dicembre 1996. Tale piano è approvato dal Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro del tesoro, i quali effettuano anche la predetta verifica. Lo schema di decreto interministeriale per la trasformazione in società per azioni è inviato al Parlamento per l'acquisizione del parere delle competenti Commissioni permanenti, che lo esprimono nel termine di trenta giorni"<sup>220</sup>. Il Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti e l'allora Ministero del Tesoro hanno proceduto in tal senso nel 2000, riservando, come era previsto dalla stessa legge, il potere di vigilanza in favore del primo.

Non è dato rintracciare nella legge costitutiva della società un riferimento alla possibilità di provvedere allo scioglimento ex art. 2484 co. 6 cod. civ.; ma sembrano particolarmente significative due disposizioni dello Statuto, per la cui approvazione è - stato - necessario non solo il parere reso dal Parlamento, deputato per legge alla "verifica delle condizioni della trasformazione medesima"; ma anche l'assenso del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti e dell'allora Ministero del Tesoro, gli stessi cui è stata rimessa la vigilanza sull'ente, tenendo conto del piano di "trasformazione" redatto dal Presidente della società medesima.

Ci si riferisce nella specie all'art. 3, ove si prevede che "la durata della società è fissata fino al 31 dicembre 2100 e potrà essere prorogata"; e l'art. 24, ove si precisa che "in caso di scioglimento della Società, l'assemblea determinerà le modalità della liquidazione e i criteri in base ai quali essa deve svolgersi e nominerà uno o più liquidatori fissandone i poteri e i compensi".

Tale constatazione sembra invero non di poco conto. Potrebbe,

---

<sup>220</sup> Detto termine, del 30 giugno 1999, è stato poi oggetto di proroga, sino al 31 dicembre 2000, per effetto del co. 1 dell'art. 35 della L. 144/1999.

infatti, sindacarsi, come in effetti è già avvenuto<sup>221</sup>, che pur collocandosi la trasformazione di ENAV s.p.a. nella “stagione” legislativa delle privatizzazioni, la stessa legge di trasformazione non faccia cenno alcuno ad una privatizzazione sostanziale; ossia al fatto che non è necessariamente previsto un piano di dismissione delle partecipazioni che, come tale, possa far ritenere “accidentale” la presenza del socio pubblico. Il tutto, ovviamente, al fine di sostenere la plausibilità di una qualificazione in senso pubblicistico. Sennonché, fermo restando che sembra trattarsi di operazione interpretativa induttiva, il rilievo si espone ad una replica sotto molteplici aspetti: per un verso le citate disposizioni statutarie – vagliate positivamente dallo stesso Ministero che esercita i diritti dell’azionista – rimandano evidentemente alla disponibilità della sopravvivenza dell’ente, potendo la scadenza del termine di durata della stessa Enav s.p.a. essere prorogata; per l’altro verso, lo scioglimento, “deliberato dall’assemblea” è ipotesi espressamente contemplata dallo statuto. Ciò mentre la stessa legge costitutiva non mostri remore nel qualificare “di interesse nazionale” (art. 2, co. 3 L. 665/1996) i compiti assegnati all’ENAV s.p.a.

E) *POSTE ITALIANE S.P.A.*

La vicenda che ha interessato la costituzione di Poste Italiane s.p.a. risale, anzitutto, all’art. 1 del D.L. 487 del 1993, a mente del quale *“l’Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni è trasformata in ente pubblico economico denominato ente “Poste Italiane”, con effetto dalla data di efficacia dei decreti di nomina degli organi previsti dall’art. 3, che dovranno*

---

<sup>221</sup> GRUNER, Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società ‘legali’ in mano pubblica di rilievo nazionale, cit., pag. 107 ss.

*essere emanati entro e non oltre il 31 dicembre 1993". Il successivo co. 2 ha previsto che "entro il 31 dicembre 1996, l'ente "Poste Italiane" è trasformato in società per azioni. A tal fine, entro la medesima data, il Comitato interministeriale per la programmazione economica delibera in ordine alla proprietà ed al collocamento delle partecipazioni azionarie, favorendone la massima diffusione tra i risparmiatori. Lo schema di delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica è preventivamente inviato alle commissioni parlamentari competenti che esprimono il parere nel termine di giorni trenta".*

Il CIPE, in esecuzione dell'attribuzione conferitagli, con delibera del 18 dicembre 1997, come modificata con deliberazione del 2 novembre 2000, ha nondimeno momentaneamente "congelato" la privatizzazione sostanziale inizialmente prevista (tanto che ancor il capitale sociale è suddiviso tra ministero dell'Economia e delle finanze e Cassa depositi e prestiti s.p.a.<sup>222</sup>, ritenendo in ogni caso applicabili i già richiamati artt. 14, 15 co. 2 e 19 del D.L. 333/1992.

Non vi è dunque disposizione che precluda lo scioglimento e, anzi, per Poste Italiane s.p.a., ad ogni modo, può ribadirsi quanto detto a proposito di ENAV, ossia che le indicazioni statutarie<sup>223</sup> depongono in ogni caso nel senso della "disponibilità" dello svolgimento dell'attività, se è vero, come è vero, che, l'art. 3 dello Statuto prevede che "*La durata della società è fissata fino al 31 dicembre 2100 e può essere prorogata una o più volte con deliberazione dell'assemblea straordinaria degli azionisti*"; e che l'art. 24 della medesima fonte statutaria stabilisce che "*in caso di scioglimento della società, l'assemblea determina le modalità della liquidazione*

---

<sup>222</sup> [http://www.dt.mef.gov.it/it/finanza\\_privatizzazioni/partecipazioni/](http://www.dt.mef.gov.it/it/finanza_privatizzazioni/partecipazioni/) .

<sup>223</sup> Lo statuto è consultabile sul sito internet di Poste Italiane s.p.a.: <http://www.poste.it/azienda/chiamo/statuto.shtml#>

*e nomina uno o più liquidatori, fissandone poteri e compensi”.*

Ciò senza contare dell’ulteriore peculiarità (a fugare ogni ulteriore dubbio) rappresentata dall’espresso riferimento alla progressiva privatizzazione sostanziale cui risponde la trasformazione<sup>224</sup>.

F) ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO S.P.A.

La costituzione mediante trasformazione dell’Istituto Poligrafico e della Zecca dello Stato<sup>225</sup> secondo il modello s.p.a.<sup>226</sup> è il risultato della disposizione contenuta nell’art. 1 D.Lgs. 116/1999, a propria volta emanato onorando la delega contenuta nella L. n. 59 del 1997 (artt. 11 e 14).

Partendo da tale ultima legge può, anzitutto osservarsi quanto segue. L’art. 11 della L. 59/1997 ha stabilito, alla lett. B del co. 1 che *“Il Governo è delegato ad emanare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi diretti a: [...] b) riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dalla 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”*. L’art. 14, alla lett. a) e b) del co. 1 ha previsto inoltre che *“Nell’attuazione della delega di cui alla*

---

<sup>224</sup> L’evidenza normativa de qua si rivela significativa, considerando che la stessa dottrina amministrativistica dà rilievo alle società sin dall’origine destinate alla privatizzazione sostanziale, a prescindere dal fatto che poi essa sia stata o meno condotta. Cfr. supra nota 129.

<sup>225</sup> Originariamente istituito con L. 2744/1928.

<sup>226</sup> Su cui in giurisprudenza si v. Cass., 21 giugno 1988, n. 4222, in Giur. Comm., 1988, pag. 847, che si è espressa nel senso della natura di ente pubblico non economico, in considerazione della prevalenza dell’attività pubblicistica rispetto a quella imprenditoriale. Ma oggi, cfr. l’art. 1, 2° comma, l. 13 luglio 1996, n. 559, così come modificato dall’art. 1, d.lgs. 21 aprile 1999, n. 116, per il quale *“sino alla trasformazione in società per azioni l’Istituto conserva la personalità giuridica di ente pubblico economico”*



*lettera b) del comma 1 dell'articolo 11, il Governo perseguirà l'obiettivo di una complessiva riduzione dei costi amministrativi e si atterrà, oltreché ai principi generali desumibili dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, dall'articolo 3, comma 6, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, ai seguenti principi e criteri direttivi: a) fusione o soppressione di enti con finalità omologhe o complementari, trasformazione di enti per i quali l'autonomia non sia necessaria o funzionalmente utile in ufficio dello Stato o di altra amministrazione pubblica, ovvero in struttura di università, con il consenso della medesima, ovvero liquidazione degli enti inutili; per i casi di cui alla presente lettera il Governo è tenuto a presentare contestuale piano di utilizzo del personale ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera s), in carico ai suddetti enti; b) 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 è 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 è tenuto a presentare contestuale piano di utilizzo del personale ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera s), in carico ai suddetti enti".*

In esecuzione dei richiamati principi della legge delega, il D.Lgs. 116/1999 ha previsto come segue *"L'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, di seguito denominato anche Istituto, è trasformato in società per azioni entro il 31 dicembre 2001, previa verifica dei necessari requisiti economici e patrimoniali e approvazione di un piano triennale d'impresa da parte del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, comprensivo del piano riguardante la gestione del patrimonio immobiliare"*.

Si precisa, poi, che *"le azioni della società derivante dalla trasformazione dell'Istituto sono attribuite al Tesoro dello Stato"*, non

alludendo ad una possibile successiva fase di privatizzazione formale. Tant'è che, ancor oggi, l'intero capitale della società in discorso è detenuto dal Ministero dell'economia e delle finanze<sup>227 228</sup>.

G) EUR S.P.A.

EUR s.p.a. è stata costituita secondo il modello, appunto della s.p.a., soppiantando il precedente (ed originario) "Ente autonomo

<sup>227</sup> [http://www.dt.mef.gov.it/it/finanza\\_privatizzazioni/partecipazioni/](http://www.dt.mef.gov.it/it/finanza_privatizzazioni/partecipazioni/) .

<sup>228</sup> Non possono al contempo essere trascurate una norma che, nel conformare l'organizzazione dell'ente, richiama espressamente diverse disposizioni dettate in tema di società per azioni. Tra queste, ad es., l'art. 7, ove si precisa quanto segue "Art. 7. - 1. L'articolo 14 della legge 13 luglio 1966, n. 559, e successive modifiche ed integrazioni, è sostituito dal seguente: "Art. 14. - 1. Il consiglio di amministrazione: a) delibera gli indirizzi generali e il programma annuale di attività; b) delibera i bilanci dell'Istituto; c) delibera il conferimento dell'incarico a società di revisione per la certificazione del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato; d) formula gli indirizzi programmatici generali relativi alle società partecipate; e) delibera, in via generale, le linee organizzative dell'Istituto e gli indirizzi per la gestione delle risorse umane, ivi compresi i criteri per le assegnazioni e i trasferimenti del personale; f) delibera, su proposta del presidente, l'assunzione e le relative modalità, nonché la risoluzione del rapporto di lavoro del direttore generale; g) delibera le modalità di assunzione del personale, secondo criteri e procedure che garantiscano la trasparenza delle scelte e l'efficienza dei servizi; h) autorizza l'acquisto, l'alienazione e la permuta dei beni immobili, l'accensione di mutui e la costituzione di diritti reali sui beni di proprietà; i) delibera l'assunzione di obbligazioni e la prestazione di ogni forma di garanzia; l) delibera l'utilizzo del fondo di riserva speciale di cui al quarto comma dell'articolo 22; m) autorizza le azioni giudiziarie e le transazioni; n) delibera, su proposta del presidente, nelle materie di cui agli articoli 2364 e 2365 del codice civile, la volontà dell'Istituto da esprimersi nelle assemblee delle società nelle quali l'Istituto detiene direttamente partecipazioni superiori al venti per cento del capitale sociale; o) delibera sull'acquisto e sulla dismissione di partecipazioni; p) determina i limiti di somma entro i quali il presidente e il direttore generale autorizzano le spese. 2. Per le materie riguardanti la "Sezione Zecca", il consiglio di amministrazione può avvalersi della consulenza di un comitato composto dal direttore della "Sezione Zecca" e da due esperti designati dal consiglio medesimo all'inizio di ciascun anno. 3. Il consiglio di amministrazione, nei limiti di cui all'articolo 2381 del codice civile, può delegare proprie attribuzioni al presidente. 4. Dell'esercizio delle deleghe ad esso attribuite il presidente è tenuto a riferire al consiglio di amministrazione, secondo le modalità e nei tempi da questo stabiliti. 5. La deliberazione indicata alla lettera b) del comma 1 e' sottoposta all'approvazione del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, con le modalità di cui all'articolo 23. Trascorsi novanta giorni dal ricevimento della predetta deliberazione da parte del Ministero vigilante, i bilanci si intendono approvati. Qualora siano formulate osservazioni, il termine è interrotto e ricomincia a decorrere per intero, per una sola volta, a partire dalla data in cui le risposte dell'istituto pervengono allo stesso Ministero vigilante".

esposizione universale di Roma” (istituito con L. n. 2174/1936), a seguito della delega trasmessa al Governo dall’art. 11 della L. n. 59/1997<sup>229</sup>. Tale fonte, invero, deve essere letta in una al mancato riferimento a qualsivoglia forma di privatizzazione cui, anche solo in chiave prospettica, la società fosse rivolta.

L’art. 1 del D.Lgs. n. 304/1999 ha dato esecuzione alla delega, disponendo che *“L’Ente autonomo esposizione universale di Roma, istituito con legge 26 dicembre 1936, n. 2174, di seguito “ente EUR”, è trasformato in società per azioni con la denominazione di “EUR S.p.a.”, con le modalità previste dal presente decreto ed entro il termine di sei mesi dalla sua entrata in vigore”*. A termini di legge, il capitale di cui è stata dotata è suddiviso tra il Comune di Roma ed il Ministero dell’economia e delle finanze (ma i diritti dell’azionista sono esercitati sotto le direttive impartite dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri: art. 2 co. 2)<sup>230 231</sup>.

---

<sup>229</sup> Che, come accennato, così ha disposto: *“Il Governo è delegato ad emanare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi diretti a: a) razionalizzare l’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri e dei Ministeri, anche attraverso il riordino, la soppressione e la fusione di Ministeri, nonché di amministrazioni centrali anche ad ordinamento autonomo; b) riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dalla 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; c) riordinare e potenziare i meccanismi e gli strumenti di monitoraggio e di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell’attività svolta dalle amministrazioni pubbliche; d) riordinare e razionalizzare gli interventi diretti a promuovere e sostenere il settore della ricerca scientifica e tecnologica nonché gli organismi operanti nel settore stesso”*.

<sup>230</sup> L’oggetto sociale viene fissato dall’art. 3, ove si prevede che *“rientrano, in particolare, nell’oggetto sociale della società EUR S.p.a., approvato a norma del comma 4 dell’articolo 1, la gestione e la valorizzazione del complesso dei beni di cui la società è titolare. Nell’ambito di tali attività è compresa l’utilizzazione dei beni immobili per la promozione ovvero per l’organizzazione di iniziative nel campo congressuale espositivo, artistico, sportivo e ricreativo, ivi inclusi i servizi connessi a dette attività”*.

<sup>231</sup> Consultabile sul sito internet <http://www.eurspa.it/sites/default/files/statuto-eur-spa.pdf>. Lo statuto (approvato dall’assemblea costituita, come detto, dagli azionisti Comune di Roma e Ministero dell’economia e delle finanze), ad ogni modo registra la presenza (comune anche ad altri casi) di due disposizioni (di là da quella contenuta nell’art. 28, di generale rinvio alle norme del codice civile)

H) ANAS S.P.A.

L'Ente nazionale per le strade (istituito originariamente dal D.Lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, e dotato, a termini dell'art. 1, co. 1, di personalità giuridica di diritto pubblico) è stato oggetto di trasformazione in s.p.a. con D.L. 8 luglio 2002 n. 138. L'art. 7 del richiamato D.L. prevede, in particolare, che *"in attuazione delle disposizioni contenute nel capo III del titolo III della legge 28 dicembre 2001, n. 448, e per assicurare l'urgente realizzazione degli obiettivi ivi previsti, l'Ente nazionale per le strade ANAS è trasformato in società per azioni con la denominazione di: ANAS Società per azioni - anche ANAS"*<sup>232</sup>. A propria volta, l'art. 28 della L. 28 dicembre 2011, n. 448, ha stabilito che *"al fine di conseguire gli obiettivi di stabilità e crescita, di ridurre il complesso della spesa di funzionamento delle amministrazioni pubbliche, di incrementarne l'efficienza e di migliorare la qualità dei servizi, con uno o più regolamenti [...] su proposta dei Ministri dell'economia e delle finanze e per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro interessato, individua gli enti pubblici, le amministrazioni, le agenzie e gli altri organismi ai quali non siano affidati compiti di garanzia di diritti di rilevanza costituzionale [...] disponendone la trasformazione in società per azioni o in fondazioni di diritto privato"*. Significativamente, poi, il medesimo art. 28 ha escluso taluni enti da tale processo di trasformazione, individuandoli sulla base dell'attività

---

particolarmente significative: l'art. 3, secondo il quale *"la società ha durata fino al 31 dicembre 2100, che potrà essere prorogata con deliberazione dell'Assemblea straordinaria dei soci"* e l'art. 27, ove si stabilisce che *"in caso di scioglimento della società, l'Assemblea determina le modalità della liquidazione e i criteri in base ai quali deve svolgersi e nomina uno o più liquidatori, fissandone i poteri e i compensi"*.

<sup>232</sup> La trasformazione, a termini del medesimo art. 7, co. 1, ult. inc., avrebbe avuto effetto *"dalla data dell'assemblea di cui al comma 7"*, il quale ultimo precisa che *"l'approvazione dello statuto e la nomina dei componenti degli organi sociali previsti dallo statuto stesso sono effettuati dalla prima assemblea che viene convocata, a cura dell'amministratore dell'Ente nazionale per le strade - ANAS, entro trenta giorni dalla emanazione dei decreti di cui al comma 4"*.

esercitata dai medesimi, allorché fosse coincidente con esigenze “di primario interesse nazionale”, ovvero relative alla difesa ed alla salute pubblica.

In dottrina, tale ultimo provvedimento di legge (D.L. 448/2001), è stato considerato, in effetti, strumento per giungere alla privatizzazione, anche sostanziale, degli enti che non fossero attivi in ambiti coincidenti con esigenze di rilievo costituzionale o “primario interesse nazionale”<sup>233</sup>.

Gli è che, in ogni caso, ancora ad oggi (e per la verità anche in ossequio all’art. 7 co. 6 del D.L. 138/2002) la totalità delle azioni è attribuita al Ministero dell’economia e delle finanze<sup>234</sup>, che esercita i diritti dell’azionista di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Numerosi sono, invero, gli argomenti addotti a sostegno del carattere pubblicistico dell’ente nonostante l’impiego dell’acronimo s.p.a. e, tra questi, la riassegnazione – con contratto di servizio – all’ente “trasformato” dei medesimi compiti di cui era destinatario prima della trasformazione, la pubblicazione del decreto che tiene luogo degli adempimenti pubblicitari societari e l’assoggettamento della realizzazione dei piani operativi ed economico finanziari ad una complessa fase di approvazione (che coinvolge anche chi, a rigore di legge, non esercita i diritti dell’azionista)<sup>235</sup>; nessuno di questi appare

---

<sup>233</sup> FARES, La soppressione degli enti pubblici nella finanziaria 2003, in *Studium Iuris*, 2003, pagg. 291 ss.

<sup>234</sup> Fonte: [http://www.dt.mef.gov.it/it/finanza\\_privatizzazioni/partecipazioni/](http://www.dt.mef.gov.it/it/finanza_privatizzazioni/partecipazioni/).

<sup>235</sup> GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società ‘legali’ in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., pagg. 111-112; ma, per quanto riguarda i compiti “riassegnati”, nel senso dell’irrelevanza di tale riassegnazione, FRENI, *La trasformazione degli enti pubblici*, Torino, 2004, pagg. 62 ss. In argomento anche DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, pagg. 391 ss.

decisivo, tantomeno il riferimento espresso contenuto nello Statuto<sup>236</sup> di ANAS - la cui approvazione, è rimessa al Ministero dell'Economia e delle finanze di concerto col Ministero delle infrastrutture - che specifica che *“la Società è organismo di diritto pubblico, ai sensi dei decreti legislativi 358/92 e 157/95, e dell'art. 2, co. 7, lett. a), della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche”*, stante il contenuto, per così dire trasversale, che notoriamente possiede la nozione, di derivazione comunitaria, di organismo di diritto pubblico<sup>237</sup>.

#### I) CASSA DEPOSITI E PRESTITI S.P.A.

L'ente Cassa depositi e prestiti, storico istituto fondato nel 1850, è stato trasformato, con il d.l. n. 269/2003 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326/2003), in società per azioni, dopo vicende alterne che ne avevano già riformato l'organizzazione. In particolare l'art. 5 del citato d.l. ha previsto anzitutto che *“le azioni della CDP S.p.A. sono attribuite allo Stato, che esercita i diritti dell'azionista ai sensi dell'articolo 24, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300; non si applicano le disposizioni dell'articolo 2362 del codice civile. Le fondazioni di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e altri soggetti pubblici o privati possono detenere quote complessivamente di*

<sup>236</sup> Fonte: [http://www.stradeanas.it/index.php?/content/index/arg/documenti\\_societari](http://www.stradeanas.it/index.php?/content/index/arg/documenti_societari).

<sup>237</sup> Nozione, questa, che trova origine nella normativa europea in materia di appalti, dettata in funzione della creazione di condizioni di mercato aperto ed in libera concorrenza; per ora sia consentito il rinvio a CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Riv. it. Dir. pubbl. com., 2006, pagg. 747 ss. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in Riv. it. Dir. pubbl. com., 2004, pagg. 275 ss. Contra, sul presupposto che “appare corretto ritenere che sulla “attività sostanzialmente amministrativa dal medesimo [Organismo di diritto pubblico, n.d.r.] svolta si innestano i tipici principi della funzione”, ossia “imparzialità, trasparenza, buon andamento” come predicati dell'azione amministrativa, DELLA SCALA, sub vocem Organismo di diritto pubblico, in Dig. Disc. Pubbl., Torino, 2010, pagg. 347 ss..

*minoranza del capitale della CDP S.p.A.*"<sup>238</sup>.

L'approvazione del relativo statuto iniziale segue il procedimento dell'adozione su proposta del ministro dell'economia e finanze, con decreto di natura non regolamentare del Presidente del Consiglio dei ministri, benché le successive modifiche statutarie siano poi sottoposte ai procedimenti regolati dal codice civile, nei limiti ovviamente, dell'oggetto sociale, individuato eteronomamente dal comma 7 dell'art. 5 citato; esso prevede infatti che la società finanzia, sotto qualsiasi forma, "lo Stato, le regioni, gli enti locali, gli enti pubblici e gli organismi di diritto pubblico, utilizzando fondi rimborsabili sotto forma di libretti di risparmio postale e di buoni fruttiferi postali, assistiti dalla garanzia dello Stato e distribuiti attraverso Poste italiane S.p.A. o società da essa controllate, e fondi provenienti dall'emissione di titoli, dall'assunzione di finanziamenti e da altre operazioni finanziarie, che possono essere assistiti dalla garanzia dello Stato". Utilizzo dei fondi "consentito anche per il compimento di ogni altra operazione di interesse pubblico prevista dallo statuto sociale della CDP S.p.A., nei confronti dei medesimi soggetti". Per la conduzione di tali attività il legislatore ha previsto l'istituzione di "un sistema separato ai soli fini contabili ed organizzativi, la cui gestione è uniformata a criteri di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio economico. Sono assegnate alla gestione separata le partecipazioni e le attività ad essa strumentali, connesse e accessorie, e le attività di assistenza e di consulenza" in favore dei soggetti summenzionati. È interessante a tal proposito sottolineare come, sulla gestione separata, al Ministro dell'Economia e finanze spettino il potere di indirizzo, nonché a) l'elaborazione dei criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche dei libretti di risparmio postale, dei

---

<sup>238</sup> Il che esclude, secondo GRUNER (*Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit. pag. 113) che vi possa essere privatizzazione sostanziale.

buoni fruttiferi postali, dei titoli, dei finanziamenti e delle altre operazioni finanziarie assistiti dalla garanzia dello Stato; per la definizione delle condizioni generali ed economiche degli impieghi, nel rispetto dei principi di accessibilità, uniformità di trattamento, predeterminazione e non discriminazione; delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, contratti e comunicazioni periodiche; dell'individuazione delle operazioni ammissibili a finanziamento.

Accanto a tale fine istituzionale, il legislatore ne pone un altro, ovvero il finanziamento – sempre sotto qualsiasi forma – delle opere, degli impianti, delle reti e delle dotazioni *“destinati alla fornitura di servizi pubblici ed alle bonifiche, utilizzando fondi provenienti dall'emissione di titoli, dall'assunzione di finanziamenti e da altre operazioni finanziarie, senza garanzia dello Stato e con preclusione della raccolta di fondi a vista”*, raccolta peraltro effettuata esclusivamente presso investitori istituzionali<sup>239</sup>.

Infine, giova evidenziare come ai sensi del comma 17 dell'art. 5 citato la società è sottoposta al controllo della Corte dei Conti.

---

<sup>239</sup> L'articolo 7, comma 1, del D.L. 31 marzo 2011, n. 34 ha inserito all'articolo 5 citato un comma 8 bis secondo il quale Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. può altresì *“assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese, e che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività. Ai fini della qualificazione di società di interesse nazionale, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di natura non regolamentare sono definiti i requisiti, anche quantitativi, delle società oggetto di possibile acquisizione da parte di CDP S.p.A. ai sensi del presente comma. Il decreto è trasmesso alle Camere. Le medesime partecipazioni possono essere acquisite anche attraverso veicoli societari o fondi di investimento partecipati da CDP S.p.A. ed eventualmente da società private o controllate dallo Stato o enti pubblici. Nel caso in cui dette partecipazioni siano acquisite mediante utilizzo di risorse provenienti dalla raccolta postale, le stesse sono contabilizzate nella gestione separata di cui al comma 8”*.



## 2.2. – LE SOCIETÀ LEGALI COSTITUITE EX NOVO.

Come anticipato, è registrabile un sempre maggiore impiego delle società che, non precedute da un ente pubblico che vi si trasforma, il legislatore congeda e istituisce con provvedimento di legge. Ci si limiterà, in questa sede, ad esporre quelle peculiarità utili ai nostri fini, solo di alcune di esse, quelle più significative, rinviando in nota all'illustrazione delle altre<sup>240</sup>.

### A) ARCUS S.P.A.

La società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo è stata istituita, in forma di società per azioni, con l'art. 10 della l. n. 352/1997, al fine di promuovere e sostenere sotto il profilo "*finanziario, tecnico-economico ed organizzativo, progetti e altre iniziative di investimento per la realizzazione di interventi di restauro, recupero e valorizzazione dei beni culturali*" (art. 1 comma 1).

Sotto il profilo organizzatorio la società è stata sottoposta a diversi interventi legislativi che ne hanno radicalmente modificato l'organizzazione oggi strutturata con un consiglio d'amministrazione

---

<sup>240</sup> SIMEST s.p.a., costituita con L. 100 del 1990 (art. 1); ITALIA LAVORO s.p.a., nata su impulso della Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 13 maggio 1997 a termini dell'art. 5 del D.L. 149/1993 (conv. con L. 237/1993). Si deve segnalare, in proposito, la decisione assunta dalla Corte Costituzionale nella Sentenza n. 363 del 2003 (consultabile su <http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0363s-03.html>), con la quale la Consulta ha specificato che Italia Lavoro - in considerazione della totale partecipazione pubblica, dei poteri di indirizzo spettanti agli organi del Governo, nonché della predeterminazione eteronoma di compiti e delle funzioni pubblica che la stessa società è chiamata a perseguire - faccia parte dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa dello Stato; AGENZIA NAZIONALE PER L'ATTRAZIONE DEGLI INVESTIMENTI E LO SVILUPPO DELL'IMPRESA s.p.a., costituita con la denominazione DI SVILUPPO ITALIA S.P.A. con D.Lgs. 1/1999 (art. 1), poi ridenominata come indicato, dall'art. 1, co. 460, della L. n.296/2006; CONSIP - CONCESSIONARIA DEI SERVIZI INFORMATIVI PUBBLICI s.p.a., la cui istituzione è stata prevista dall'art. 1, co. 1 e 2, D.Lgs. 414/1997 e successivamente costituita con Decreti del ministero del Tesoro e del Bilancio e della Programmazione Economia del 22 dicembre 1997 e del 17 giugno 1998;

composto da sette membri, compreso il presidente, nominati con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti<sup>241</sup>. Il collegio sindacale della società, nominato con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, è invece composto da tre membri effettivi di cui uno con funzioni di presidente, e due supplenti<sup>242</sup>. All'interno della società il Ministero per i beni e le attività culturali esercita i diritti dell'azionista d'intesa, con il Ministero dell'economia e delle finanze, per quanto riguarda i profili patrimoniali e finanziari; inoltre, le azioni che costituiscono il capitale sociale sottoscritto dal Ministero dell'economia e delle finanze sono inalienabili<sup>243</sup>. Come già rilevato per altre società esaminate, anche la Arcus è sottoposta al controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei Conti.

Peraltro la società sarà posta in liquidazione a partire dal 1° gennaio 2014, in base ad una procedura che prevede la nomina, con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali (di concerto con il Ministro

---

<sup>241</sup> Art. 10, comma 6, del vigente testo della legge 352/1997, secondo il quale, peraltro, tre dei componenti del consiglio sono nominati su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze. Il presidente è nominato sentite le competenti Commissioni permanenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Originariamente l'art. 10 comma 8 della legge 352/1997 disponeva al riguardo "il consiglio di amministrazione della Società è composto da nove membri, cinque dei quali, compreso il presidente, nominati dal Presidente del Consiglio dei Ministri. La nomina ha luogo, quanto a tre dei membri, compreso il presidente, su proposta del Ministro per i beni culturali e ambientali, e, quanto agli altri due, su proposta del Ministro del tesoro. Le nomine sono preventivamente comunicate alle competenti Commissioni parlamentari".

<sup>242</sup> Il presidente e uno dei membri effettivi sono designati dal Ministro dell'economia e delle finanze.

<sup>243</sup> Cfr. art. 10 comma 3 della summenzionata legge. Giova evidenziare che il citato comma dispone altresì che al capitale sociale della Società possono partecipare le regioni, gli enti locali e altri soggetti pubblici e privati, tramite acquisto di azioni di nuova emissione, per un importo non superiore al 60 per cento del capitale sociale sottoscritto dallo Stato.

dell'economia e delle finanze e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), di un commissario liquidatore, avente il compito "di procedere alla liquidazione della Società e di portare a conclusione esclusivamente le attività in corso di svolgimento". Tutti i beni residuanti dalla liquidazione della Società saranno trasferiti al Ministero per i beni e le attività culturali, che subentrerà in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi già facenti capo alla Società. Soprattutto, alla procedura di liquidazione si applicheranno, in quanto non derogate, le disposizioni del codice civile in materia di liquidazione delle società di capitali<sup>244</sup>.

B) *GESTORE MERCATI ENERGETICI S.P.A.*

La società Gestore del Mercato s.p.a. è stata costituita in forma di società per azioni, in virtù del disposto di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 79/1999, per la gestione economica del mercato elettrico. L'istituzione della società si è resa necessaria nel quadro del recepimento della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica<sup>245</sup> (peraltro successivamente sostituita dalla direttiva 2003/54/CE, che ha abrogato la precedente, e che ha imposto al legislatore nazionale un nuovo recepimento, con l'adozione della legge n. 239/2004, che ha modificato il precedente regime in vigore) ed

---

<sup>244</sup> Cfr. l'articolo 12, commi 24-28, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95.

<sup>245</sup> Cfr. SORACE, Il modello di regolazione dell'energia: profili generali, Relazione al Convegno su Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, Firenze, 5 maggio 2006. Il legislatore ha infatti dato attuazione alla direttiva comunitaria 96/92/CE liberalizzando il settore elettrico, là dove possibile, sotto il profilo tecnico-economico delle attività da esso gestite, istituendo anche un'Autorità indipendente di regolazione settoriale per governare la transizione dal monopolio alla concorrenza.

Il processo di liberalizzazione è andato così a modificare un settore tradizionalmente in mano a imprese pubbliche operanti in regime di monopolio, secondo indirizzi politici di governo.

invero oggetto sociale, ai sensi del primo comma, è la gestione economica del mercato dell'eltricità *“secondo criteri di neutralità, trasparenza, obiettività, nonché di concorrenza tra produttori, assicurando altresì la gestione economica di un'adeguata disponibilità della riserva di potenza”*. Dunque, nello specifico, alla società spetta la determinazione del prezzo di equilibrio e l'ordine di attivazione delle centrali che immetteranno l'elettricità nella rete.

Peculiare è la formula istitutiva prescelta dal legislatore; si legge infatti nel citato articolo 5 che *“il gestore del mercato è una società per azioni, costituita dal gestore della rete di trasmissione nazionale entro nove mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Esso organizza il mercato stesso secondo criteri di neutralità, trasparenza, obiettività, nonché di concorrenza tra produttori, assicurando altresì la gestione economica di un'adeguata disponibilità della riserva di potenza.”*.

Lo Stato, per il tramite di tale soggetto, è così presente in un'attività della filiera elettrica che, a norma dell'art. 1 del D.Lgs. 79/1999, dovrebbe essere completamente libera, ma che di fatto vede una presenza dello Stato nella gestione degli scambi di energia elettrica a motivo della destinazione sociale, e quindi pubblica, del bene che ne costituisce l'oggetto)<sup>246</sup>.

In tale quadro, con decreto ministeriale del Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato (oggi ministero dello sviluppo economico), sentita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, è stata elaborata la disciplina del mercato, che prevede anche quali compiti siano affidati al gestore del mercato in ordine al bilanciamento della domanda e dell'offerta.

---

<sup>246</sup> Cfr. CRISMANI, FONDA, *Il funzionamento del mercato elettrico. Considerazioni alla luce delle recenti modifiche normative*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, n. 6, pagg. 901 ss.

## C) AGECONTROL S.P.A.

L'Agazia per i controlli e le azioni comunitarie nel quadro del regime di aiuto alla produzione dell'olio di oliva (AGE-Control S.p.a.) è stata istituita con legge n. 887/1984, *"nella forma di società per azioni con personalità di diritto pubblico"* in attuazione all'art. 1 del regolamento 17 luglio 1984, n. 2262/84, del Consiglio delle Comunità europee, per l'effettuazione di controlli nel settore degli aiuti comunitari alla produzione dell'olio di oliva, dotate di adeguata autonomia finanziaria ed operativa.

Il relativo capitale sociale è stato sottoscritto dal Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste, dall'A.I.M.A. (Azienda di Stato per gli Interventi nel Mercato Agricolo oggi AGEA - Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura) e dall'INEA (Istituto Nazionale di Economia Agraria). Con il d.lgs. n. 99/2004 la proprietà è stata integralmente trasferita all'AGEA, attuale Azionista Unico di AGECONTROL. Il relativo finanziamento è assicurato dal Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, attraverso l'utilizzo dei fondi stanziati nel Bilancio dello Stato e dall'AGEA.

Trattasi di una peculiare forma di società per azioni, giacché in parte disciplinata da fonti comunitarie, come si evince dall'art. 1 del d.l. n. 701/1986, convertito con modificazioni nella l. n. 898/1986, secondo cui essa assolve alle *"pubbliche funzioni di controllo ad essa assegnati dai regolamenti CEE n. 2262 del Consiglio in data 17 luglio 1984 e n. 27 della Commissione in data 4 gennaio 1985"*. Le stesse fonti sovranazionali ne hanno disciplinato struttura organizzazione e gestione, comprese la predisposizione e l'approvazione del bilancio e del programma di attività, la selezione e la formazione del personale e la vigilanza del

Ministero dell'agricoltura e delle foreste e della commissione delle Comunità europee. L'articolo citato ha invece rinviato alle norme nazionali sulle società per azioni per gli aspetti da questi non regolati.

A seguito di una serie di interventi normativi, volti a modificare l'oggetto sociale dell'Agecontrol, essa svolge oggi controlli, sull'ortofrutta per verificarne la conformità sul mercato interno, sui prodotti destinati all'import/export, nonché sui soggetti cui AGEA delega specifici compiti o servizi; gestisce gli aspetti sanzionatori, ed ha una serie di funzioni legate alle comunicazioni obbligatorie e alle domande di autorizzazione all'uso del logo comunitario ed all'autocontrollo.

D) RAI S.P.A.

La società Radio televisione italiana Spa, già disciplinata dalla legge n. 103/1975, ha da sempre presentato profili problematici per il ruolo che nell'ambito gestionale, lo Stato ha ricavato. L'articolo 3 della menzionata legge disponeva che *"Il Governo può provvedere al servizio pubblico della radio e della televisione con qualsiasi mezzo tecnico, mediante atto di concessione ad una società per azioni a totale partecipazione pubblica sentita la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi. La concessione importa di diritto l'attribuzione alla concessionaria della qualità di società di interesse nazionale, ai sensi dell'art. 2461 del codice civile"*<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> Al riguardo la dottrina formulò numerosi rilievi poiché gli articoli da 8 a 12 della legge n. 103/1975 prevedevano una disciplina organizzatoria della società concessionaria fortemente derogatoria delle norme codicistiche, soprattutto in relazione al consiglio di amministrazione della Società, i cui 16 membri erano così eletti: sei dall'assemblea dei soci; dieci "dalla Commissione parlamentare con la maggioranza di tre quinti dei suoi componenti, dei quali 4 scelti sulla base delle designazioni effettuate dai consigli regionali. Ciascun consiglio regionale designa da uno a tre nominativi nei trenta giorni anteriori alla scadenza del consiglio di amministrazione e, nella prima attuazione della presente legge, entro quindici

Nel 2004, in vista dell'avvio della privatizzazione sostanziale della società, nonché della riforma di sistema necessaria in vista del passaggio alla tecnica digitale, la legge n. 112/2004 ha profondamente innovato il sistema di governance aziendale. Le disposizioni ivi contenute, confluite nel Testo Unico della radiotelevisione (d.lgs. n. 177/2005), hanno dettato una disciplina generale inerente termine della concessione, struttura, organizzazione e oggetto sociale della concessionaria del servizio pubblico. Al riguardo giova tuttavia precisare che l'art. 49 del TU prevede due regimi, il primo destinato a valere sino alla completa dismissione delle azioni possedute dallo Stato, il secondo, a norma del comma 10, applicabile a partire dal novantesimo giorno successivo alla data di chiusura della prima offerta pubblica di vendita, effettuata ai sensi dell'articolo 21, comma 3, della legge 3 maggio 2004, n. 112. "Ove, anteriormente alla predetta data, sia necessario procedere alla nomina del consiglio di amministrazione, per scadenza naturale del mandato o per altra causa, a ciò si provvede secondo le procedure di cui ai commi 7 e 9", ovvero secondo la disciplina che appresso si vedrà. Ed infatti il consiglio di amministrazione, composto da nove membri, è nominato dall'assemblea e svolge anche funzioni di controllo e di garanzia circa il corretto adempimento delle finalità e degli obblighi del servizio

---

giorni dalla sua entrata in vigore. Trascorsi i termini, la Commissione procede sulla base delle designazioni pervenute". Su questo assetto intervennero poi norme successive, soprattutto negli anni novanta, che resero ulteriormente anomala la struttura della società. Si vedano, al riguardo, NIGRO, Sulla natura giuridica della Rai-Radiotelevisione italiana, in Cons. St., 1977, II, pagg. 785 ss.; VISENTINI, Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale, Milano, 1979; FRAGOLA, Radiotelevisione, in Nuovissimo Digesto italiano, VI App., Torino, 1986, pagg. 264 ss.

pubblico generale radiotelevisivo<sup>248</sup>, ma il meccanismo di nomina viene influenzato dalla quota statale delle azioni della società. Invero, fin quando il numero delle azioni alienate sul mercato non superi la quota del 10% del capitale della Rai s.p.a.<sup>249</sup>, la commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi continua a indicare sette dei nove membri del CdA, mentre i restanti due - tra cui il Presidente - vengono nominati dal socio di maggioranza, ovvero il Governo (il Ministero dell'Economia e Finanze detiene tutt'ora il 99,55% del capitale sociale, mentre il restante 0,45% è posseduto dalla SIAE)<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> Possono essere nominati membri del consiglio di amministrazione i soggetti aventi i requisiti per la nomina a giudice costituzionale ai sensi dell'articolo 135, secondo comma, della Costituzione o, comunque, persone di riconosciuto prestigio e competenza professionale e di notoria indipendenza di comportamenti, che si siano distinte in attività economiche, scientifiche, giuridiche, della cultura umanistica o della comunicazione sociale, maturandovi significative esperienze manageriali. Ove siano lavoratori dipendenti vengono, a richiesta, collocati in aspettativa non retribuita per la durata del mandato. Il mandato dei membri del consiglio di amministrazione dura tre anni e i membri sono rieleggibili una sola volta.

<sup>249</sup> Al riguardo il comma 9 dispone che "fino a che il numero delle azioni alienato non superi la quota del 10 per cento del capitale della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, in considerazione dei rilevanti ed imprescindibili motivi di interesse generale connessi allo svolgimento del servizio pubblico generale radiotelevisivo da parte della concessionaria, ai fini della formulazione dell'unica lista di cui al comma 7, la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi indica sette membri eleggendoli con il voto limitato a uno; i restanti due membri, tra cui il presidente, sono invece indicati dal socio di maggioranza. La nomina del presidente diviene efficace dopo l'acquisizione del parere favorevole, espresso a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi. In caso di dimissioni o impedimento permanente del presidente o di uno o più membri, i nuovi componenti sono nominati con le medesime procedure del presente comma entro i trenta giorni successivi alla data di comunicazione formale delle dimissioni presso la medesima Commissione".

<sup>250</sup> Dispone il comma 6 dell'art. 49 citato, che "l'elezione degli amministratori avviene mediante voto di lista. A tale fine l'assemblea è convocata con preavviso, da pubblicare ai sensi dell'articolo 2366 del codice civile, non meno di trenta giorni prima di quello fissato per l'adunanza; a pena di nullità delle deliberazioni ai sensi dell'articolo 2379 del codice civile, l'ordine del giorno pubblicato deve contenere



La nomina del presidente diviene efficace solo a seguito dell'acquisizione del parere favorevole della citata commissione parlamentare<sup>251</sup>, espresso a maggioranza dei due terzi dei suoi

---

tutte le materie da trattare, che non possono essere modificate o integrate in sede assembleare; le liste possono essere presentate da soci che rappresentino almeno lo 0,5 per cento delle azioni aventi diritto di voto nell'assemblea ordinaria e sono rese pubbliche, mediante deposito presso la sede sociale e annuncio su tre quotidiani a diffusione nazionale, di cui due economici, rispettivamente, almeno venti giorni e dieci giorni prima dell'adunanza. Salvo quanto previsto dal presente articolo in relazione al numero massimo di candidati della lista presentata dal Ministero dell'economia e delle finanze, ciascuna lista comprende un numero di candidati pari al numero di componenti del consiglio da eleggere. Ciascun socio avente diritto di voto può votare una sola lista. Nel caso in cui siano state presentate più liste, i voti ottenuti da ciascuna lista sono divisi per numeri interi progressivi da uno al numero di candidati da eleggere; i quozienti così ottenuti sono assegnati progressivamente ai candidati di ciascuna lista nell'ordine dalla stessa previsto e si forma un'unica graduatoria nella quale i candidati sono ordinati sulla base del quoziente ottenuto. Risultano eletti coloro che ottengono i quozienti più elevati. In caso di parità di quoziente, risulta eletto il candidato della lista i cui presentatori detengano la partecipazione azionaria minore. Le procedure di cui al presente comma si applicano anche all'elezione del collegio sindacale".

<sup>251</sup> Il direttore generale della RAI-Radiotelevisione italiana Spa è invece nominato, ai sensi del comma 11 dell'art. 49, dal consiglio di amministrazione, d'intesa con l'assemblea; il suo mandato ha la stessa durata di quello del consiglio. I suoi compiti, oltre a quelli stabiliti dallo Statuto, sono disciplinati dal comma 12. Egli dunque: risponde al consiglio di amministrazione della gestione aziendale per i profili di propria competenza e sovrintende alla organizzazione e al funzionamento dell'azienda nel quadro dei piani e delle direttive definiti dal consiglio; partecipa, senza diritto di voto, alle riunioni del consiglio di amministrazione; assicura, in collaborazione con i direttori di rete e di testata, la coerenza della programmazione radiotelevisiva con le linee editoriali e le direttive formulate dal consiglio di amministrazione; propone al consiglio di amministrazione le nomine dei vice direttori generali e dei dirigenti di primo e di secondo livello; assume, nomina, promuove e stabilisce la collocazione degli altri dirigenti, nonché, su proposta dei direttori di testata e nel rispetto del contratto di lavoro giornalistico, degli altri giornalisti e ne informa puntualmente il consiglio di amministrazione; provvede alla gestione del personale dell'azienda; propone all'approvazione del consiglio di amministrazione gli atti e i contratti aziendali aventi carattere strategico, ivi inclusi i piani annuali di trasmissione e di produzione e le eventuali variazioni degli stessi, nonché quelli che, anche per effetto di una durata pluriennale, siano di importo superiore a 2.582.284,50 euro; firma gli altri atti e contratti aziendali attinenti alla gestione della società; provvede all'attuazione del piano di investimenti, del piano finanziario, delle politiche del personale e dei piani di ristrutturazione, nonché dei progetti specifici approvati dal consiglio di amministrazione in materia di linea editoriale, investimenti, organizzazione aziendale, politica finanziaria e politiche del personale; trasmette al consiglio di amministrazione le informazioni utili per

componenti, in base ad un meccanismo che conferisce alla figura di vertice del CdA le caratteristiche di presidente di garanzia, “ma è altrettanto indubitabile che questo metodo di nomina, seppure formalmente riconducibile alla volontà del Parlamento nel suo insieme, in realtà è concepito in modo tale da assicurare la prevalenza in seno al CdA di esponenti della maggioranza governativa”<sup>252</sup>. La nomina del presidente del consiglio di amministrazione è effettuata dal consiglio nell’ambito dei suoi membri e diviene efficace dopo l’acquisizione del parere favorevole, espresso a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, della Commissione parlamentare per l’indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

Va in tale direzione anche il comma 7 dell’art. 49 citato, secondo il quale il *“rappresentante del Ministero dell’economia e delle finanze nell’assemblea, in sede di nomina dei membri del consiglio di amministrazione e fino alla completa alienazione della partecipazione dello Stato, presenta una autonoma lista di candidati, indicando un numero massimo di candidati proporzionale al numero di azioni di cui è titolare lo Stato. Tale lista è formulata sulla base delle delibere della Commissione parlamentare per l’indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi e delle indicazioni del Ministero dell’economia e delle finanze per l’immediata presentazione”*. Una interpretazione di stretto diritto dell’articolo 49 del TU imporrebbe, a questo punto, di riflettere sulla mancata entrata in

---

verificare il conseguimento degli obiettivi aziendali e l’attuazione degli indirizzi definiti dagli organi competenti ai sensi del presente testo unico.

<sup>252</sup> Cfr. GARDINI, LALLI (CUR.), *Per un’etica dell’informazione e della comunicazione. Giornalismo, radiotelevisione, new media, comunicazione pubblica*, Milano, 2009, p. 23, secondo cui la soluzione prospettata dalla legge riporta in capo all’Esecutivo un potere relevantissimo nella definizione dell’assetto e delle politiche della concessionaria pubblica, un fenomeno che la Corte costituzionale aveva voluto scongiurare già a partire dagli anni Settanta.

vigore di due commi di rilievo, il primo e il secondo, destinati a valere solo all'atto della dismissione della partecipazione statale al capitale. Il primo comma dispone che la Rai spa rimarrà concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo sino al 6 maggio 2016. Il secondo comma assoggetta, per quanto non espressamente derogato, la società alla disciplina comune. Questi due commi sarebbero dovuti entrare in vigore sin dal 2005, allorché, in base alle disposizioni della cosiddetta "Legge Gasparri" (legge 3 maggio 2004, n. 112), si sarebbe dovuta perfezionare la privatizzazione sostanziale della società, con l'alienazione della quota di partecipazione dello Stato<sup>253</sup> nella RAI-Radiotelevisione italiana Spa mediante offerta pubblica di vendita<sup>254</sup>.

Dismissione i cui tempi, modalità di presentazione, condizioni e altri elementi dell'offerta o delle offerte pubbliche di vendita sono deliberati dal CIPE. Secondo il quarto comma dell'articolo 21 una

---

<sup>253</sup> Secondo il penultimo comma dell'articolo menzionato, "i proventi derivanti dalle operazioni di collocamento sul mercato di azioni ordinarie della RAI-Radiotelevisione italiana Spa sono destinati per il 75 per cento al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato, di cui alla legge 27 ottobre 1993, n. 432, e successive modificazioni. La restante quota è destinata al finanziamento degli incentivi all'acquisto e alla locazione finanziaria di cui all'articolo 25, comma 7".

<sup>254</sup> I primi due commi dell'art. 21 esaminato, disciplinano la preliminare fusione per incorporazione della RAI-Radiotelevisione italiana Spa nella società RAI-Holding Spa, condicio sine qua non dell'alienazione delle azioni possedute dallo Stato. Si legge dunque che "ai fini di tale operazione, i termini di cui agli articoli 2501-ter, ultimo comma, 2501-septies, primo comma, e 2503, primo comma, del codice civile, sono dimezzati. Le licenze, autorizzazioni e concessioni di cui è titolare la RAI-Radiotelevisione italiana Spa saranno, per effetto della presente legge, trasferite di pieno diritto alla società incorporante, senza necessità di ulteriori provvedimenti. Per effetto dell'operazione di fusione di cui al comma 1, la società RAI-Holding Spa assume la denominazione sociale di "RAI-Radiotelevisione italiana Spa" e il consiglio di amministrazione della società incorporata assume le funzioni di consiglio di amministrazione della società risultante dalla fusione. Le disposizioni della presente legge relative alla RAI-Radiotelevisione italiana Spa si intenderanno riferite alla società risultante dall'operazione di fusione".

quota delle azioni alienate è riservata *“agli aderenti all’offerta che dimostrino di essere in regola da almeno un anno con il pagamento del canone di abbonamento”*, benchè poi tali azioni non possano essere alienate prima di diciotto mesi dalla data di acquisto.

Disposizione chiave dell’articolo, è la clausola di limitazione del possesso azionario, per *“imprescindibili motivi di interesse generale e di ordine pubblico connessi alla concessione del servizio pubblico generale radiotelevisivo affidata alla RAI-Radiotelevisione italiana Spa”*, inserita nello statuto della società, prevedendosi il limite massimo del possesso dell’uno per cento delle azioni aventi diritto di voto, in base al disposto di cui all’art. 3 del d.l. n. 332/1994, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474 (recante norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni)<sup>255</sup>. Sono, inoltre, vietati i patti di sindacato di voto o di blocco, o comunque gli accordi relativi alla modalità di esercizio dei diritti inerenti alle azioni della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, che

---

<sup>255</sup> L’art. 3 del d.l. 332/1994 citato nel provvedimento dispone invero che *“le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell’energia, dei trasporti, delle comunicazioni e degli altri pubblici servizi, nonché le banche e le imprese assicurative, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici anche territoriali ed economici, possono introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario non superiore, per le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei trasporti, delle comunicazioni, dell’energia e degli altri pubblici servizi, al cinque per cento, riferito al singolo socio, al suo nucleo familiare, comprendente il socio stesso, il coniuge non separato legalmente e i figli minori, ed al gruppo di appartenenza: per tale intendendosi il soggetto, anche non avente forma societaria, che esercita il controllo, le società controllate e quelle controllate da uno stesso soggetto controllante, nonché le società collegate; il limite riguarda altresì i soggetti che, direttamente o indirettamente, anche tramite controllate, società fiduciarie o interposta persona aderiscono anche con terzi ad accordi relativi all’esercizio del diritto di voto o al trasferimento di azioni o quote di società terze o comunque ad accordi o patti di cui all’art. 10, comma 4, della legge 18 febbraio 1992, n. 149, come sostituito dall’art. 7, comma 1, lettera b), del presente decreto, in relazione a società terze, qualora tali accordi o patti riguardino almeno il dieci per cento delle quote o delle azioni con diritto di voto se si tratta di società quotate, o il venti per cento se si tratta di società non quotate”*.

intercorrano tra soggetti titolari, anche mediante soggetti controllati, controllanti o collegati, di una partecipazione complessiva superiore al limite di possesso azionario del 2 per cento, riferito alle azioni aventi diritto di voto, o la presentazione congiunta di liste da parte di soggetti in tale posizione. Tali clausole sono di diritto inserite nello statuto della società, non sono modificabili e restano efficaci senza limiti di tempo.

### CAPITOLO III

#### LA TENDENZA ALLA RIQUALIFICAZIONE IN SENSO PUBBLICISTICO.

#### LA PECULIARITÀ DELLE SOCIETÀ LEGALI.

##### 1. PREMESSA.

L'esposizione del quadro normativo che si è cercata di tracciare nel precedente capitolo, è stata condotta nel tentativo epurare la riflessione da quei profili – quale quello della più o meno compiuta privatizzazione e, dunque, della “misura”, stabile o transitoria, della partecipazione pubblica – che, sì, presentano una inevitabile importanza ove si volesse considerare “come si presenta la società” in chiave didascalica, ma che in definitiva si rivelano del tutto estranei al criterio di selezione che si è cercato di individuare nel primo Capitolo e secondo cui si sta tentando di ordinare il materiale normativo e il fenomeno dell'azionariato pubblico; e ciò anche perché, come osservato da Illustre Maestro, la stessa politica di privatizzazione (quand'anche formale) risponde comunque al disegno per cui anche l'iniziativa pubblica, una volta proiettata sul mercato, è comunque tenuta al rispetto dei principi di concorrenzialità che animano il sistema, attraverso la sottoposizione alle stesse regole ed agli stessi modelli messi a disposizione per le altre imprese dal diritto comune<sup>256</sup>.

Con ciò non si vuole ovviamente disconoscere che l'aver portato a termine (o meno) il processo di privatizzazione sostanziale possa essere considerata questione di nessun interesse per chi intenda

---

<sup>256</sup> Così, OPPO, *Principi*, in *Tratt. Dir. Comm.*, dir. da V. Buonocore, Sez. I, t. 1, Torino, 2001, pag. 81.

occuparsi dell'argomento<sup>257</sup>. Di certo, infatti, l'analisi dei poteri speciali che lo Stato, negli anni, ha riservato a proprio favore – si pensi alla *golden share* – non può essere considerato elemento estraneo alle riflessioni di chi intenda occuparsi dei rapporti tra diritto societario e anomalie indotte da una determinazione legislativa che tenga conto della permanenza del socio pubblico all'esito della privatizzazione<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup> Basta considerare l'ampiezza della letteratura in argomento per convincersi del contrario. Solo per citare alcune delle pubblicazioni in argomento: CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1988, pagg. 32 ss.; ID., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, pagg. 378 ss.; ID., *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *St. e merc.*, 1992, pagg. 235 ss.; PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in *Riv. Soc.*, 1992, pagg. 91 ss.; CARDIA, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Milano 1994; GALANTI, *Le S.p.a. pubbliche verso la privatizzazione: la direttiva del Ministero del Tesoro del 18 novembre 1994*, in *Banca corsa e tit. cred.*, 1994; COSTI, *Privatizzazioni e diritto delle società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, pagg. 77 ss.; P. FERRO LUZZI, *La trasformazione degli enti pubblici in S.p.a. e la speciale riserva*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 507; LIBONATI, *La faticosa accelerazione delle privatizzazioni*, *Giur. comm.*, 1995, I, pagg. 20 ss.; MARCHETTI (a c. di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995; CASSESE, *Le privatizzazioni, arretramento o riorganizzazione dello Stato*, cit., pag. 579; CAMMELLI, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, *Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1997, pagg. 156 ss.; CALICETI, *Teoria e prassi delle privatizzazioni in Italia*, in *Contr. Impr.*, 1996, pag. 731; CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici*, in *Foro It.*, 1996, I, pag. 1364; SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. Soc.*, 1996, pagg. 368 ss.; SANINO, *Le Privatizzazioni*, Roma, 1997; GAROFOLI, *Le privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998; MARASÀ (a c. di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998.

<sup>258</sup> MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia*, cit., pag. 47; nonché P. G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni*, cit., pag. 999, che in proposito si è interrogato sull'opportunità di prevedere per via legislativa l'attribuzione di tali poteri ovvero se non fosse più "coerente" una formalizzazione di essi per via statutaria, optando essenzialmente per la prima ipotesi, sul presupposto che, pur nella vigenza dell'art. 2458 cod. civ. (nella formulazione anteriforma) la legittimazione dei poteri speciali su base statutaria avrebbe incontrato nell'art. 2351 cod. civ. (nel testo previgente) un vincolo insuperabile rappresentato dal divieto di emissione di azioni a voto plurimo. L'A. concludeva, così, per ipotizzare la configurazione di un'ulteriore società legale: "non solo, quindi, i poteri dello Stato nelle società privatizzate dovranno essere specificamente indicati fin dalla loro costituzione (la legge francese è, ancora una volta, esemplare); essi dovranno essere limitati alla possibilità di esercitare un diritto di veto nei confronti di operazioni suscettibili di determinare lo snaturamento della compagine sociale o dell'attività dell'ente" (*ibidem*, cit., pag. 1000). E si v. anche GUI. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., pagg. 132 ss., che, non condividendo la scelta

E così, se da un canto non può ignorarsi il numero e l'importanza delle deviazioni – spesso anche ingiustificate<sup>259</sup> – dal diritto societario comune, dall'altro canto non può trascurarsi che, soprattutto fra i pubblicisti, è a partire da tale incidenza sul piano della conformazione degli enti privatizzati che ha preso piede la tesi per cui le società partecipate “dovrebbero” essere considerate una sorta di forma ibrida fra società ed ente pubblico o finanche, nonostante l'impiego espresso sin dalla denominazione (ma anche nei “contenuti”) del (sotto)tipo societario, “forme” che mantengono a tutti gli effetti la loro natura pubblica<sup>260</sup> per via dell'interesse che vi è sotteso e che, appunto, si desume da tali poteri speciali<sup>261</sup>.

---

contenuta nel D.L. n. 332 del 1994 (per via dello stravolgimento dei basilari principi del diritto societario), osservava che lo Stato, in tali casi, non come azionista, godrebbe di speciali poteri in contrasto con la regola posta dall'art. 2348 cod. civ. e con il principio per il quale dovrebbe essere solo l'assemblea dei soci ad esercitare il potere di deliberazione; e che (argomentando a partire dalla II Direttiva CEE in materia societaria e dall'art. 54, n. 3, lett. g, del Trattato di Roma) la normativa genererebbe un nuovo tipo di società fuori dalla previsione tassativa dall'art. 2249 cod. civ. e fondato sul riconoscimento di una disuguaglianza tra soci, diversamente da quanto invece dispone lo stesso ordinamento comunitario.

<sup>259</sup> OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, pag. 507 ss.; e in termini analoghi anche P. G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni*, cit., pag. 1000.

<sup>260</sup> E si v. no tra gli altri GIAMP. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., pag. 181; 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, pagg. 213 ss.

<sup>261</sup> Ciò che, peraltro, pur se sostenuto ancora oggi da parte della dottrina (su cui infra) non è questione affatto nuova. Dall'esame della giurisprudenza in argomento, infatti, è possibile risalire ad un confronto – molto risalente – posto in termini del tutto analoghi sulla qualificazione della natura dell'AGIP: il Consiglio di Stato (sez. V, sent. 19 gennaio 1938, n. 33, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, pag. 235) ha ritenuto in proposito che la forma esteriore non mutasse la natura pubblica dell'ente in ragione delle finalità cui era preordinato; sul medesimo caso, la Corte di Cassazione (SS.UU., sent. 7 marzo 1940, n. 1337, in *Foro It.*, 1940, pag. 199), annullando la decisione testé riferita del Consiglio di Stato, ha precisato che la presenza del socio pubblico all'interno del capitale non costituisse per ciò solo indice della natura pubblicistica dell'ente.



Se così è, sembra però che la riflessione posta in questi termini, sia anzitutto viziata da una certa circolarità: la presenza del “pubblico” determina quelle deviazioni e quelle deviazioni espresse nel diritto positivo giustificano la riqualificazione in senso pubblicistico. In secondo luogo le medesime riflessioni (al pari, ovviamente delle conclusioni che se ne traggono) sembrano finire col non riuscire ad emanciparsi da un problema interpretativo di fondo e che abbiamo assunto tra i dati di partenza dell’indagine. Ossia quello di provare a distinguere ed isolare – nel fenomeno delle società a partecipazione pubblica – quella specialità, cui dare rilievo compatibilmente con la regola privatistica, che dovesse risultare il portato del diritto positivo, dalla specialità di esse che tiene conto dell’indirizzo politico che lo Stato si riserva, e che è alla base delle riqualificazioni in senso pubblicistico. O per meglio dire: non sembra che su tali basi possa trascorrersi da una classificazione delle società pubbliche in termini politico economici ad una classificazione in termini giuridici. Come si è già – seppur rapidamente – detto nel primo capitolo l’inquadramento pubblicistico degli enti privatizzati sembra, anzitutto, contrastare la volontà del legislatore storico, che è appunto quella di ottenere una trasformazione in senso privatistico (e, in particolare, societario) di quegli enti “trasformati”.

Di fronte a tale dato, si potrebbe dire, l’interprete dovrebbe, se non arrestarsi, quanto meno ridimensionare le proprie aspirazioni (ri)qualificatorie<sup>262</sup>. Volendo utilizzare lo stesso “metro” di misurazione, d’altronde, si dovrebbe giungere alla conclusione che è proprio sul piano delle determinazioni assunte sul piano pubblicistico ad evincersi l’impossibilità di una riqualificazione (sempre in senso

---

<sup>262</sup> E, in argomento, già IBBA, *Le società “legali”*, cit., pag. 350.

pubblicistico) delle società partecipate, proprio perché è lo stesso legislatore ad aver intrapreso un percorso teso all'adozione della regola privatistica. Come è stato sinteticamente ma efficacemente osservato, insomma, le eventuali difformità tipologiche rispetto alla società per azioni codicistica *“non trasformano in pubblico quel che pubblico non è, e non lo è perché il legislatore ha voluto che non lo fosse più”*<sup>263</sup>.

Arrivati a questo punto dell'indagine è, però, giunto il momento di dare conto, con maggiore precisione, di alcune ricostruzioni proposte dalla più recente dottrina (amministrativistica) e sino ad ora lasciate intenzionalmente in ombra per dare ordine all'esposizione, e il cui esame, però, si rivela ora indispensabile per conferire maggiore puntualità e compiuto sviluppo all'ipotesi di lavoro che si sta seguendo<sup>264</sup>.

## 2. – *SEGUE*. LA RIQUALIFICAZIONE IN SENSO PUBBLICISTICO NELLA DOTTRINA TEORICA E PRATICA.

Come si è anticipato nel primo capitolo, è anzitutto la stessa dottrina (ed in specie di quella pubblicistica) a riconoscere l'estrema difficoltà di dare contenuto unitario alla nozione, sfuggente e non legislativamente definita, di ente pubblico<sup>265</sup>. Di guisa che le

<sup>263</sup> IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit., pagg. 641 ss.

<sup>264</sup> Già sommariamente indicata nei §§ 7 e 8 del Cap. I.

<sup>265</sup> Si v. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, pagg. 87 ss, nonché ID., *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in i., 1985, pag. 169; GIAMP. ROSSI, *Gli Enti pubblici*, cit., pagg. 78 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, v. I, Milano, 2005, p. 249. Per un'accurata ricostruzione del panorama dottrinale e giurisprudenziale in materia si v. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., passim, e spec. pagg. 208 ss.; nonché A. MALTONI, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano*

ricostruzioni della dottrina amministrativistica in punto di società a partecipazione pubblica risentono, per l'effetto, della adesione o della negazione in principio della possibilità di costruire un significato unitario di ente pubblico<sup>266</sup>.

Nel primo indirizzo interpretativo si colloca il pensiero di coloro che – pur nel silenzio serbato dal legislatore circa la loro natura – attraggono le società pubbliche (ed in particolare di quelle a statuto singolare, di cui ci si occupa in questa sede) nell'orbita degli enti pubblici, sul presupposto della possibilità di astrazione di una fattispecie unitaria, appunto, di ente pubblico, alla quale però si giungerebbe secondo varie differenze di metodo o di significato, alle volte tra loro anche assai significative.

Sul presupposto della mancanza di parametri di legge prestabiliti in base ai quali designare la pubblicità di un ente, vi è chi individua<sup>267</sup>

---

*funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della L. 241/1990, in Serv. pubbl. app., 2006, pag. 337 ss.*

<sup>266</sup> Ma si v. in termini generali SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, pagg. 251 e ss., ove l'osservazione per cui le società di cui ci si occupa "rimangono disciplinate dal codice civile salvo quanto deriva dalla loro natura pubblica. In altri termini le società pubbliche hanno uno statuto speciale basato sulla disciplina codicistica integrata o derogata dalle disposizioni riguardanti gli enti pubblici", tra le quali poi annovera i principi indicati dall'art. 97 Cost. nonché quelli indicati dalla legge sul procedimento amministrativo; ma in arg. Si v. anche NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pagg. 171 ss.

<sup>267</sup> V. CERULLI IRELLI, *"Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in AA.VV., *Ente pubblico ed enti pubblici*, a c. di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, 1994, pagg. 84 ss.; e in part. pag. 98 ove si osserva che "in linea di principio sembra essere condivisa la configurazione di queste organizzazioni come enti pubblici, cui la forma di s.p.a. comporta l'applicazione di determinati istituti positivi, ad es. in tema di responsabilità degli amministratori, di annullamento di atti illegittimi, in tema di trasparenza dei procedimenti, e così via. E si avrebbe dunque una vera e propria categoria di enti pubblici individuata come tipo strumentale". Nella pagina seguente l'A. cataloga dunque le norme relative alle s.p.a. che troverebbero comunque applicazione, e tra esse quelle relative al capitale rappresentato da azioni, alla disciplina degli organi e del bilancio. Resterebbe ferma, però, la responsabilità degli amministratori e i vari obblighi su di essi incombenti

un criterio (il cui riscontro consta di più momenti) di inerenza – organizzativa e funzionale – dell’ente in discorso allo Stato. Tale inerenza sarebbe comprovata da disposizioni “particolari”<sup>268</sup>, dalle quali sarebbe dato evincere la sostanza pubblica, rappresentate dalla costituzione per legge, dalla titolarità di funzioni di amministrazione in senso proprio, dalla circostanza che tali società operino nell’ambito della politica di un Ministero come strumento organizzativo per il perseguimento di determinati fini. Alla riqualificazione in senso pubblicistico che ne segue non si accompagna la soluzione puntuale agli interrogativi relativi alla individuazione della disciplina applicabile, che resterebbe da valutare caso per caso, fermo restando il criterio di massima, in presenza dei richiamati requisiti, della prevalenza della normativa imposta dalla natura pubblicistica. Alla medesima conclusione, ma in maniera più analitica sui “sintomi” di pubblicità<sup>269</sup>, giunge chi ritiene che tale qualifica possa procedere soltanto previo scrutinio positivo dei seguenti requisiti: a) istituzione di

---

secondo la disciplina degli enti pubblici. La tesi sembra essere sostanzialmente confermata dallo scritto successivo dello stesso A., *Pubblico e privato nell’organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *Fondazioni e attività amministrativa*, a c. di S. Raimondi – R. Ursi, Torino, 2006, pagg. 13 ss., con la sola “eccezione” della ritenuta incostituzionalità di molte delle leggi nelle quali s’è sostanziata la “ondata” delle privatizzazioni.

<sup>268</sup> In breve, sembra consentito riassumere nel senso che la pubblicità sarebbe desunta dall’esistenza di disposizioni (seppure “disposizioni qualificate” e non casuali), derogatorie rispetto al diritto comune societario.

<sup>269</sup> Detti sintomi di pubblicità, al pari delle conclusioni cui l’A. in questione perviene, sembrano aver trovato “incondizionata adesione” nella giurisprudenza del Consiglio di Stato; si v. no in tal senso Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, (relativa a Poste Italiane s.p.a.) in *Giust. Civ.*, 2002, I, pagg. 2309 ss. (con nota di commento di GIGANTE, *Verso la pubblicizzazione di Poste Italiane s.p.a.*, ibidem, pagg. 2323 ss.); Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303 (relativa a Poste Italiane s.p.a.), in *Foro Amm. CDS*, 2002, pag. 705 e in *Studium juris*, 2002, pag. 1528; Cons. St., Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711 (relativa ad ENEL s.p.a.), in *Dir. proc. amm.*, 2003, pagg. 486 ss. (con nota di PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*).

quella società per legge o su specifica determinazione amministrativa previa disposizione di legge; b) determinazione in via legislativa della denominazione e dello scopo; c) titolarità della maggioranza o della totalità delle partecipazioni da parte di un soggetto pubblico; d) introduzione di “importanti deroghe”<sup>270</sup> al diritto comune societario<sup>271</sup>. Sempre nella stessa scia, ma, diversamente dagli interpreti sinora citati, sul presupposto espresso dell’esistenza di un comune denominatore minimo degli enti pubblici (rappresentato dai seguenti criteri congiunti: a) perseguimento di finalità pubbliche; b) esistenza di un collegamento attraverso un rapporto organizzatorio ad un ente sicuramente pubblico, anche territoriale; c) l’assenza della finalità lucrativa)<sup>272</sup>, si pongono quegli studiosi<sup>273</sup> che – cercando di valorizzare

---

<sup>270</sup> Criterio, questo, della “importante deroga” che condivisibilmente costituisce motivo di perplessità in ragione della sua indeterminatezza: di recente in tal senso PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pag. 370.

<sup>271</sup> In termini, GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti nell’economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, pagg. 304 ss. e spec. pag. 346 ove, in riferimento alle significative deroghe introdotte dall’art. 15 della L. 359/1992 (di conversione del D.L. 333/1992; supra) si sottolinea che “si è senza alcun dubbio in presenza di deroghe al regime societario tipico che, nel comportare una consistente alterazione dei normali meccanismi di funzionamento degli organismi societari *de quibus*, e con una compressione di non poco conto dell’autonomia funzionale degli organi societari con potestà deliberante [...] costituiscono dati normativi il cui rilievo non consentito sottovalutare nel verificare la natura privata pubblica delle società in questione”. L’elaborazione dei richiamati “sintomi di pubblicità” sembra in effetti potersi riscontrare già in GIAMP. ROSSI, *Gli Enti pubblici*, cit., pagg. 180 ss., cui pertanto, la dottrina citata nel testo sembra essere tributaria.

<sup>272</sup> Così, GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., pag. 88.

<sup>273</sup> GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., passim; la peculiarità della tesi in oggetto è rappresentata, da un canto, dalla considerazione, rara per gli studiosi del diritto amministrativo, che la costituzione legale di una società in mano pubblica possa (se non debba) essere interpretata come esplicita scelta del legislatore di rimettere l’esercizio di una attività alle regole privatistiche (pagg. 218 ss. e 223-224). Sicché, operazione preliminare per ottenere

il *proprium* del modello societario – attribuiscono preminenza al rispetto della clausola lucrativa che, se non rispettata dallo statuto singolare. Da tale ultimo criterio dipenderebbe, in definitiva, l'individuazione del regime residuale (rispetto allo statuto speciale), quello societario se la clausola lucrativa appare rispettata; quello degli enti pubblici in caso contrario<sup>274</sup>.

Altri interpreti<sup>275</sup> muovendo dall'osservazione che non sarebbe dato postulare necessariamente una qualificazione "monolitica" degli enti metaindividuali<sup>276</sup> (sicché sarebbe, se ben vediamo, frutto di un

---

riscontri affidabili sul piano della qualificazione dell'ente sarebbe rappresentata dalla verifica dei fini assegnati alla società partecipata, in particolare per ciò che concerne il rispetto della clausola lucrativa.

<sup>274</sup> È significativo che, quale risvolto applicativo, lo stesso studioso giunga a qualificare società autenticamente privata Patrimonio dello Stato s.p.a. (pagg. 237 e 238). E, sulla espressa qualificazione nello stesso senso di tale ultima società, si v. già OPPO, *Patrimonio dello Stato s.p.a. e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pagg. 491 ss.; IBBA, *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, pagg. 447 ss.; NAPOLITANO, *La Patrimonio dello Stato tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, pagg. 542 ss.

<sup>275</sup> RENNA, *La società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, cit., passim; ma anche DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, cit., pagg. 391 ss.

<sup>276</sup> Col che implicitamente sembra affermarsi la possibilità di una, per così dire, coqualificazione o, come si è altrove detto, "pluriqualificazione", degli enti in discorso; la conferma in tal senso, d'altronde, è precisata allo stesso A., *La società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, cit., pag. 115. Se ben vediamo, questa è anche la tesi di PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., passim, la cui ipotesi di lavoro trae origine dal tentativo di giungere alla dimostrazione della non risolubilità nelle uniche forme "privata" e "pubblica" delle strutture organizzative esistenti nel nostro ordinamento. Tale prospettiva, definita "non dicotomica", se ben vediamo è finalizzata a stemperare i termini dei problemi interpretativi posti dal fenomeno dell'azionariato pubblico "legale"; problemi, questi, che deriverebbero dalla sostanziale inconciliabilità delle disposizioni che siano il portato dell'una o dell'altra "forma" e che, se "sconfessati" in radice, in una prospettiva "non dicotomica" appunto, non avrebbero motivo di porsi o, quanto meno, ne risulterebbero affievoliti. Il contributo, tuttavia, deliberatamente non si propone di individuare

apriorismo la netta assegnazione al campo privatistico ovvero pubblicistico delle società partecipate), e, dunque, sul presupposto della possibilità di coesistenza tra forma e sostanza che siano espressione “esigenze” diverse (pubbliche e private), il cui riconoscimento procederebbe secondo logiche eterogenee sì da determinare la “cumulabilità” dei criteri, si dà rilievo, per l’aspetto sostanziale, al momento genetico dell’ente, secondo che esso sia espressione di un provvedimento di legge ovvero di un atto di autonomia privata; per l’aspetto formale, consistente nel “come” si organizza l’ente, si fa affidamento sull’espressa locuzione impiegata dal legislatore (in senso privatistico ovvero pubblicistico). Da qui la possibilità di articolare secondo quattro tipologie tutte le strutture meta-individuali concepite dal nostro ordinamento secondo i seguenti parametri: *a)* in quanto dotate di sostanza pubblica e forma pubblica; *b)* in quanto dotate di sostanza pubblica e forma privata; *c)* in quanto dotate di sostanza privata e forma pubblica; *d)* in quanto dotate di sostanza privata e forma privata. Le società pubbliche di cui ci si occupa, dunque, stando al criterio di classificazione, rientrerebbero nell’ipotesi *sub b)*. Il percorso si fa ancora più articolato allorché si passi alla costruzione del criterio che conduca all’individuazione della disciplina applicabile a tali enti. Si tratterebbe, infatti, di selezionare, all’interno dello statuto normativo delle s.p.a. di diritto comune, ed in coerenza con la *ratio* di ciascuna di esse, quelle norme dettate tenendo conto della forma e non anche della sostanza privata. E, per converso, all’interno dello statuto legale dell’ente pubblico, dovrebbero parimenti

---

rivolti applicativi alla summenzionata dimostrazione, sicché, allo stato, per quanto rigorosa, la ricostruzione de qua non sembra poter venire in rilievo come guida alla risoluzione delle questioni di cui ci si occupa in questa sede.

essere isolate quelle norme che sono espressione della sola sostanza (e non anche della forma organizzativa) pubblica. Per restare al solo terreno delle s.p.a. dovrebbero, pertanto, secondo il menzionato criterio di compatibilità, essere disapplicate tutte quelle norme il cui presupposto risiede nella “contrattualità” della società e, più in generale, si conclude nel senso della disapplicazione di tutte quelle disposizioni che presuppongono per la rispettiva operatività il perfezionamento di un atto di autonomia negoziale. Per converso, il medesimo A. giunge alla conclusione della disapplicazione delle norme che sono espressione dell’organizzazione pubblica; tra cui le norme sul rapporto di pubblico impiego (ma non quelle relative al controllo della Corte dei Conti)<sup>277</sup>.

Dal proprio canto, la giurisprudenza amministrativa (alla quale ultima s’è già fatto cenno), sembra condividere quasi unanimemente<sup>278</sup> i risultati cui perviene la dottrina segnalata e, spesso, anche, sembrano dividerne i percorsi argomentativi, specie per ciò che concerne i “sintomi” di pubblicità a partire dai quali affermare la natura pubblicistica delle società considerate. In linea generale, insomma, l’orientamento prevalente muove anzitutto dal presupposto che la veste privata – che altro non è che lo strumento attraverso il quale viene svolta l’attività amministrativa – non è idonea per ciò solo a svelarne la natura giuridica<sup>279</sup>, e che la neutralità funzionale di essa

---

<sup>277</sup> RENNA, *La società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, cit., pagg. 152-153.

<sup>278</sup> Ad eccezione di Cons. St., Sez. VI, 1 marzo 2006, n. 1003, ove con riferimento ad ANAS s.p.a. ne viene affermata, seppure in via incidentale, la natura di “soggetto privato”; consultata su <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

<sup>279</sup> Nel senso della riqualificazione pubblicistica, oltre alle decisioni menzionate nel testo, cfr. Cons. St., VI, sent. 24 maggio 2002, n. 2855, in *Foro amm. CDS*, 2002, pagg. 1325 ss.; n tal senso già Cons. Stato, Sez. VI, sent. 20 maggio 1995, n. 498, in



consente di sacrificarne la disciplina in favore delle finalità pubbliche cui sono dirette tali società, con la conseguenza che dette finalità devono essere salvaguardate con la stessa intensità e lo stesso tipo di tutela della quale godrebbero se fossero attuate per mezzo di strumenti di diritto pubblico, indipendentemente dal fatto che il soggetto agente sia “formalmente” pubblico o privato<sup>280</sup>.

Tra esse pare opportuno richiamare, anzitutto, la sentenza del

---

*Foro Amm. CDS*, 1996, pag. 32, nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, pagg. 159 ss. (con nota di POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni “di diritto speciale”. Problemi di giurisdizione*), e in *Giorn. dir. amm.*, 1995, pagg. 1134 ss. (con nota di CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*).

Più in generale, merita di essere segnalata, alla luce delle innovazioni che hanno riguardato la legge sul procedimento amministrativo (L.241/1990) a seguito della L. 11 febbraio 2005 n. 15, Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2006, n. 229 (consultabile sul sito internet [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)) ove la precisazione per cui anche l'attività di diritto privato posta in essere dai gestori del servizio (non dal, pur non costituendo gestione del servizio ma rimanendo collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità derivante anche, sul versante soggettivo, dall'intensa conformazione pubblicistica, rimarrebbe soggetta alle disposizioni sull'accesso, anche in considerazione “dell'unitarietà del trattamento e di favore per l'accesso piuttosto che per la riservatezza degli atti”, richiamando proprio la formulazione dell'art. 1 ter della legge 241/90 nuova versione. Contra, in precedenza, TAR Lombardia, Sez. Brescia, sent. del 25 febbraio 2005, n. 99, (anch'essa consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)), nella quale si è stabilito che costituisce principio pacifico quello per cui l'interesse di cui l'amministrazione è portatrice può essere perseguito anche mediante l'uso di moduli di diritto comune qualora siano congrui rispetto agli obiettivi prestabiliti.

Singolare è invece il caso deciso dalla sent. Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478 (consultabile sul sito internet [http://www.giustamm.it/cds1/constato6\\_1478-98.htm](http://www.giustamm.it/cds1/constato6_1478-98.htm)) che ha riconosciuto la non incompatibilità tra fini pubblicistici e perseguimento dello scopo di lucro (arg. a partire dall'art. 18, co. 9, L. n. 887/1984, relativa ad AGECONTROL). La fattispecie aveva ad oggetto la sussistenza della giurisdizione amministrativa in relazione alle determinazioni adottate da società per azioni a partecipazione pubblica (nella specie Interporto s.p.a.).

<sup>280</sup> Sintomatico è poi che parte della dottrina amministrativistica, nei rari casi in cui respinge questo approccio, adombra la possibilità che dette soluzioni giurisprudenziali siano tese a rivendicare un'espansione della propria giurisdizione; così, CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, pagg. 1134 ss.

Consiglio di Stato n. 498/1995<sup>281</sup>, relativa alla sussistenza della giurisdizione amministrativa per le controversie afferenti i contratti di appalto da società concessionarie *ex lege* di opere pubbliche e alla impugnabilità dell'aggiudicazione di un appalto di lavori senza l'espletamento di alcuna procedura concorsuale nonché in carenza di sondaggi di mercato. In tale decisione, il dispositivo viene motivato sul presupposto della natura pubblica di Ferrovie dello Stato s.p.a., atteso che, in considerazione del complesso di norme che regolano il processo di privatizzazione, emerge anche la natura differenziata delle società sorte dalla trasformazione di preesistenti enti pubblici economici. Tale natura sarebbe suffragata, nella decisione *de qua*, sia dalla costituzione dell'ente, sia dalla struttura e dai meccanismi di gestione prefigurati, nonché dalle particolari disposizioni dettate in punto di determinazione del capitale sociale ed in tema di esercizio dei diritti dell'azionista.

Più recentemente è data registrare l'adozione di una serie di provvedimenti, sempre del Consiglio di Stato, sovente relative alle società risultanti dalla privatizzazione di preesistenti enti pubblici (ENEL s.p.a. e Poste Italiane s.p.a., tra le altre) nelle quali si qualifica espressamente il soggetto come dotato di "natura pubblica" muovendo dall'utilizzo dei requisiti previsti dalla legge per la designazione dello "organismo di diritto pubblico"<sup>282</sup>; e ciò in funzione ad esempio

---

<sup>281</sup> Ma già Cons. St. sez VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, pagg. 159 ss. (con nota di POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni "di diritto speciale". Problemi di giurisdizione*), e in *Giorn. dir. Amm.*, 1995, pagg. 1134 ss. (con nota di CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*).

<sup>282</sup> E in tal senso si registra anche un'analogia riflessione nella dottrina, ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma societaria. Considerazioni critiche*, Torino, 2004, pagg. 15 ss.; MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, pagg. 75 ss.

dell'impugnabilità degli atti posti in essere per la scelta del contraente per una fornitura inferiore alla soglia comunitaria, che sono da considerare atti di natura amministrativa ed espressione di un potere pubblicistico<sup>283</sup>; in funzione dell'individuazione dell'effettiva estensione dell'ambito di attività entro cui i gestori di servizi pubblici sono tenuti a garantire l'esercizio del diritto di accesso, la che procede dalla pubblicistica dell'organismo gestore del servizio<sup>284</sup>.

L'itinerario argomentativo seguito ai fini dell'applicazione della normativa richiamata, in particolare, si articola secondo le seguenti verifiche: a) la costituzione di quella società per legge o ad opera di una pubblica amministrazione su specifica disposizione legislativa; b) la predeterminazione della denominazione; c) la predeterminazione del proprio scopo; d) la presenza come socio necessario e maggioritario di un soggetto pubblico. Tali requisiti, da un canto, emergono nella riflessione giurisprudenziale in considerazione della loro assimilabilità a quelli richiesti dalla normativa di derivazione comunitaria e - poi - nazionale<sup>285</sup> ai fini della individuazione degli "organismi di diritto pubblico"; la presenza congiunta di essi in capo alla società considerata

---

<sup>283</sup> Così la sentenza relativa a Poste Italiane s.p.a.: Cons. St. sez VI, 2 marzo 2001 n. 1206, in Giust. Civ., 2002, I, pagg. 2309 ss. (con nota di commento di GIGANTE, *Verso la pubblicizzazione di Poste Italiane s.p.a.*, *ibidem*, pagg. 2323 ss.). E cfr. anche T.A.R. Puglia -Bari, sentenza 27 ottobre 2006, n. 3828, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3323, ove si è stabilito che, in relazione ad Acquedotto pugliese s.p.a., la procedura di selezione indetta dal medesimo ente "che è organismo di diritto pubblico e mantiene natura pubblicistica anche a seguito della trasformazione in s.p.a."-costituisce procedura concorsuale in tutto e per tutto di tipo pubblicistico.

<sup>284</sup> È il caso delle sentenze, rispettivamente riferite a Poste Italiane s.p.a. e ad Enel s.p.a.: Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro Amm. CDS*, 2002, pag. 705 e in *Studium juris*, 2002, pag. 1528; Cons. St., Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pagg. 486 ss. (con nota di PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*).

<sup>285</sup> I già citati commi 26 e 28 dell'art. 3 del D.Lgs. 163/2006.

è ritenuta indispensabile affinché possa transitarsi nell'alveo pubblicistico, ma non sufficiente. La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, sovente, precisa che in tanto possa assorbirsi la società *de quo* nell'orbita pubblicistica in quanto la stessa sia sottoposta ad una disciplina speciale, che rechi "importanti" deroghe alla disciplina di diritto societario comune.

Di volta in volta, per verificare tale ultimo requisito, la giurisprudenza amministrativa ha motivato sulla base dell'art. 2 della Delibera CIPE del 18 dicembre 1997, n. 254<sup>286</sup> che attribuisce al Ministero dell'economia e delle finanze (il precedente Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, alla lettera), le azioni di Poste Italiane, conferendogli altresì i diritti dell'azionista; in base alla prevalenza maggioritaria del socio pubblico; in base all'art. 15, co. 3, del D.L. 333/1992 (conv. con modifiche con L. 359/1992) secondo il quale tali diritti vengono esercitati su direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri previa intesa col Ministero da questi delegato e con il Ministero dell'Industria e del Commercio<sup>287</sup>; etc. Tali indici sarebbero sintomatici, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>288</sup>, a determinare una significativa compressione del

---

<sup>286</sup> Ossia la delibera attuativa della L. 71 del 1994 di privatizzazione di Poste Italiane s.p.a. Su cui, *supra*, Cap II, parte II.

<sup>287</sup> Anche in tal caso sia consentito rinviare alla ricostruzione del quadro normativo operata *supra*, Cap II, parti I e II

<sup>288</sup> La giurisprudenza del Consiglio di Stato, in punto di attribuzione della natura pubblicistica alle società partecipate, per la verità si caratterizza anche per alcune decisioni eccentriche, nelle quali ha ritenuto ente pubblico una società (l'ETI s.p.a., soggetto derivante dalla trasformazione di preesistente ente pubblico) perché il capitale è rimasto "nelle mani esclusive del socio pubblico" e perché sono state riassegnate all'ente così privatizzato le competenze originarie dell'ente pubblico trasformato, senza nessuna ulteriore indagine (Cons. St., Sez. VI, sent. 29 novembre 2004, n. 7800); e, addirittura, ha affermato (Cons. St., Sez. VI, sent. 31 gennaio 2006, n. 308) la natura pubblica di una società - nella fattispecie, una s.r.l. -, pur non contando nella propria compagine sociale alcun socio pubblico, sul presupposto che

funzionamento di tali società e degli organi societari con potestà deliberante.

Non dissimile è poi l'iter seguito dal Consiglio di Stato in altra vicenda (decisa con sent. sez. VI, n. 9829 del 14 dicembre 2001<sup>289</sup>) avente ad oggetto l'applicazione della disciplina dettata in materia di accesso agli atti di società privatizzata (Poste Italiane s.p.a.), muovendo dal convincimento della neutralità dell'istituto societario in generale, e sul presupposto del particolare di atteggiarsi della struttura e dell'organizzazione della società considerata (costituzione, poteri speciali attribuiti ad alcuni azionisti, controllo pubblico<sup>290</sup>, attività svolta), si è dedotta la natura sostanzialmente pubblica dell'ente; donde l'applicazione delle previsioni legislative dettate in funzione di questi ultimi.

## 2.1. - IL DIVERSO APPROCCIO AL PROBLEMA SEGUÌTO NELLA

---

“da un lato [...] è imputabile all'amministrazione l'erogazione dell'intero capitale sociale necessario per la costituzione della SCIP, dall'altro la SCIP opera completamente secondo le direttive specifiche e puntuali impartite dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, cui sono riservati dalla legge penetranti poteri di intervento” con la conseguenza di dover sottrarre la società “ad un inquadramento nella sfera del diritto privato e configurare una *longa manus* ed una portatrice di poteri autoritativi propri”; in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, pagg. 623 ss. (con nota di GOISIS, *La giurisdizione sugli atti di selezione degli acquirenti da parte di SCIP s.r.l.*); si v. anche A. MALTONI, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della L. n. 241/1990*, cit., pagg. 333 ss.; sulla vicenda si v. anche SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2010, pagg. 237 ss.

<sup>289</sup> In *Foro amm. CDS*, 2002, pag. 1041, con nota di DEL GATTO, *Accesso agli atti delle società privatizzate e imparzialità della pubblica amministrazione (ovvero sull'ostensibilità degli atti dell'ente Poste S.p.a.)*.

<sup>290</sup> Tra le altre decisioni si segnala Cons. Stato, sez. VI, 4082 del 2000 (riportata in SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, *Dir. econ.*, 2005, pagg. 239 ss.) ove s'è ritenuta assorbente la prevalente titolarità pubblica del capitale azionario per desumere la natura pubblicistica delle società In

## GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Del tutto diverso è invece l'orientamento, che merita senz'altro di essere segnalato, assunto dalla Corte Costituzionale. Evidenziarlo ci sembra utile in funzione della comprensione delle sentenze richiamate del Consiglio di Stato che, a conforto delle proprie conclusioni, ha sovente fatto esplicito riferimento alla giurisprudenza costituzionale e, in particolare, alla pronuncia della Corte costituzionale n. 466 del 1993, resa sulla competenza della Corte dei Conti all'esercizio del controllo contabile previsto per gli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, anche dopo che essi sono stati trasformati in società per azioni. Giova subito evidenziare che il rinvio operato dal Giudice amministrativo a dette pronunce non ci sembra affatto congruo, dato che in tali sentenze non ci sembra di poter rintracciare alcun riferimento o cenno su possibili profili di qualificazione.

In particolare, con detta decisione la Corte Costituzionale<sup>291</sup>, chiamata in quella fattispecie a pronunciarsi sulla interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 12 della L. 21 marzo 1958<sup>292</sup> (ove si prescrive *“il controllo previsto dall'art. 100 della Costituzione sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'Amministrazione dello Stato*

---

<sup>291</sup> Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur. Cost.*, 1993, pagg. 3829 ss.

<sup>292</sup> Recante norme relative alla *“Partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria”*, al cui art. 12 si stabilisce che *“il controllo previsto dall'art. 100 della Costituzione sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'Amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisca con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria, è esercitato, anziché nei modi previsti dagli artt. 5 e 6, da un magistrato della Corte dei conti, nominato dal Presidente della Corte stessa, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione”*.

o un'azienda autonoma statale contribuisca con apporto al patrimonio in capitale", controllo esercitato nella specie da un magistrato della Corte dei conti) ai fini dell'applicazione nei confronti delle società partecipate, in ossequio al dettato dell'art. 100, co. 2, Cost. La Corte Costituzionale, in particolare, premessa la rilevanza della questione di costituzionalità sul presupposto che il controllo regolato dall'art. 12 della L. 259/1958 risulta incluso nell'ambito della sfera di azione dell'art. 100 Cost. anche per espresso rinvio, ebbe a precisare che la funzione propria del controllo previsto dall'art. 100 co. 2 Cost., è quella assicurare la vigilanza sulle gestioni relative ai finanziamenti che gravano sul bilancio dello Stato, ciò che corrisponde ad un interesse preminente dello Stato medesimo. Sicché la considerazione di tale finalità primaria può giustificare la permanenza del controllo anche nei confronti di società partecipate se e fino a quando la gestione delle stesse resti nella disponibilità dello Stato e sia suscettibile di incidere, seppure indirettamente, sul bilancio statale. Ma, in particolare, per la Consulta rileva non già l'esistenza di disposizioni afferenti a statuti singolari, come tali derogatorie del diritto comune societario; è decisivo, piuttosto, se ben vediamo (i) "l'apporto patrimoniale" (elemento "oggettivo", riferito all'incidenza diretta o indiretta sulle finanze pubbliche) e congiuntamente (ii) la circostanza che la gestione di tali società sia attribuita allo Stato. La connotazione pubblicistica, insomma, non sembra essere affatto una preoccupazione della Corte né emerge come profilo rilevante nell'economia della decisione: d'altronde, la Corte Costituzionale non si esprime in tal senso, ponendosi piuttosto un problema di coerenza dell'impiego delle risorse pubbliche il cui controllo si profila, in ossequio all'Art. 100, co. 2, Cost., come un interesse "preminente" statale. Non è un caso, infatti, che la

stessa Corte abbia osservato che la gestione della società rimessa allo Stato può sussistere anche in assenza di norme derogatorie al diritto societario comune<sup>293</sup>.

Con altra decisione<sup>294</sup>, la Corte Costituzionale s'è pronunciata, in applicazione dell'art. 117, co. 2, lett. g), Cost. (secondo cui lo Stato è fornito di competenza esclusiva per ciò che riguarda l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali), sulla legittimità costituzionale dell'art. 30 della L. 28 dicembre 2001, n. 448, ove si prescrive che *“il Ministero del lavoro e delle politiche sociali si avvale di Italia Lavoro S.p.a., istituita con la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 13 maggio 1997 [...] per la promozione e la gestione di azioni nel campo delle politiche attive del lavoro e dell'assistenza tecnica ai servizi per l'impiego. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali assegna direttamente a Italia Lavoro Spa, con provvedimento amministrativo, funzioni, servizi e risorse relativi a tali compiti”*. La Consulta si è pronunciata positivamente, nel senso della costituzionalità della norma tacciata di illegittimità, sul presupposto che Italia Lavoro s.p.a. (*“speciale società per azioni”*), essendo costituita in base alla legge ed operante direttamente nell'ambito delle politiche di un Ministero come strumento organizzativo per il perseguimento di specifiche finalità, presenta tutti i caratteri dell'ente strumentale, salvo

---

<sup>293</sup> Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, cit., ivi.

<sup>294</sup> Corte Cost., 19 dicembre 2003, n. 363, in *Giur. Cost.*, 2003, pagg. 3752 ss.; nonché in *Foro Amm. CDS*, 2003, pag. 3566. La decisione è stata oggetto di numerosi commenti (anche non ravvicinati rispetto alla sua adozione); tra questi, si segnalano i contributi di A. MALTONI, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della L. n. 241/1990*, cit., pagg. 333 ss. e spec. pagg. 338 s.; SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., pag. 249; PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pagg. 385-386; NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, pagg. 999 ss.



quello di rivestire [...] la forma della società per azioni”; osservazione, quest’ultima, svolta al fine di sostenere che non può assumere rilievo per negare la sussistenza della potestà legislativa dello Stato *ex art. 117 Cost.* Diversamente dal caso precedente, insomma, ferma restando anche in questa decisione l’assenza di una qualificazione espressa in termini pubblicistici (seppure, ad onore del vero, la Consulta abbia detto qualcosa di molto vicino), la specialità dell’ente è stata ritenuta sussistente in ragione – non già dello statuto singolare in sé, ma – della stretta correlazione tra i fini perseguibili dalla società e quelli assegnati dal Ministero dell’Economia e delle Finanze. Viene d’altronde confermata la forma societaria (seppure denominata “speciale”) dell’ente (Italia lavoro s.p.a., nella fattispecie), non già, però, vi sono riferimenti, nella sentenza in discorso, alla “sostanza” pubblica<sup>295</sup>. La

---

<sup>295</sup> Del tutto diverso è il caso della sent. 1 febbraio 2006, n. 29 della Corte Costituzionale (in *Giorn. Dir. Amm.* 2006, pag. 616 ss., con nota di CAROSELLI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*), che – peraltro in espreso richiamo alla propria decisione n. 466/1993 – ha sancito la incostituzionalità di una disposizione recata da legge regionale<sup>295</sup> laddove non impone alle società a capitale interamente pubblico, ed affidatarie di un servizio pubblico, al rispetto della procedura ad evidenza pubblica a decorrere dal 1° gennaio 2007; parimenti non decisiva ai fini che ci occupano, avendo ad oggetto società delle quali non si tiene conto in questo lavoro, la Sent. Corte Costituzionale del 24 giugno 2004, n. 272, ove si è espressa nel senso dell’illegittimità di una disposizione della disciplina sui servizi pubblici locali, ed in particolare dell’art. 14, c. 1, lett. e) e c. 2 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326, e degli artt. 113 c. 7 e 113 bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. In particolare, in parte motiva si osserva che l’incostituzionalità è rintracciabile allorché, prescrivendo che la disposizione de qua deve considerarsi integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale, la disposizione estremamente dettagliata e autoapplicativa di cui all’art. 113, c. 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, pone in essere una illegittima compressione dell’autonomia regionale, risultando ingiustificato e non proporzionato rispetto all’obiettivo della tutela della concorrenza l’intervento legislativo statale.

Per le medesime ragioni è stato ritenuto illegittimo, in via consequenziale, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche l’art. 113 c. 7 (limitatamente al secondo e terzo periodo) del d.lgs. n. 267/2000, così come modificato dall’art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448. E’ altresì illegittimo l’art. 14, c. 2, del d.l. n. 269/2003 e, per illegittimità consequenziale, l’art. 113-bis del d.lgs. n. 267/2000,

conclusione nel senso della regola pubblica, dunque, è invocata unicamente in funzione di specifiche esigenze connesse con la corretta gestione finanziaria delle risorse pubbliche medesime, non già per effetto di una riqualificazione.

### 3. - RILIEVI CRITICI.

Volendo tracciare un quadro di sintesi, di là da alcune eccezioni – non sempre, però, sviluppate pienamente<sup>296</sup> – la dottrina e la giurisprudenza amministrativa<sup>297</sup> testé ripercorse, insomma, giungono alla riqualificazione in senso pubblicistico assumendo, più o meno implicitamente, una serie di presupposti che vale la pena mettere in evidenza.

(A) Un primo dato che emerge dalle tesi sostenute dalla dottrina amministrativistica e specialmente dall'esame degli arresti

---

poiché il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, in riferimento ai quali non esiste un mercato concorrenziale.

<sup>296</sup> Si allude a GOISIS (*Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., pagg. 218 ss. e in part. 223-224) il cui pensiero contiene comunque diversi spunti di interesse e, non per nulla, come già si è detto, rappresenta un caso abbastanza isolato nella univoca tendenza della dottrina amministrativistica a procedere nel senso della riqualificazione “pubblicistica”, per via della medesima “sostanza” rintracciata nelle società *de quibus*.

<sup>297</sup> Che, come si è anticipato nel testo, vengono qui accomunate stante la identità dei risultati (la prevalenza della sostanza pubblica su quella societaria) e la affinità (e, in alcuni casi, con singolare identità) dei percorsi argomentativi.

Sembra, invece, che le decisioni della Corte Costituzionale abbiano un diverso rilievo, rispetto a quelle del Consiglio di Stato, essendo le prime argomentate – si direbbe intenzionalmente – senza generalizzazioni di modo che non pare consentito valersi delle motivazioni di quelle decisioni oltre i confini che sono loro propri; la seconda, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, all'opposto, sembra procedere nell'argomentazione indicando criteri non riferibili alla sole società considerate, ma anzi estensibili a tutte le società legali, come si vedrà a breve nel testo.

giurisprudenziali del Consiglio di Stato, è la considerazione della società, e nella specie della società per azioni, quale istituto “causalmente neutro”. Il postulato, tuttavia, non è dimostrato, e sembra per lo più essere un “comodo” recepimento acritico di quella che costituisce una chiave di lettura della fattispecie societaria e che, peraltro, non accomuna neanche la dottrina giuscommercialistica<sup>298</sup>

(B) Un secondo dato (invero consequenziale) attiene all’idea per cui le società, caratterizzate dalla presenza del socio pubblico ed il cui statuto *normativo*, pertanto, sia orientato al fine di attribuire, al socio medesimo, particolari prerogative sul funzionamento di essa, possano essere riqualificate in senso pubblicistico, lascia intravedere la preferenza interpretativa per cui la disciplina residuale (cioè: quella che non contemplata dalle norme singolari e sul cui sfondo, per così dire, queste ultime si collocano) di tali società vada ricercata nella nozione di ente pubblico e, più precisamente, attraverso il confronto con la nozione di ente pubblico cui per coerenza le società legali andrebbero “assimilate”. Il che appare anzitutto operazione induttiva, laddove condotta nel senso della riqualificazione della società, anziché, come sembra più corretto, in relazione alle singole disposizioni nelle “si può” cogliere un’esigenza, emergente dal dato normativo, che deriva dalla presenza del socio pubblico. Ma, si crede, è qui è il discrimine. Lo spunto in tal senso è offerto dal richiamato indirizzo della Corte costituzionale, che – pur salvaguardando un interesse di volta in volta tutelato dalla legge (es. la potestà legislativa o il controllo

---

<sup>298</sup> Si allude allo scritto di SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, cit., *passim*, e in partic. pagg. 160 ss.; e si v.no anche D’ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai “battelli del Reno” alle “navi vichinghe”*, cit., pagg. 48 ss.; ID., *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*. *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., pagg. 34 ss. Sul punto si avrà modo di tornare a breve.

della Corte dei Conti tramite un proprio magistrato) - lascia impregiudicata ogni conclusione in ordine alla natura della società del cui statuto normativo si occupa. Come si è cercato di mettere in evidenza<sup>299</sup>, il *discrimen* tra la prima (la giurisprudenza amministrativa) e la seconda (la giurisprudenza costituzionale) sembra riguardare proprio questo aspetto: laddove la seconda si occupa dell'applicazione della singola norma dettata per l'ente pubblico; di contro la prima elabora sintomi di pubblicità riqualificando l'ente considerato<sup>300</sup>.

Tale operazione di riqualificazione, peraltro, non soltanto è in contrasto con l'espressa attribuzione privatistica, formale ma anche risultante dall'indirizzo del legislatore "storico"<sup>301</sup>, dalla quale desumere, piuttosto, che il legislatore stesso abbia inteso intraprendere un percorso teso all'applicazione della regola privatistica. Come si è cercato di evidenziare tratteggiando l'evoluzione storica del fenomeno di cui ci si occupa, in effetti, già all'indomani della codificazione del

<sup>299</sup> Supra, § 1.2, nonché la nota 184.

<sup>300</sup> Così, anche NAPOLITANO, *Soggetti privati "Enti pubblici"?*, cit., pagg. 801 ss.

<sup>301</sup> Come si è cercato di verificare nell'analisi storica condotta nel capitolo precedente, il ricorso alla "impresa pubblica" intesa come "impresa organo" negli anni del dopoguerra sino agli anni '90 è stata la via percorsa dal legislatore proprio per evitare il rischio di restare assoggettato alla disciplina privatistica (e, dunque, viene quasi in rilievo come scelta tesa a conservare, diremmo oggi, "una sacca di privilegio"); al contempo i processi di privatizzazione sono stati avviati - e così tendenzialmente si ritiene: G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994, pagg. 740 ss.; SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, pagg. 126 ss.; B. VISENTINI, *Ancora sui limiti della disciplina privatistica della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994, pagg. 729 ss.; P. FERRO LUZZI, *la trasformazione degli enti pubblici in s.p.a. e la speciale "riserva"*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pagg. 507 ss. - con l'intento di trasferire l'azione statale, dalla dimensione pubblicistica a quella privata e rispetto alla quale ultima le speciali "riserve" in favore dello Stato già costituiscono momento valutazione degli interessi pubblicistici. Non a caso nella stessa dottrina citata, d'altronde, la lettura della tendenza legislativa in discorso è stata interpretata, con diverse declinazioni, di come "fuga verso il diritto privato" o, comunque, come "fuga dal diritto amministrativo". Andare oltre, però, non sembra lecito, anche tenendo conto della traiettoria storica seguita dal legislatore.

1942, ente pubblico economico e società per azioni rappresentavano due figure (intenzionalmente) alternative<sup>302</sup>: il primo costituiva la forma tipica dell'impresa pubblica, sottoposto all'ordinaria disciplina privatistica con riferimento agli atti di gestione e a quella pubblicistica per quanto concerne gli atti di organizzazione; mentre la seconda rappresentava un modulo organizzativo rispetto al quale la forma prevaleva sulla sostanza (24), come del resto sembrava confermare il noto paragrafo 998 della Relazione al Codice Civile del Ministro Guardasigilli secondo cui in questi casi [ossia nelle ipotesi di partecipazione pubblica a società per azioni] è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle 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. Ciò anche con l'ulteriore complicazione derivante dal fatto che nella stessa dottrina amministrativistica non vi è identità di vedute sul "se", oltre che sul "come", sia possibile ricavare -

---

<sup>302</sup> La stessa Relazione ministeriale, al § 837, relativo all'art. 2093 cod. civ., osserva che l'intervento dello Stato in economia, anche sotto forma di gestione diretta, non è da ritenersi giustificato in base alla natura dell'attività, sibbene in ragione della mancanza o dell'insufficienza dell'iniziativa privata, nonché, più in generale, in ragione di interessi politici dello Stato; sicché, anche quando l'esercizio dell'impresa venga assunto da un ente pubblico con gestione diretta o se l'impresa si organizza come ente pubblico autonomo, non vi è una ragione che induca aprioristicamente ad escludere l'impresa pubblica dall'assoggettamento alla disciplina del codice civile che vale per l'impresa privata, rispetto alla quale opera sullo stesso piano. L'importanza, a fini interpretativi, della Relazione ministeriale *in parte qua* è sottolineata, in particolare, da RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, 2188-2202 c.c., in *Il Codice civile. Commentario*, a c. di P. Schlesinger, Milano, 2002, pag. 459; OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, v. VI, 1991, pag. 89, che, in considerazione dell'uniformità della disciplina alla quale è sottosta l'impresa, che venga gestita da un soggetto pubblico o da un soggetto privato, radica la finalità pubblica perseguita attraverso l'intervento diretto dello Stato in economia nella esigenza di supplire alla insufficiente iniziativa privata.

necessariamente in via interpretativa- una nozione unitaria di ente pubblico. L'operazione di riqualificazione, , insomma, ove fosse percorsa in pieno, sembrerebbe condurre a più incertezze applicative di quante non ne generi l'applicazione del diritto societario (*comune*) stante la "frantumazione" dei modelli secondo cui si presentano gli enti pubblici<sup>303</sup>.

(C) Un terzo rilievo è rappresentato dal fatto che l'orientamento tendente alla riqualificazione assume quale presupposto logico dell'applicazione della disciplina (che, come detto, solo così si possono giustificare le importanti deroghe: la circolarità è abbastanza evidente) un'idea sostanzialista (o, come è stato detto, "soggettiva") di ente pubblico; su cui peraltro, la stessa dottrina amministrativistica da un canto ne sottolinea il carattere recessivo; dall'altro canto non concorda a monte, esprimendosi essa, tendenzialmente, nel senso della generale atipicità degli enti pubblici e, anzi, giungendo in proposito ad affermare che "*non è neppure un istituto, ma la somma di un insieme di istituti*"<sup>304</sup>. La riqualificazione così operata, allora, si rivela tanto più pericolosa - per effetto della "anfibia" che ne è il risultato<sup>305</sup> - ove

<sup>303</sup> E, come più volte detto, l'osservazione circa la detipizzazione degli enti pubblici è ormai comune a molti studiosi del diritto amministrativo; cfr. note seguenti.

<sup>304</sup> CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., pagg. 85 ss.; ID., *Il problema degli enti pubblici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, III, pagg. 177 ss. Di crisi della nozione di ente pubblico, della quale sarebbe testimonianza non soltanto il fenomeno delle società partecipate ma anche, tra gli altri, i casi delle unità sanitarie locali, costituite in "aziende con personalità di diritto pubblico e autonomia imprenditoriale", organizzate e funzionanti "con atto aziendale di diritto privato nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni generali", NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, cit., pagg. 819 ss. e già V. CERULLI IRELLI, *"Ente pubblico": problemi d'identificazione e disciplina applicabile*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, pagg. 512 ss.

<sup>305</sup> Su cui già GIANNINI, *Diritto amministrativo*, v. I, Milano, 1993, pagg. 19 s.

si consideri l'incertezza della definizione di precisi contorni di quel paradigma tipico la cui applicazione si predica in luogo di quella indicata dal legislatore<sup>306</sup>.

(D) Un quarto rilievo è dato dall'impiego di nozioni di cui sembra non cogliersi il valore eminentemente funzionale, e che vengono invece utilizzate per sposare una interpretazione, della nozione medesima, definita "essenzialista"<sup>307</sup>. Ci si riferisce all'impiego della nozione di organismo di diritto pubblico, di derivazione comunitaria (e poi recepita nel nostro ordinamento dall'art. 3 comma 26 del D.Lgs. 153/2006) ed elaborata, in chiave appunto funzionale, in ossequio alla finalità di contribuire alla realizzazione, nel mercato comunitario, della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi; ciò che è stato ritenuto conseguibile: (i) attraverso l'eliminazione di specifiche restrizioni all'interno degli ordinamenti nazionali, idonee a privilegiare le imprese nazionali; e (ii) attraverso l'armonizzazione delle normative degli Stati membri in materia di selezione del contraente<sup>308</sup>. Il percorso, anche in sede comunitaria, è stato lungo e articolato; l'esame integrale di esso trascende le finalità e gli obiettivi di questa indagine. Può nondimeno specificarsi che l'assetto normativo odierno, si propone, quali finalità ultime dell'armonizzazione: (i) l'individuazione di talune categorie di appalto per le quali il problema concorrenziale si pone con particolare sensibilità, ossia gli appalti pubblici con valore superiore ad

---

<sup>306</sup> Ed in termini, già, CAIANIELLO, *Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. soc.*, 1992, pagg. 197-198. E più recentemente, NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, cit., pagg. 801 ss.

<sup>307</sup> Così, NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, cit., pagg. 801 ss. e in partic. pag. 808.

<sup>308</sup> Così, ad esempio, già la Direttiva CEE del 26 luglio 1971, n. 71/305, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; nonché la Direttiva del CEE 21 dicembre 1976, n. 77/62, sugli appalti pubblici di forniture.

una certa soglia<sup>309</sup>; (ii) la garanzia della elaborazione di disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione, onde assicurare gli effetti dei principi generali dell'ordinamento comunitario e "assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza"<sup>310</sup>; (iii) lo scopo di evitare il rischio che gli offerenti candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e che queste ultime compiano scelte economicamente inefficienti<sup>311</sup>. Tanto meno giustificabile è allora quell'approccio riqualificatorio, che come visto fa ripetutamente leva sulla natura sostanziale che informerebbe (sino, appunto alla riqualificazione) l'ente partecipato, facendo ricorso ai requisiti indispensabili (personalità giuridica, preordinazione al soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale né commerciale, l'influenza pubblica dominante<sup>312</sup>) perché

<sup>309</sup> Regolamento CE n. 1422/2007 della Commissione del 4 dicembre 2007 che modifica le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti.

<sup>310</sup> Art. 1 Direttiva CE del 31 marzo 2004, n. 2004/17, in materia di coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali; nonché la Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi; la Direttiva CE 13 luglio 2009, n. 2009/81 (a modifica delle richiamate Direttive nn. 2004/17 e n. 2004/18), di coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori.

<sup>311</sup> In termini, si v. no Corte Giust. CE, 3 ottobre 2000, *The Queen c. H.M. Treasury*, ex parte the University of Cambridge, causa C-380/98; Corte Giust. CE, 12 dicembre 2002, *Universale Bau AG, e al. C. Entorgungsbetriebe Simmering GmbH*, punto 51; Corte Giust. CE, 27 febbraio 2003, *Adolf Truley c. Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, punto 41; tutte consultabili sul sito internet [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>312</sup> Che a propria volta riposa sull'esistenza di finanziamenti pubblici maggioritari; sulla influenza pubblica, ex lege o di fatto, spiegata in ordine alla composizione degli organi direttivi, amministrativi e di vigilanza; e sull'esistenza di un controllo sulla gestione, intesa quale forma di verifica della gestione economica



si possa verificare in capo ad un ente considerato la “qualità” di organismo di diritto pubblico per finalità estranee<sup>313</sup> alla nozione (ad esempio, individuare la disciplina applicabile nell’ambito di controversie in materia di accesso relative all’instaurazione di rapporti contrattuali, in materia di appalti o, ancora, in materia di lavoro)<sup>314</sup>.

(E) Un quinto rilievo è relativo alla portata delle “importanti deroghe”, rispetto alle quali le innovazioni apportate dalla riforma del diritto societario mitigano senz’altro il valore di tale “sintomo di pubblicità”. In un recente bilancio<sup>315</sup> delle riforme che, negli ultimi anni, hanno interessato la attuale conformazione del diritto dell’impresa, si è precisato che “*la riforma del diritto societario del 2003 ha il merito di aver adeguato il nostro sistema alla complessità e poliedricità del fenomeno impresa*”; e, per ciò che concerne le riforme che si sono avute sul piano strettamente societario, tale risultato è stato ottenuto

---

dell’ente e dei relativi investimenti, attraverso l’esame della documentazione contabile. Sulla esatta portata di tali requisiti, oltre agli autori citati nelle precedenti note, cfr. GAROFOLI, Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione, Urb. App., 1997, pagg. 963 ss; COLOMBARI, Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell’ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno, Riv. it. Dir. pubbl. com., 2004, I, pagg. 275 ss..

<sup>313</sup> Così, T.A.R. Puglia -Bari, sentenza 27 ottobre 2006, n. 3828, cit.; T.A.R. Lombardia, Ord. Del 5 marzo 1999, in Urb. e app., 1999, pagg. 1336.; e si v. anche Cons. St., Sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1627, in Giorn. dir. amm., 1999, pagg. 17 ss.

<sup>314</sup> Su tali aspetti, DELLA SCALA, *sub vocem Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2010, pagg. 347 ss.; in senso critico verso tale orientamento giurisprudenziale, già GRECO, Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, in Riv. It., dir. pubbl. com., 2000, pag. 841, ove l’osservazione critica verso la tendenza ad attribuire forza espansiva alla nozione di organismo di diritto pubblico; nonché, ancora, più recentemente, NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, cit., pag. 810.

<sup>315</sup> G. PALMIERI, *Le grandi riforme del diritto dell’impresa nell’Italia contemporanea*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, pagg. 251 ss. in argomento cfr. anche, all’indomani della riforma, OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, pagg. 471 ss.; nonché ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, *passim*.

attraverso il maggior ruolo attribuito all'autonomia privata nella regolazione, "a propria discrezione" (e seppure con alcuni precisi limiti: il regime di responsabilità nei confronti dei terzi), dell'assetto organizzativo della società.

Ai nostri fini, da non trascurare è, in primo luogo, la circostanza che le "importanti deroghe" debbano essere valutate proprio tenendo conto della caratteristica della elasticità del modello organizzativo rispetto al quale si predica la (così determinante e "riqualificante") deviazione. Ovvio, infatti, che una "importante deroga" finisce per non atteggiarsi più come tale allorché essa appartenga al novero delle scelte che, in sede di esercizio dell'autonomia privata, sono ritenute comunque compatibili con il (sotto)tipo di cui si discorra<sup>316</sup>.

E così, pur volendo prescindere dalla unipersonalità delle s.p.a. che in passato ha condotto parte della dottrina ha evidenziare l'anomalia delle società pubbliche e legali in specie<sup>317</sup>, e che invece, oggi, costituisce una "normale" tecnica di articolazione del patrimonio imprenditoriale<sup>318</sup>; e prescindendo anche dalla circostanza per cui le società di capitali già registrano sensibili differenze in ordine alla assenza di proporzionalità del potere sociale dei partecipanti

---

<sup>316</sup> Così, tra gli altri, RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Soc.*, 2005, pagg. 423 ss.; IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, pagg. 3 ss.; nonché OPPO, *Pubblico e privato nelle società a partecipazione pubblica*, cit., pagg. 160-161.

<sup>317</sup> MARASÀ, sub vocem *Società speciali e società anomale*, cit., pagg. 2 ss.

<sup>318</sup> SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pagg. 17 ss.; ID., *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito (rileggendo la manualistica istituzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pagg. 842 ss. (ove la precisazione per cui vi è "equivalenza funzionale tra personalità giuridica e articolazione di un patrimonio in compendi separati"). In argomento la bibliografia è già particolarmente vasta; sia consentito rinviare tra gli altri a SANFILIPPO, *commento sub art. 2362*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, a c. di Niccolini-Stagno D'Alcontres, v. I, Napoli, 2004, pagg. 422 ss.

all'iniziativa associativa sul piano gestorio (si allude alle società in accomandita per azioni; ma analogo discorso potrebbe condursi in relazione alla possibilità, delineata dall'art. 2468, co. 3, cod. civ., che lo statuto preveda l'attribuzione ai soci di particolari diritti amministrativi<sup>319</sup>). A prescindere da tali peculiarità, v'è che il diritto societario riformato consente oggi di introdurre significative differenze sul piano del "peso specifico" dei partecipanti all'iniziativa, essendo possibile: l'assegnazione non proporzionale alle azioni o la non proporzionalità tra misura della partecipazione e "misura" del voto; la limitazione del voto limitato a certe deliberazioni o anche la privazione del medesimo diritto a vantaggio di "altri soci"; l'influenza sul piano assembleare ed organizzativo ai titolari di strumenti partecipativi<sup>320</sup>.

<sup>319</sup> Su cui, anche in questo caso, la dottrina ha focalizzato molta attenzione; si v. no tra gli altri, G. PALMIERI, *Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomia statutaria nella s.r.l.*, in Riv. soc., 2012, pagg. 877 ss.; DE LUCA, *Partecipazione "azionaria" e tipicità delle società di capitali*, in Riv. dir. civ., 2004, II, spec. pag. 885; DE STASIO, *commento sub art. 2468*, in AA.VV. *Codice commentato delle s.r.l.*, a dir. da Benazzo-Patriarca, Torino, 2006, pag. 142; FAZZUTTI, *commento sub art. 2468*, in AA.VV., *Le nuove leggi dell'economia. La riforma delle società. La società a responsabilità limitata. Liquidazione, gruppi, trasformazione, fusione, scissione*, v. III, a c. di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, pag. 263; DACCÒ, *I diritti particolari del socio nella s.r.l.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, dir. da P. Abbadessa-G.B. Portale, Torino, 2006, pagg. 393 ss.; REVIGLIONE, *commento sub art. 2468*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, dir. da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, pag. 1789; ABETE, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, in Soc., 2006, pagg. 295 ss.

<sup>320</sup> Per un approfondimento su tali istituti portati dalla novella del diritto societario, sia consentito limitare il rinvio ai seguenti contributi ed autori: ALLEGRI, *Categorie di azioni e strumenti finanziari partecipativi*, in Riv. dir. impr., 2004, pagg. 239 ss.; BARTALENA, *Le nuove tipologie di strumenti finanziari*, in Banca, borsa e tit cred., 2004, I, pagg. 293 ss.; M. CIAN, *Investitori non azionisti e diritti amministrativi nella "nuova" s.p.a.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, dir. Da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, pagg. 749 ss.; G. FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in Riv. dir. comm., 2003, pagg. 805 ss., e spec. pag. 815; P. FERRO LUZZI, *La "diversa assegnazione delle azioni" (art. 2346, comma 4°, c.c.)*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, cit., pagg. 584 ss.; RESCIO, *Distribuzione di azioni non proporzionale ai conferimenti effettuati dai soci di s.p.a.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario tra società private e società aperte*, a c. di Benazzo-Patriarca-Presti, Milano, 2003, pagg. 107 ss.

Accanto a tali previsioni, per così dire, di diritto comune, vi sono poi quelle specificamente dettate in funzione della presenza pubblica (artt. 2449 e 2451 cod. civ.) e per le quali dunque non sembra postulabile un dubbio in termini di “importante deroga”. In particolare la seconda<sup>321</sup> disposizione menzionata, l’art. 2451 cod. civ., seppure limitatamente alle (non meglio definite) società di “interesse nazionale”, conferma a chiare lettere la riconducibilità al modello delle s.p.a. pur in presenza di disposizioni (peraltro: di legge speciale) che introducano deroghe che abbiano ad oggetto “la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti”<sup>322</sup>.

<sup>321</sup> Posto che l’art. 2449 cod. civ. è stato oggetto, come già riferito, di un intervento legislativo (art. 13, L. 25 febbraio 2008, n. 34) teso a ridurre l’influenza “sproporzionata” dello Stato o degli enti pubblici sulla composizione degli organi sociali delle società nelle quali i primi detenessero partecipazioni (nella precedente formulazione dell’art. 2449 cod. civ., che essenzialmente replicava, con meri adattamenti linguistici, il previgente art. 2458 cod. civ., era attribuita allo Stato o agli altri enti pubblici il potere di nomina dei componenti degli organi sociali al di fuori di una espressa logica di proporzionalità). Sia consentito per ora limitare il rinvio a PERICU, *commento sub artt. 2449-2450*, in AA.VV., *Le società di capitali. Commentario*, a c. di G. Niccolini – A. Stagno D’Alcontres, Napoli, 2004, pagg. 1310 ss.; DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Tratt. Dir. Comm.*, dir. da V. Buonocore, cit., *passim*, e, in relazione all’adeguamento dell’art. 2449 cod. civ. alle sollecitazioni di origine comunitaria, spec. pagg. 5 ss.; PETRAZZINI, *commento sub artt. 2449-2450*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, dir. da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, pag. 1696; DEMURO, L’incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c., in *Giur. comm.*, 2008, II, pagg. 594 ss.; e già MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1954, I, pagg. 712 ss.; ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, in *Impr. cr. p.a.*, 1975, I, pagg. 369 ss.; ASCARELLI, *Controllori e amministratori dell’anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, pagg. 286 ss.

<sup>322</sup> Sull’importanza che può assumere ai nostri fini questa disposizione si tornerà a breve. Per ora si limita il rinvio alle trattazioni di carattere generale: A. ROSSI, *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e le società di interesse nazionale*, in AA.VV., *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, v. XVII, Torino, 1985, pagg. 222 ss.; SALERNO, *sub art. 2451*, in AA.VV., *Codice commentato delle S.p.a.*, v. II, dir. da Fauceglia-Schiano di Pepe, Torino, 2007, pagg. 1446 ss.; SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002, *passim*; G. VISENTINI, *commento sub art. 2451*, in AA.VV., *Le società di capitali. Commentario*, a c. di G. Niccolini – A. Stagno D’Alcontres, cit., pagg. 1317 ss.

(F) Un sesto rilievo, più complesso, riguarda il metodo interpretativo che viene seguito dalla giurisprudenza, teorica e pratica, “riqualificatoria”. Benché tale critica possa essere propriamente rivolta soltanto ad alcuni dei criteri impiegati nell’individuazione dei richiamati “sintomi di pubblicità” (e in particolare il problema riguarda il criterio della costituzione per via legale o con provvedimento amministrativo previa specifica legge autorizzativa; e le “importanti deroghe”) sembra rintracciabile, infatti, nella dottrina amministrativistica segnalata, una premessa – non esposta a chiare lettere ma non per questo non visibile – che rende non omologabile (o quanto meno fortemente inappagante) la conclusione cui perviene.

Come detto, in tutti i casi in cui la dottrina indicata (ed invero, lo stesso potrebbe dirsi anche della giurisprudenza amministrativa, per via dell’osmosi argomentativa già segnalata) giunge alla conclusione della riqualificazione in senso pubblicistico a proposito di società risultanti da statuti singolari, procede, ovviamente, alla *riqualificazione della fattispecie*. E, in particolare, dalla qualificazione societaria alla qualificazione come “ente pubblico”.

L’effetto, come visto, consiste nel fatto che lo statuto generale della prima troverà applicazione, in questa prospettiva, dove non derogato dalle norme espressamente dettate per quell’ente considerato (ciò che è ovvio e attiene al rapporto tra norma generale e norma speciale); e, di qui l’ulteriore conclusione per cui, essendo quelle disposizioni – speciali – rispondenti all’interesse pubblico che è sotteso all’azione dell’ente, le stesse norme denunciano la prevalenza di tale “sostanza”, su tutto “il resto” (più precisamente, sul diritto comune societario).

Il passaggio che va dal presupposto alla conclusione si articola,

dunque, su molti livelli. Lo stesso passaggio richiede, infatti, una operazione di ortopedia “interpretativa” della legge volta a selezionare quelle “importanti deroghe”; attraverso esse, la difformità tipologica dalla società per azioni; attraverso tale difformità, il riconoscimento della sostanza pubblica risultante da quelle stesse “importanti deroghe”; di qui, l’ulteriore passaggio rappresentato dall’operazione di ortopedia che, sul piano applicativo, porti a concludere nel senso dell’individuazione delle norme del diritto societario comune da disapplicare e, allo stesso tempo, da integrare, di rimando dalla sostanza pubblica.

Un piano argomentare (di là dalle conclusioni cui si giunge) sembra, però, che debba imporre preliminarmente un’altra serie di osservazioni.

Gli è che, anzitutto, la *specialità* è un criterio logico-formale per ordinare le singole “componenti” in cui si articola un dato apparato normativo e il rapporto tra i due elementi della coppia linguistica generale-speciale, ha valore conoscitivo ed è necessariamente relazionale: non può darsi una norma speciale che non abbia un proprio referente in una norma generale, cui aggiunga un elemento della fattispecie che dia conto del diverso effetto prodotto dalla prima rispetto alla seconda<sup>323</sup>. Ma, a ben vedere, è proprio questa la tecnica legislativa che adotta il legislatore nei casi di società legali.

Il legislatore, più esattamente, nei casi delle società di cui ci si sta occupando, detta una regola che è riferita a talune “ipotesi” (più o

---

<sup>323</sup> Su tali argomenti cfr. LIBERTINI, *Alla ricerca di un “diritto privato generale” (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, pagg. 541 ss., spec. pagg. 542, 548 e 549; IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in ID., *L’età della decodificazione*, Milano 1999, pagg. 55 ss.; ma rilievi in tal senso anche in OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pagg. 157 ss.

meno ampie, per il momento non sembra influire sul ragionamento) la cui specialità è legata proprio alla individuazione (si badi: ad opera dello stesso legislatore) del rispettivo referente generale nel diritto societario comune. L'impiego dell'acronimo s.p.a.; la qualificazione a chiare lettere in tal senso anche negli statuti normativi singolari; il richiamo espresso e più volte operato a norme del diritto societario comune, da applicare o disapplicare; la nomenclatura impiegata nelle leggi costitutive in relazione ai singoli momenti organizzativi e/o istituti (azioni; amministratori e Consiglio di amministrazione; diritti dell'azionista; voto; capitale sociale), ne sono l'evidenza. Tali osservazioni, se anche non fossero ritenute definitivamente risolutive, sicuramente non possono essere trascurate nel considerare la "cifra" della specialità degli statuti singolari.

Altro è a dirsi per la norma "singolare", nozione che rimanda al modo in cui si atteggia – da un punto di vista quantitativo, in termini di maggiore o minore grado di astrattezza della fattispecie considerata – il contenuto di quella norma, e che in tanto può dirsi tale, ovvero singolare, in quanto abbia "ad oggetto" un (solo) destinatario predeterminato (o un solo specifico caso, o un solo bene, *etc.*<sup>324</sup>); e, nel caso che ci occupa, alle volte, può anche non esservi un soggetto predeterminato, posto che gli effetti recati dalla disciplina delle società di diritto singolare hanno (*recte*: possono avere in alcuni casi) referenti (destinatari) non ancora esistenti al momento dell'adozione della legge costitutiva (è il caso della società costituita *ex novo* dalla legge)<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, pagg. 89 ss.

<sup>325</sup> Evidenziano tale peculiarità degli statuti singolari di cui ci si occupa anche IBBA, *Gli statuti singolari*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, cit., pagg. 525 ss.; nonché PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pagg. 22 ss.

Se, come visto, i criteri da utilizzare per distinguere tra la costruzione di una norma come singolare sono del tutto differenti da quelli valevoli per la costruzione di una norma come speciale (che in tanto può dirsi tale, in quanto sia in rapporto ad una norma ad essa generale), può allora effettivamente accadere che una norma singolare sia o meno speciale, ciò che può determinare una sovrapposizione (nel senso che una norma singolare può e può non essere speciale). Ma, giova precisarlo e ribadirlo, restano comunque criteri differenziati; relazionale, l'uno; riferito alla "ampiezza" del contenuto, l'altro.

Per tornare ai casi delle società di cui ci si occupa, ma restando, per un momento, asettici rispetto al contenuto specifico degli statuti singolari che si sono esaminati<sup>326</sup>, la singolarità non necessariamente comporterà la specialità della fattispecie e/o della disciplina, potendo anzi tale singolarità limitarsi a replicare un dato statuto normativo<sup>327</sup> (ad esempio limitandosi la singolarità a "trasformare" l'ente da pubblico in privato. Nel qual caso vi sarebbe, sì, anche specialità, perché vi sono già delle regole di diritto comune societario che presiedono alla regolazione della fase costitutiva, ma a ben vedere la specialità avrebbe ad oggetto solo quella fase).

Da quanto precede, e accogliendo i risultati cui perviene anche la dottrina in ordine a tali classificazioni di teoria generale del diritto<sup>328</sup>, sembra potersi aggiungere che la singolarità, non essendo criterio di

---

<sup>326</sup> *Supra*, Cap. II, parte II.

<sup>327</sup> SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., ibidem.

<sup>328</sup> I già citati SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pagg. 89 ss.; LIBERTINI, *Alla ricerca di un "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, cit., pagg. 541 ss., spec. pagg. 542, 548 e 549; IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in ID., *L'età della decodificazione*, pagg. 55 ss.; OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., pagg. 157 ss. E si v. anche IBBA, "Generale" e "speciale" nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pagg. 473 ss.



classificazione che presuppone relazione tra norme, è criterio didascalico, non funzionale alla soluzione di problemi interpretativi nei rapporti tra norme; se non, al più, nel senso di precludere un'interpretazione che non sia rigorosa e tassativa. In altri termini, una disposizione di legge singolare è chiaramente dettata in funzione di quel caso e secondo quelle regole: forzare il dato normativo – per ragioni più o meno condivisibili – sembra essere operazione quanto meno “sconsigliata” dal contenuto intenzionalmente singolare di una disposizione (o di un gruppo di disposizioni). La riqualificazione operata dalla dottrina amministrativistica, teorica e pratica, sembra però andare proprio in questo senso e, più esattamente, allorché (i) si inferisce la natura pubblica agli enti costituiti da apposita legge, con ciò adoperando un criterio, quello della singolarità, in funzione conoscitiva, ma che non può essere deputato a tal fine; (ii) inoltre, dall'esistenza di una norma singolare (che si esprime in senso “societario”) si conduce un itinerario argomentativo non teso a colmare lacune ma ad affermare positivamente l'applicazione di una data norma perché ritenuta prevalente, a scapito dell'interpretazione restrittiva coerente con le peculiarità di una norma singolare (ché, altrimenti, cesserebbe di essere singolare) che si esprime in senso opposto<sup>329</sup>. In breve: dalla singolarità – in sé – non sembra lecito trarre

---

<sup>329</sup> Non sembra, poi, superfluo trascurare che l'espressione “a fattispecie esclusiva” (nel che consiste ogni statuto singolare) non è da porsi sullo stesso piano del “concetto” di fattispecie societaria. L'una e l'altra, effettivamente coincidono da un punto di vista, per così dire, cronologico, per via del fatto che si ha una costituzione legale di una società per azioni. La seconda (la s.p.a.), però, nel contesto delle società legali, ci sembra presentarsi come “fatto” rispetto alla prima, la società costituita per legge. La s.p.a. codicistica, insomma, se ben vediamo, si presenta come “antecedente” della produzione degli effetti che vuole produrre anche la società legale, proprio perché è ad essa che rimanda.

In tal senso, può dirsi che la riqualificazione pubblicistica operata secondo la logica richiamata nel testo sembra soffrire di una precomprensione, percepibile allo

la conclusione di una riqualificazione ch , anzi, la singolarit  sembra pi  correttamente intesa nel senso che   gi  essa stessa momento di valutazione degli interessi pubblicistici.

Dirimente, poi,   l'intervento del 2009 delle Sezioni unite della Suprema Corte<sup>330</sup> circa la natura certamente privatistica delle societ  pubbliche – nel caso di specie il giudizio era tra l'altro riferito ad una delle societ  prese in considerazione: ENEL s.p.a. – in punto di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice contabile rispetto alle ipotesi di responsabilit  di amministratori e dipendenti di societ  a partecipazione pubblica (legale); problema, rispetto al quale ha accreditato un sistema di responsabilit  fondato sulla giurisdizione del giudice ordinario per le ipotesi di responsabilit  per danni inferti dagli amministratori alla societ  e su quella della Corte dei conti per le azioni ricadenti nell'ambito dell'art. 2395 cod. civ. (allorch  sia direttamente leso il socio pubblico), a meno che la partecipazione pubblica non ecceda il 50% del capitale sociale (per effetto dell'intervento legislativo: art. 16 bis D.L. 31/2008) sul presupposto della irrilevanza: della provenienza delle risorse a servizio dell'attivit , della natura pubblica del socio partecipante all'iniziativa, delle alterazioni imposta dalla legge singolare al funzionamento della societ <sup>331</sup>. Profili, questi, come

---

stesso modo di quanto sia "misurabile" lo scarto tra analogia iuris e analogia legis: volendo esasperare il ragionamento, quanto pi  si predica la esclusivit  di una fattispecie, tanto pi  logico   cercare all'interno dei quel microsistema la propria ragion d'essere.

<sup>330</sup> Cass. SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, in in *Giur. comm.*, 2011, II, pag. 315.

<sup>331</sup> La decisione   stata oggetto di numerosi commenti che ne hanno evidenziato il grado di novit , sia alla luce dell'orientamento precedente della Suprema Corte, sia della giurisprudenza della Corte dei conti ; in arg. sia consentito rinviare a CAGNASSO, *Una "brusca frenata" da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilit  amministrativo contabile*, in *Giur. It.*, 2010, pagg. 853 ss.;

visto, sistematicamente impiegati quali sintomi della pubblicità e che, la Suprema Corte, ha ritenuto non non conducenti a fini qualificatori.

“Prendendo in prestito” le parole di un autorevole studioso, quanto precede vuole essere conferma del fatto che *“se per legge un codice organizzativo, da adottarsi da un’intera classe, variamente perimetrata, di iniziative o da una iniziativa data, è definito come: società per azioni, è inutile chiedersi se quel codice sia tipologicamente una società per azioni; deve invece senz’altro concedersi che il diritto azionario comune si applichi a tutte le iniziative incluse nella classe o all’iniziativa singolarmente considerata, in via residuale; e l’interprete che tenga a legittimare la propria attività conoscitiva dovrà, non già confrontarsi con interrogativi tipologici (è la società per azioni ope legis “vera società” per azioni?) bensì con interrogativi di compatibilità del regime residuale rispetto a quello singolare o speciale”*<sup>332</sup>.

#### 4. – SPUNTI RICOSTRUTTIVI . LA DOTTRINA GIUSCOMMERCILISTICA E LO SCOPO DI LUCRO. UNA NOTAZIONE PRELIMINARE SUL METODO AI FINI

FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.* 2011, pagg. 315 ss. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti?*, in *Giur. comm.*, 2012, pag. 641. La decisione è stata invero seguita, quasi immediatamente, da un’ordinanza che limitatamente al caso della RAI ha riconosciuto in capo a quest’ultima la *“natura sostanziale di ente assimilabile ad una amministrazione pubblica”*, così stabilendo che *“compete al giudice contabile la giurisdizione in ordine alle azioni di responsabilità amministrativa esercitate per ottenere il risarcimento dei danni che si assume essere stati cagionati alla s.p.a. RAI da componenti del suo consiglio di amministrazione e da dipendenti della stessa società e dagli enti pubblici azionisti, in seguito alla nomina del direttore generale e alla conclusione di contratti attinenti al trattamento economico del direttore generale e degli ex direttori generali”*, sul presupposto di dover fare salva la specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*.

<sup>332</sup> Il brano riportato nel testo è di SPADA in SPADA-SCIUTO, *Il tipo della società per azioni*, in AA.VV., *Tipo. Costituzione. Nullità*, in *Trattato delle società per azioni*, a c. di a G. E. Colombo -G. B. Portale, 2004, Torino, 2004, v. I, pag. 91; nonché, dello stesso autore, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, pag. 103; ID., *Classi e tipi dopo la riforma organica (guardando alla “nuova” società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, I, pagg. 489 ss. Si v. anche A. DALMARTELLO, *Società tipiche e clausole atipiche*, in *Riv. dott. comm.*, 1960, pagg. 216 ss.

## DEL PROSIEGUO DELL'INDAGINE.

Le conclusioni cui si è pervenuti sono analoghe a quelle di altro Autore, che alla stregua di itinerario argomentativo in parte diverso e funzionale a obiettivi di ricerca non pienamente coincidenti rispetto a quello che ci occupa<sup>333</sup>, ha articolato, a fini conoscitivi, le società che (di regola) presentano, sì, una partecipazione pubblica, ma l'angolo visuale impiegato è stato quello del "grado" di *acontrattualità* che ne caratterizza la costituzione (dando luogo alla già riferita tripartizione tra società autorizzate, obbligatorie e coattive).

Si è messo in evidenza, in questo fondamentale contributo in materia, che l'assenza di *contattualità* non incide sulla produzione della fattispecie societaria, ciò che invero accade anche allorché si intenda agisca in giudizio per ottenere (e si ottenga) pronuncia giudiziale (costitutiva) di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, *ex art. 2392 cod. civ.*, rinveniente dalla stipulazione del contratto preliminare di società<sup>334</sup>, seppure con ogni *caveat* del caso in ragione

<sup>333</sup> IBBA, *Le società "legali"*, cit., passim, e spec. pag. 113 ss.; ID., *Gli statuti singolari*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, cit., pagg. 579 ss.

<sup>334</sup> In dottrina, per la soluzione affermativa, G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da F. Vassalli, Torino, 1985, pag. 133; BORGIOLO, *Il contratto preliminare di società*, in *Riv. soc.*, 1982, pag. 487; nel senso che la indicazione del tipo "società per azioni", essenziale nell'atto costitutivo ma non altrettanto indispensabile nelle società per azioni, SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione "preliminare" della società*, in *Giur. Comm.*, 1974, II, pagg. 662 ss. Nello stesso senso, più di recente, STELLA RICHTER Jr, *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, in *Tratt. delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, v. I, cit., pagg. 165 ss., in part. pag. 178, ove il rilievo per cui il contratto preliminare "si pone come un classico negozio suscettibile di di tradizionale interpretazione e qualificazione (ed eventualmente anche riqualificazione) e non come un atto (come quello costitutivo) oggetto di un giudizio di conformità al modello"; si v. anche ID., *Atto costitutivo (commento sub artt. 2326-2328)*, AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, dir. da L. Bianchi - F. Ghezzi - P. Marchetti - M. Notari, Milano, 2008, pagg. 75 ss. Recentemente anche MATTIONI, *Il contratto preliminare di società*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, pagg. 371 ss.

della natura associativa del rapporto; della necessaria compartecipazione, anche dei soci coartati e renitenti o inerti rispetto alla stipulazione “del definitivo”, allo svolgimento dell’attività in comune. Problemi questi, che ovviamente si potrebbero porre solo nelle società obbligatorie e non anche nelle società coattive nelle quali l’istituzione per via legislativa supplisce ad ogni elemento necessario per il perfezionamento della fattispecie, laddove nelle società obbligatorie<sup>335</sup> ciò potrebbe avvenire soltanto o, appunto, mediante sentenza costitutiva che tenga luogo dell’inerzia o renitenza di alcuno dei destinatari dell’obbligo di costituire la società; ovvero nella possibilità riconosciuta agli altri soci di dar corso agli adempimenti necessari al perfezionamento della fattispecie.

Gli è che, in ogni caso, la carenza (maggiore o “assoluta”, in fase genetica, nel caso delle società coattive; o minore, nel caso delle società

---

In giurisprudenza, Cass. civ. Sez. I, sent., 18 giugno 2008, n. 16597 (che, però, si esprime con particolare rigore sull’indicazione, già nel preliminare, quanto meno del tipo sociale che le parti intendono costituire, versando altrimenti in ipotesi di indeterminatezza dell’oggetto, da cui deriva la inammissibile sostituzione del giudice alle parti nella definizione del contenuto negoziale incompleto), in *Contr.*, 2008, pag. 1042; Cass. civ., Sez. III, 23 giugno 1997, n. 5578, in *Corr. Giur.*, 1997, pag. 888; Cass. Civ., sez. I, 28 gennaio 1986, n. 550, in *Soc.*, 1986, pag. 511; Cass. Civ., sez. I, 1 giugno 1985, n. 3389, *Riv. not.*, 1986, II, pag. 940. Cass. Civ., sez. I, 11 aprile 1975, n. 1365, in *Foro it.*, 1976, I, pagg.175 ss; e, nella giurisprudenza di merito, Corte App. Roma Sez. II, 31 luglio 2001, in *Contr.*, 2002, pag. 769. In senso contrario, seppure in relazione alla esecuzione in forma specifica di un contratto tra soci coi quali questi si erano vincolati alla trasformazione da società in accomandita semplice in società a responsabilità limitata (risolta in senso negativo sul presupposto che detto accordo non prelude ad un contratto definitivo, ma ad un atto unilaterale interno all’organismo societario, e, pertanto, il giudice sarebbe chiamato non già a decidere sul contrasto tra le parti, ma a sostituirsi alla stessa decisione interna societaria e all’indefettibile procedimento di cui agli artt. 2500 e 2500 *ter* cod. civ.), Cass. civ. Sez. I, 2 agosto 2012, n. 13904, in *Notariato*, 2012, pagg. 630 ss.

<sup>335</sup> Distinzione, questa, che conducendo all’applicazione di normative differenziate, mantiene la propria utilità conoscitiva.

obbligatorie<sup>336</sup>) di contrattualità della fattispecie costitutiva non influisce, negativamente sulla produzione della fattispecie.

La domanda, così posta, in effetti, non è nuova e da tempo interessa gli studiosi del diritto civile che, tradizionalmente, rinvencono nell'atto di autonomia negoziale (di cui il contratto, quale categoria è manifestazione; e all'interno di essa si deve senz'altro annoverare il contratto di società) la più genuina forma di libertà di determinare e comporre da sé il contenuto e l'assetto dei propri interessi<sup>337</sup>; a fronte di tale concezione dell'autonomia privata, va da sé quanto sia maltollerato, dalla dottrina più rigorosamente ferma su tale impostazione, ogni restrizione che, dall'esterno, possa condizionare, in relazione all'*an* od al *quomodo*, l'esercizio di detta libera facoltà. Alcune riflessioni, in proposito, sono state già condotte nel primo capitolo, a proposito della sempre maggiore ingerenza eteronoma che la sfera dell'autonomia privata subisce per effetto di interventi di legge tesi a propiziare (o "imporre") la considerazione di interessi altri rispetto a quelli delle parti contraenti, indotta da una norma di legge. In breve – e per non deviare troppo dall'oggetto di queste riflessioni – la contrapposizione riguarda la norma intesa nell'accezione di norma legale<sup>338</sup>, o comunque di norma pubblica in quanto dettata da una pubblica autorità, e contratto inteso nell'accezione che ne sottolinea

<sup>336</sup> Che in tanto possono dirsi tali in quanto fissino i parametri d'azione del destinatario dell'obbligo di costituire la società: IBBA, *Le società "legali"*, cit., pag. 25.

<sup>337</sup> SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in ID., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, pagg. 230 ss., ove la precisazione per cui "l'autonomia è manifestazione di libertà ed esercizio di libertà [...] quindi il nesso fra libertà e autonomia è un nesso necessario"; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, in part. pag. 70.

<sup>338</sup> La riflessione non può essere ovviamente estesa agli obblighi a contrarre che abbiano la propria fonte in un accordo tra le parti, nei quali v'è pur sempre un atto di autonomia privata alla base.

la sua natura di *autoregolamento* degli interessi delle parti, ed in quanto posta dai privati che ne sono anche i destinatari.

Una serie di dati normativi e dottrinali conducono però ad una diversa valutazione. Pur tralasciando la rilevanza che potrebbe assumere in questo ragionamento la copertura costituzionale degli obblighi legali a contrarre (si allude alla ritenuta riserva di legge in tal senso<sup>339</sup> contenuta nell'art. 41 co. 2, Cost.), che comunque che non potrebbe (sì ridurre, ma non) sopprimere del tutto l'iniziativa economica privata<sup>340</sup>; e anche volendo trascurare la mutata sensibilità degli interpreti in ordine alle limitazioni eteronome che subisce l'autonomia privata; di là da ciò, si diceva, c'è un punto da tener saldo. Ovvero che il vincolo (genetico) imposto dalla costituzione di una società per via legale ha infatti quale proprio destinatario non già la società, ma l'Amministrazione che sia chiamata a dare fattiva esecuzione al comando di legge ovvero ad adeguarvisi (se si tratta di società coattiva). In tal senso, il vincolo genetico si traduce non in una

---

<sup>339</sup> L'art. 41 co. 2 Cost., che in tal senso recherebbe una riserva di legge: OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, v. III, Padova, 1981, pagg. 461 ss.; CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente"*, Padova, 1978, pagg. 99 ss. LIBERTINI - SANFILIPPO, *sub vocem Obbligo a contrarre*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, v. XII, Torino, 1995, pagg. 509 ss.; LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, v. IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, pagg. 276 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, pagg. 63 ss.

<sup>340</sup> OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, pagg. 311 ss.; SPADA, *Libertà di associazione e forme di esercizio collettivo dell'impresa*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quaranta anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, pagg. 176 ss.; MIELE, *Esperienze prospettive giuridiche della pianificazione*, in *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, 1955, pagg. 271 ss.; SORACE, *Il governo dell'economia*, AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a c. di Amato-Barbera, Bologna, 1984, pagg. 899 ss. NICOLAI, *Osservazioni sul problema dei limiti alle libertà economiche*, (nota a Corte cost., n. 155/1990), in *Giur. cost.*, 1990, I, pagg. 1717 ss.; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pagg. 138 ss.

sorta di limitazione dell'autonomia privata, ma ha ad oggetto l'iniziativa pubblica, la cui azione è pur sempre orientata alle finalità indicate dalla legge, che sia essa una legge generale o singolare (e, in quest'ultimo caso, ovviamente, anche attraverso la costituzione di una società legale)<sup>341</sup>. Con la conseguenza che il *proprium* della singolarità potrà essere ricondotto nella (e limitato alla) specialità della disciplina che caratterizza la fase genetica della società<sup>342</sup>.

Ciò posto le conclusioni cui perviene l'Autore della dimostrazione dell'irrilevanza - sul piano della disciplina - dell'assenza della contrattualità, risentono, ovviamente dell'impostazione di metodo seguita, e che ha orientato lo stesso studioso, nel prosieguo della sua indagine, verso una verifica di compatibilità degli statuti legali considerati (all'epoca meno numerosi di oggi) alla disciplina di diritto societario comune.

Quanto preme evidenziare è che, in tale prospettiva di indagine, dunque, non assume alcun rilievo (autonomo) il "fatto" della presenza del socio pubblico, né ai fini della delimitazione del campo di indagine, né ai fini della classificazione<sup>343</sup>; la domanda - come visto - è piuttosto

---

<sup>341</sup> MIELE, *Esperienze prospettive giuridiche della pianificazione*, in ID., *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, 1955, pagg. 271 ss.; SORACE, *Il governo dell'economia*, AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a c. di Amato-Barbera, Bologna, 1984, pagg. 899 ss. NICOLAI, *Osservazioni sul problema dei limiti alle libertà economiche*, (nota a Corte cost., n. 155/1990), in *Giur. cost.*, 1990, I, pagg. 1717 ss.; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pagg. 138 ss.

<sup>342</sup> È questo lo snodo cruciale della tesi di IBBA, espresso più chiaramente in *Gli statuti singolari*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, cit., in part. pagg. 525-527.

<sup>343</sup> Il medesimo Autore osserva infatti che, benché le società di diritto singolare, così isolabili in ragione dello statuto "ad personam" che le riguarda, siano normalmente società pubbliche, perché è evidentemente pubblico l'interesse sotteso alla costituzione in via legislativa, al contrario non tutte le società pubbliche sono società legali, essendo nella gran parte dei casi queste ultime regolate da discipline di categoria. Le une, società legali, e le altre, le società pubbliche, costituirebbero espressione di due angoli di osservazione diversi di un fenomeno che può in effetti



diretta a rilevare “se” e “come/quanto” la disciplina societaria di diritto comune sia applicabile alle società legali; non già a verificare se la disciplina delle società legali possa essere intesa, in alcuno dei suoi momenti, quale sintomo dell’emersione del pubblico all’interno della struttura organizzativa privata; proprio perché l’aspetto della presenza pubblica è variabile che intenzionalmente estranea alle riflessioni di Ibba. In altri termini: una siffatta impostazione lascia (deliberatamente) in ombra l’interrogativo che ci si è posti a chiusura del primo capitolo e la cui praticabilità si intende ora verificare, ovvero: una volta assegnata la costituzione legale di una società al fenomeno societario, ciò che è la stessa legge a richiedere, ci si può porre l’interrogativo inerente alla possibilità di ricavare dal dato positivo elementi idonei a dare concreto rilievo alla presenza dell’interesse pubblico. Giova ribadire che per le ragioni evidenziate in precedenza (*supra* § 3) che ciò non può, conseguentemente, condurre a giustificare operazioni di (ri)qualificazione<sup>344</sup>; ma se l’indagine sulle società legali, tradizionalmente, è tesa a verificare, con esito “negativo”, la rilevanza della fonte legale, prescindendo dalla circostanza che attraverso si

---

“sovrapporsi”, come di regola accade. L’interesse dello studioso citato, tuttavia, si orienta assumendo quale punto di osservazione il primo dato, la costituzione legale, e non il secondo. Cfr. ancora IBBA, *Gli statuti singolari*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, cit., in part. pagg. 525-527.

<sup>344</sup> Del tutto “autonoma” è invece la ricostruzione condotta da PIZZA (*Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, *passim*) alla base delle cui riflessioni in punto di società partecipate e società a statuto singolare, se ben vediamo, è posta la convinzione della non risolubilità di tutte le forme organizzative metaindividuali contemplate nel nostro ordinamento o nello schema d’azione privatistico o nello schema d’azione pubblicistico. “Prospettiva dicotomica”, questa, che è respinta dallo stesso A., che invece propone una prospettiva di indagine, per così dire, che assume l’assenza di una soluzione continuità tra sfera privata e pubblica. Nel senso indicato nel testo (in funzione della riqualificazione pubblicistica), di recente, invece, si è orientato GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit. *passim*.

esprima un esigenza pubblica; all'opposto qui ci si chiede se possa ipotizzarsi l'emersione, in positivo (ed in che limiti), ed in stretta e rigorosa aderenza al dato normativo, di momenti di "pubblicità" in qualche modo legati alla costituzione per via legale.

Si impone, preliminarmente, una digressione su un tema che è stato tradizionalmente avvertito come il sintomo o, se si vuole, come la manifestazione della pubblicità della società: il problema dello scopo di lucro in relazione alle finalità pubbliche sottese all'assunzione di partecipazioni in società di diritto privato. Il tema è chiaramente diverso, avendo noi concentrato l'attenzione in questo contributo alle sole società legali. Nondimeno dalla dottrina che si è occupata del rapporto tra scopo di lucro e interesse pubblico sembrano emergere risultati utili anche ai fini della nostra indagine.

Già nel periodo anteriore alla codificazione, ed esattamente negli anni '30, la sensibilità di alcuni autori ha consentito loro di cogliere la problematica - della rilevanza della finalità pubblica sulla conformazione dell'assetto sociale - sottesa all'azionariato di stato, ciò che li ha spinti ad interrogarsi sull'incidenza dell'interesse pubblico su quello tipicamente lucrativo, e portandoli alla conclusione che il primo, l'interesse pubblico, non esercita nessuna interferenza sulla natura (e, con essa, gli aspetti organizzativi e funzionali) privatistica delle società di capitali. La ragione - anticipatrice di quanto avrebbe poi precisato la Relazione che ha accompagnato la redazione del codice civile - avrebbe dovuto essere ricercata nella circostanza che il "pubblico", facendo uso dello strumento delle società, deliberatamente si assoggetta alla relativa disciplina, salvo che specifiche norme speciali non dispongano diversamente: l'eventuale dubbio in ordine allo scostamento sul piano funzionale (causa lucrativa) che si volesse ipotizzare per via della

presenza pubblica venne chiarito attingendo alla figura del negozio indiretto, rilevando che lo scopo “giuridico” dello Stato era da limitare essenzialmente all’interesse dello “*esercizio autonomo di una determinata attività con un’organizzazione ed un patrimonio formalmente distinti e giuridicamente separati*” (in breve, se vediamo bene, la limitazione della responsabilità). Di qui la conclusione, illustrata, di dare applicazione alla disciplina prevista per il “negozio” diretto, a nulla rilevando l’indiretto obiettivo<sup>345</sup>. In seguito, tuttavia, si è obiettato che la ricostruzione del fenomeno dell’azionariato pubblico secondo lo schema del negozio indiretto non solo non è sufficiente ma è anche inadeguato a “spiegare” il fenomeno medesimo. Più esattamente la figura del negozio indiretto, forma di esercizio dell’autonomia privata ai sensi dell’art. 1322 cod. civ., ricorrendo alla quale le parti fanno uso

---

<sup>345</sup> La tesi riportata nel testo è di ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, pagg. 3 ss. ID., *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi in onore di Cesare Vivante*, v. I, Roma, 1931, pagg. 27 ss. In termini analoghi, cfr. anche GRECO, *Le società di “comodo” e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, pagg. 757; cfr. anche FRANCESCHELLI, *Diritto pubblico e diritto commerciale*, in *Stato e dir.*, 1940, pagg. 35 ss.; VENDITTI, *Negozi associativi economici*, Milano, 1932, pagg. 184 ss.; RAVÀ, *L’azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, *Riv. dir. comm.*, 1933, I, pagg. 324 ss. e spec. pagg. 340 ss., ove si osserva che le società per azioni che annoverino partecipazione statale o di altri enti pubblici, anche qualora la società sia sorta con provvedimento di legge, possono avere una “sostanza” pubblicistica soltanto su di un piano economico, ma non su quello giuridico; nello stesso senso, su tale ultimo aspetto, G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell’ente*, in *Foro it.*, 1941, I, pagg. 199 ss., e in part. pagg. 205-206, ove la precisazione per cui “nel caso in cui lo Stato è gestore diretto dell’impresa la realizzazione dello scopo è sostanzialmente dipendente dalla sua volontà, e tale volontà non ha bisogno di estrinsecarsi mediante l’assoggettamento a controlli o mediante l’imposizione di limiti all’attività dell’ente, potendo manifestarsi direttamente come volontà della corporazione. Ma tutto ciò è vero soltanto da un punto di vista economico, perché, giuridicamente, una volta che l’ente sia sorto esso è autonomo rispetto allo Stato, con la conseguenza che la volontà dell’ente anche se manifestata da organi dello Stato e per conto di questo, non si confonde con la volontà dello Stato ed è quindi suscettibile di limitazioni e controlli. In sostanza, anche in questa ipotesi, l’obbligatorietà dello scopo si rivela non in ciò che la corporazione si proponga di realizzare lo scopo prefissosi, ma in ciò che la realizzazione dello scopo è obbligatoria nonostante una diversa volontà dell’ente”.

di un determinato schema contrattuale per conseguire uno scopo che non corrisponde alla relativa causa, ma alla causa di un diverso contratto<sup>346</sup>, da un canto postula la piena disponibilità degli interessi “ulteriori” (indiretti) cui intende darsi esecuzione mediante il negozio “diretto”, ciò che non può dirsi per lo Stato o gli altri enti pubblici la cui attività è funzionalmente vincolata negli scopi); dall’altro, implica che la causa tipica dello schema contrattuale impiegato in via diretta (nel nostro caso, il contratto di società) venga comunque assicurata o, quanto meno, che sia possibile realizzarla<sup>347</sup>.

Risultato analogo sul piano della non incompatibilità tra interesse pubblico e privato, ma opposto per ciò che riguarda la loro coesistenza, s’è raggiunto per effetto della constatazione della progressiva “scoloritura” della causa tipica del contratto di società e, in particolare, relativamente alle società di capitali. La struttura della società, e della società per azioni in specie, infatti, è stata considerata da altro illustre studioso, “capace di sostenere qualunque tipo di causa”<sup>348</sup>, e dunque

---

<sup>346</sup> AURICCHIO, sub vocem *Negozio indiretto*, in *Noviss. dig. it.*, v. XI, Torino, 1965, pag. 221.

<sup>347</sup> È questo uno dei dati di partenza dell’ipotesi di lavoro di MARASÀ, *Le “società” senza scopo di lucro*, cit., passim, e, con riguardo al fenomeno dell’azionariato pubblico, pagg. 353 ss. e 414 ss.

<sup>348</sup> SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, cit., pag. 165. Affine nell’approdo (conciliabilità dell’interesse pubblico con la clausola lucrativa), ma diversa nell’iter, è la interpretazione del problema “interesse pubblico-scopo lucrativo”, offerta da GALGANO (*La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, v. VII, Padova, 1988); interpretazione che passa essenzialmente da una “disarticolazione” del concetto di scopo di lucro. L’A. osserva, in particolare, che la partecipazione pubblica in società per azioni ( “idonea al raggiungimento degli scopi di pubblico interesse”) non altererebbe lo schema causale lucrativo, se inteso quale sintesi dell’interesse all’efficienza produttiva dell’organizzazione imprenditoriale, dell’interesse alla massimizzazione del profitto e dell’interesse alla massimizzazione dell’utile, quest’ultimo nella disponibilità della maggioranza dei soci (art. 2433, co. 1, cod. civ.), con l’unico limite rappresentato dall’efficienza organizzativa, che deve essere almeno idonea a coprire i costi con i ricavi e “secondo criteri di economicità” (conformemente all’art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n.

anche quella imposta al negozio dal socio pubblico, sia in considerazione della mancanza dello scopo lucrativo tra i motivi di nullità della società (art. 2332 cod. civ., nel testo risultante dal D.P.R. 1167/1969), sia in considerazione dell'assenza dello scopo lucrativo tra le ipotesi che danno luogo allo scioglimento della società medesima (il previgente art. 2448 cod. civ., oggi 2484 cod. civ.). Di qui, la conclusione che la partecipazione pubblica non stravolgerebbe la natura societaria; ché, piuttosto, l'assunzione dello scopo lucrativo è (o può essere) frutto di libera opzione del socio pubblico.

Le riflessioni condotte dalla dottrina maggioritaria in materia di società partecipate (non legali), giungono però a diverso risultato<sup>349</sup>. In particolare sembra ormai tendenza generale quella di distinguere tra le "vere" e le "false" società per azioni a partecipazione pubblica come fenomeno generale (con esclusione delle società legali), sulla base di taluni profili di disciplina – ed in specie: lo scopo di lucro – la cui specialità rispetto al diritto societario comune renderebbe conto della estraneità e dell'ente al fenomeno societario, anche a discapito del *nomen iuris*. Può in proposito ricordarsi che i contributi in questo senso,

---

1589, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali).

<sup>349</sup> CIRENEL, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Trattato delle s.p.a.*, cit., pagg. 98 ss.; MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, cit., *passim*, e, con riguardo al fenomeno dell'azionariato pubblico, pagg. 353 ss. e 414 ss.; ID., *sub vocem Società speciali e società anonime*, cit., pag. 2; SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., pag. 261; DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., v. XIV, Torino, 1997, pagg. 158 ss.; implicitamente, sembra anche IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Tratt. delle s.p.a.*, dir. da G. E. Colombo e G. B. Portale, cit., pagg. 615 ss. e 654 ss.; OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., pag. 162; ID., *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., pag. 47; IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (Profilo storico-giuridico)*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998, pag. 135. Per una ricognizione generale delle varie teorie sul rapporto tra causa lucrativa e interesse pubblico, recentemente, cfr. R. GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a c. di F. Fimmanò, cit., pagg. 131 ss.

hanno assunto carattere di maggiore sistematicità, proprio a partire dal momento in cui, negli anni '70, ha cominciato a diffondersi la tecnica legislativa degli statuti singolari<sup>350</sup>. Ed il criterio discretivo tra “vere” e “false” società per azioni pubbliche è stato individuato, a partire dall'indicata fase storica, nello scrutinio di coerenza tra aspetto causale del rapporto societario e interesse pubblico, con la precisazione che il rilievo della “ingenerenza” dell'interesse pubblico sul piano causale deve essere attentamente vagliato, caso per caso, anche tenendo conto della possibilità che esso si risolva sul piano dell'attività<sup>351</sup>. In altri

---

<sup>350</sup> Non sembra essere un caso che, tra le più importanti opere monografiche anteriori agli anni '70, quella di ARENA - *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione)*. Contributo allo studio delle persone giuridiche, Milano, 1942, passim, e si v.no spec. le pagg. 15 ss., e pagg. 70 ss. e 100 ss. - si ponesse un interrogativo, se vogliamo, opposto a quello che potrebbe porsi oggi; l'interrogativo, più esattamente, di riconoscere - direttamente o in via analogica - in capo ad una serie di enti tipicamente pubblici (tra i quali gli eterogenei enti indicati nel medesimo contributo a pag. 38: la Banca Nazionale del Lavoro; l'Istituto Mobiliare Italiano; l'Azienda Minerali Metallici Italiani; l'Istituto di credito per le imprese di pubblica utilità; l'Ente nazionale metano; l'Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani; la Banca d'Italia; etc.) la natura societaria; concludendo, poi, per una qualificazione della natura pubblica e al contempo societaria degli stessi.

Nella specie, previa definizione degli elementi comuni alle varie fattispecie prese in esame (origine legale; esplicita assegnazione, a tali enti, della personalità “di diritto pubblico”; la suddivisione in quote del capitale; l'appartenenza delle quote a soggetti pubblici; la limitazione della responsabilità alle quote conferite; la soggezione al controllo ministeriale; la riserva di nomina degli organi ad opera dei ministeri competenti; l'approvazione statale dello statuto), l'A. conclude nel senso (i) della natura pubblica rivelata dalla costituzione coattiva e dall'inquadramento nell'organizzazione statale; e al contempo (ii) della natura di società commerciale, in ragione della commercialità dell'attività svolta come da previsione dei relativi atti costitutivi, diretta a perseguire il fine di lucro. Di qui, poi, la distinzione, nella più ampia categoria delle società commerciali pubbliche, della società private con partecipazione pubblica nelle quali l'ingerenza pubblica sarebbe limitata al funzionamento della società e non anche alla sua esistenza.

<sup>351</sup> Si allude alla distinzione tra “norme materiali”, sulle quali si riverserebbe l'influenza pubblicistica, e “norme programmatiche” adottata, sulla base di un'interpretazione per così dire estensiva dell'art. 11 cod. civ., da A. ROSSI, *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e le società di interesse nazionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, v. XVII, Torino, 1985, pag. 211.

termini, se ben vediamo, la verifica dell'incompatibilità della clausola lucrativa non è da considerare espressa, ma presuppone un controllo del tipo di attività che venga svolta, onde rilevare se, caso per caso, essa importi una "gestione in perdita". Ma, e questo sembra opportuno ribadirlo, la costante è data non già dal dispiegarsi dell'interesse pubblico in sé come interesse, per così dire, "antilucrativo"; le conclusioni cui perviene la dottrina sul punto si orientano piuttosto nel senso della incidenza dell'interesse pubblico sul piano dell'oggetto dell'attività esercitata.

La tesi cui si allude, originariamente formulata in un contributo riferito alla sola GEPI s.p.a.<sup>352</sup>, trae origine dalla constatazione della non riconducibilità alla fattispecie tipica della società per azioni di talune ipotesi di statuto singolare nelle quali l'assegnazione di finalità pubblicistiche avrebbe precluso il perseguimento dello scopo di lucro, invece notoriamente richiesto come essenziale dall'art. 2247 cod. civ. Tale ipotesi, inizialmente verificata in capo alla sola GEPI s.p.a. e poi anche su altri statuti singolari<sup>353</sup>, ha condotto l'interprete, di cui si riportano i risultati e con lui molto studiosi, ad accomunare tutte le fattispecie che presentassero questa caratteristica sotto il nome di "società per azioni diritto speciale". Ove la specialità - e al contempo il "medio" della dimostrazione - è rappresentata dal fatto che - più o meno apertamente da parte della dottrina che ha poi condiviso i risultati di Visentini - la carenza in ordine allo scopo lucro andava oltre i confini tracciati dallo (allora vigente) art. 2461 cod. civ. il quale, come

---

<sup>352</sup> Costituita per effetto dell'art. 5 della L. 14 giugno 1971, n. 184; cfr. supra, Cap II, parte I.

<sup>353</sup> Sviluppata da G. VISENTINI, *Partecipazione pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit., passim; e già ID., *Osservazioni sulla natura giuridica della GEPI, società di gestione e partecipazioni industriali*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1973, pag. 266 ss.

sopra accennato, prevede(va) l'applicazione delle disposizioni dettate in materia di s.p.a., "compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti". In questa prospettiva l'art. 2461 cod. civ. sarebbe venuto in evidenza nella veste di disposizione il cui contenuto segna i limiti entro i quali la "singolarità" non produce ancora "specialità"; la materiale carenza del lucro, a meno che non sia da considerare profilo inerente all'oggetto (anziché alla caus) laddove vada oltre gli aspetti della "gestione sociale", della "trasferibilità delle azioni", del "diritto di voto", "della nomina degli amministratori", etc., darebbe conto, per l'appunto, della specialità della categoria medesima, rispetto alle quali il diritto societario avrebbe trovato applicazione secondi canoni differenziati<sup>354</sup>.

I risultati esposti, invero, ci interessano - sul piano delle conclusioni specifiche - solo in parte, atteso che se da una parte non par dubbio che lo scopo di lucro costituisca momento indefettibile della costituzione della fattispecie societaria, così come, ovviamente, delle s.p.a.; dall'altra parte ci sembra però che questo sia problema del tutto

---

<sup>354</sup> E si tratterebbe essenzialmente di un canone di compatibilità secondo il quale attribuire prevalenza alla causa concreta della società speciale. G. VISENTINI, *Partecipazione pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit., pagg. 108 ss. La conclusione - quella di distinguere tra "vere" e "false" società per azioni in ragione del profilo causale - ha trovato poi, come detto, l'adesione della dottrina maggioritaria: CIRENEL, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Trattato delle s.p.a.*, cit., pagg. 98 ss.; MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, cit., passim, e, con riguardo al fenomeno dell'azionariato pubblico, pagg. 353 ss. e 414 ss.; ID., *sub vocem Società speciali e società anonime*, cit., pagg. 2 ss.; SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., pag. 261; DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., v. XIV, Torino, 1997, pagg. 158 ss.; implicitamente, sembra anche IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Tratt. delle s.p.a.*, dir. da G. E. Colombo e G. B. Portale, cit., pagg. 615 ss. e 654 ss.; OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., pag. 162; ID., *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., pag. 47.



diverso dal quello del quale ci si occupa, posto che gli interrogativi sulla rilevanza dello scopo di lucro non riguardano solo (né tanto) le società legali, quanto (se non altro per ragioni numeriche) ogni società nella quale la presenza pubblica possa ingenerare vincoli in ordine all'attuazione dello scopo lucrativo (che sia essa a partecipazione statale o locale; maggioritaria o minoritaria; etc.).

Né sembra potersi dire che una tale anomalia possa essere riscontata senz'altro nella categoria sotto esame: come si è visto<sup>355</sup>, tra le società a statuto singolare ve ne sono alcune (es. ENEL s.p.a. o ENI s.p.a.) per le quali il conseguimento dello scopo di lucro non pare in alcun modo precluso, né direttamente, né tanto meno dall'oggetto sociale o dal modo di operare della società. Al contempo non sembra potersi dire che il conseguimento dello scopo di lucro sia precluso dalla fonte legale, ovvero statutaria, né direttamente, né in relazione all'oggetto, per quelle società delle quali il Ministero dell'economia e delle finanze detenga la totalità delle partecipazioni (es. POSTE ITALIANE s.p.a.; FERROVIE DELLO STATO s.p.a.<sup>356</sup>); di guisa che neanche la compiuta o incompiuta privatizzazione sostanziale sembra influire come variabile decisiva. Né, ancora, sembra che possa darsi una distinzione in tal senso tenendo conto della costituzione *ex novo* ovvero da trasformazione da preesistente ente pubblico della società della quale si discorre (si v., in proposito, l'attività di gestione, idonea a generare profitto, del patrimonio immobiliare assegnato ad EUR s.p.a.,

---

<sup>355</sup> Cap. II, parte II.

<sup>356</sup> E, in proposito, sia sufficiente evidenziare che, cionondimeno, la dottrina non mostra particolari remore nel qualificare come puramente private tali società; così, MOSCARINI, *Categorie dogmatiche e riparto di responsabilità nel trasporto ferroviario*, in ID., *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Padova 2009, pag. 222.

partecipata totalmente da soci pubblici: Comune di Roma, al 10%, e Ministero dell'economia e delle finanze, al 90%)<sup>357</sup>.

In breve, in tali casi, non sembra che eventuali vincoli derivanti dall'economicità della gestione<sup>358</sup>, ritenuta caratteristica esclusiva del socio partecipante nei casi anzidetti, abbia un qualche riflesso sull'assetto della società, il cui programma dell'attività ben sembra orientato ad assecondare la capacità produttiva di utili.

Quanto precede potrebbe indurre a concludere che vi sia, da parte di chi scrive, una presa di posizione in termini di "inutilità" degli approdi cui perviene la dottrina che si è segnalata.

Non è ovviamente così: la ricostruzione della dottrina citata nelle pagine precedenti, infatti rileva ai nostri fini non solo laddove, (i) imponendo una verifica caso per caso sulla compatibilità dello scopo di lucro assegnato alla società partecipata, consente di escludere dalla nostra indagine il rilievo specifico del medesimo riscontro quale "elemento qualificante" delle fattispecie a statuto singolare, divenendo così irrilevante ai fini della considerazione della compenetrazione dell'interesse pubblico nella conformazione

---

<sup>357</sup> Osservazioni in tal senso non sono, per la verità, nuove; in proposito GIANNINI (*Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, in *Stato e dir.*, 1940, estr. 16), a proposito della vicenda che aveva interessato il Consiglio di Stato prima (Cons. St., sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, in *Giur. It.*, 1938, pag. 109) e la Corte di Cassazione (Cass. SS.UU., 7 marzo 1940, n. 18) poi, a proposito dell'Agip, ove l'A. osserva che "esistono amministrazioni le quali, istituzionalmente, esercitano attività in cui è esclusivo il fine di lucro. Solo che in questo caso, nel complesso delle attività statali, tale attività diviene meramente mediale, e quindi essa ha per fine il procurare un mezzo ad altri fini". Di recente, sempre nel senso della non incociabilità tra finalità pubblica e scopo di lucro, nella dottrina amministrativistica, GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., pagg. 99 ss.

<sup>358</sup> Peraltro, in passato, imposta dall'art. 3 co. 1 della L. 22 dicembre 1956, n. 1589; nonché dall'art. 3 della L. 6 dicembre 1962 n. 1643. Si osserva, invero, che oggi, il criterio di economicità ed efficienza rappresenta di legittimità dell'esercizio di poteri autoritativi

dell'assetto sociale<sup>359</sup>; ma anche nel senso (ii) di escludere che possa darsi, per ciò solo, ontologica incompatibilità tra fine pubblico e di lucro, l'uno trovando la propria dimensione essenzialmente sul piano dell'attività della società (tant'è che la dottrina specifica che la verifica sull'incompatibilità con la causa lucrativa devva essere ricercata su questo piano), l'altro sul piano finalistico; e, in definitiva, che la alterazione del modello organizzativo sia per ciò solo portato della sostanza pubblica.

Ovviamente, per quanto riguarda il nostro tema, l'alterazione del modello (pur affievolita dalla riforma del diritto societario) è insita nella stessa istituzione di uno statuto singolare: ma, come si è detto, è sono le stesse deroghe a dar conto della rilevanza "pubblica"; quello che ci si chiede è altro. Così inteso il problema dell'astratta compatibilità tra finalità pubblica e sostanza lucrativa, il problema da cui prendono le mosse le presenti riflessioni - tese a verificare l'esistenza di una penetrazione della finalità pubblicistica ulteriore a quella resa manifesta dalle deroghe dello statuto singolare - sembra però appena riproposto.

A tal fine può essere opportuno prendere le mosse da alcune tendenze legislative recenti che sembrano corroborare la giustificazione di un siffatto interrogativo.

#### 5. - (SEGUE) ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE RINVENIENTI DALLA PIÙ RECENTE LEGISLAZIONE SPECIALE IN PUNTO DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE

---

<sup>359</sup> In termini, tra gli altri, MARASÀ, *sub vocem Società speciali e società anomale*, cit., pagg. 2 ss.; più recentemente IBBA, *Società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, a c. di C. Ibba - A. Mazzoni - M. C. Malaguti, Torino, 2010, pag. 2; ID., *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, pagg. 22 ss.

PUBBLICA LOCALE. L'ART. 3, COMMI 27, 28 E 29 DELLA L. 244/2007.

Recenti provvedimenti normativi (oggi essenzialmente limitati a società partecipate diverse, per le ragioni che si diranno a breve, da quelle di cui ci si occupa), offrono invero uno spunto per dare un diverso respiro alla riflessione condotta in argomento, nei termini, illustrati nel precedente paragrafo. L'interpretazione di alcune leggi speciali dettate in materia di società partecipate, sembra infatti consentire ulteriori riflessioni anche per ciò che concerne le società legali secondo il punto di osservazione che ci si è proposti di tenere in considerazione.

Si tratta, in particolare, di provvedimenti di legge limitativi della capacità generale degli enti pubblici in ambito privatistico e, nella specie, in ambito societario.

Viene in rilievo il comma 27 dell'art. 3 della L. 244/2007 (la c.d. legge di stabilità per il 2008), che, nella sua formulazione originaria aveva disposto che *“Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente [o indirettamente] partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali*

società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza"<sup>360</sup>. Il divieto così introdotto non richiede quale presupposto di operatività una determinata misura della partecipazione, sì che il divieto può riguardare sia le partecipazioni di minoranza, sia di maggioranza, sia totalitarie. Il vincolo posto, semmai, attiene alla (i) "necessaria strumentalità" della partecipazione rispetto alle finalità dell'ente partecipante; (ii) al fatto che non si tratti di "servizi di interesse generale"; (iii) alla circostanza che vengano forniti servizi di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici. Della norma *de qua*, è stata in dottrina più volte evidenziata la portata dirompente<sup>361</sup> sul fenomeno delle partecipazioni pubbliche, al punto da indurre a considerarla - in medio se non breve periodo - come *causa* di un possibile tramonto delle società partecipate.

La disposizione citata, per essere ben compresa, richiede taluni chiarimenti e precisazioni. Un primo chiarimento riguarda l'eterogenesi dei fini che vi sembra rintracciabile. Pur essendo

---

<sup>360</sup> E, per precisione, giova rammentare che l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, per amministrazioni dello Stato 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 [...]".

<sup>361</sup> MAZZONI, *I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, a c. di C. Ibba - A. Mazzoni - M. C. Malaguti, Torino, 2011,, pagg. 57 ss.; IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011,, pagg. 353 ss.

dichiaratamente affermato il fine della “tutela della concorrenza e del mercato”<sup>362</sup>, ciò che costituisce, nell’ottica del legislatore, la ragione dell’intervento limitativo della costituzione di società e del mantenimento di partecipazioni sociali, non può non rilevarsi che – già a livello comunitario – la nozione di impresa rilevante ai fini dell’applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE – è stata interpretata dalla giurisprudenza tenendo conto del suo rilievo da un punto di vista esclusivamente funzionale e non formale (a prescindere, dunque, da qualsiasi *status* giuridico, dalle specifiche tecniche di finanziamento, dagli aspetti organizzativi; nonché prescindendo dallo scopo di lucro e dalla circostanza di essere espressione dell’amministrazione statale<sup>363</sup>);

<sup>362</sup> Ed in proposito deve segnalarsi la pronuncia resa dalla Corte costituzionale (n. 148 dell’8 maggio 2009, consultabile sul sito internet <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=148>), chiamata ad esprimersi sulla violazione in cui sarebbe incorso il legislatore statale in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni stabilito dal Titolo V della Costituzione dichiarando di voler assumere finalità di tutela della concorrenza e del mercato, ed, in particolare, in punto di violazione della riserva di organizzazione amministrativa stabilita in favore di queste ultime. La Corte Costituzionale s’è pronunciata nel senso della infondatezza delle questioni di legittimità sollevate in riferimento all’art. 3, commi da 27 a 29 della legge 244/2007, in considerazione della riconducibilità delle suddette norme all’ambito della tutela della concorrenza, rispetto alla quale il legislatore statale ha titolo a dettare una disciplina dettagliata. In precedenza, già Corte Cost. 17 dicembre 2008, n. 411 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2008&numero=411>), Corte Cost., 14 novembre 2008, n. 371 (in <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2008&numero=371>), Corte Cost., 24 giugno 2008, n. 326 (in <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2008&numero=326>).

<sup>363</sup> Corte giustizia CE, Sez. II, 10 gennaio 2006, n. 222/06, in Racc., 2006, I, pag. 289; nonché Corte giustizia CE, Gr. Sez., 1 luglio 2008, n. 49/07, ove si è precisato che “pur non sussistendo una definizione normativa del concetto di “impresa” nel diritto comunitario dei trattati, tale istituto contempla - sotto il profilo soggettivo - tutti gli enti che, a prescindere dallo status giuridico e dalle modalità di reperimento delle risorse, esercitano un’attività economica, intendendosi per tale l’offerta di beni o servizi in un contesto di mercato. Ne consegue che l’attribuzione nei confronti di un determinato soggetto di prerogative riconducibili ad espressione di pubblici poteri (nonché il relativo esercizio) non costituiscono causa ostativa all’applicazione

sì che l'eventuale partecipazione pubblica in società, non avendo rilievo come requisito "soggettivo" di applicazione della disciplina antitrust, non costituisce variabile rilevante per la alterazione delle condizioni di libero mercato e corretta concorrenza (a meno che, ovvio, ciò sia oggetto di concreto accertamento). La specificazione impiegata dal legislatore ("*tutelare la concorrenza ed il mercato*"), allora sembra aggiungere più di quanto lo stesso diritto della concorrenza (che il legislatore assume di voler salvaguardare) non imponga. Il significato da cogliere nella disposizione richiamata sembra allora diverso; ossia quello di prevenire - anticipando la "soglia" - possibili distorsioni del mercato che possano essere effetto della partecipazione pubblica, senza altre specificazioni. Accanto ad esso la dottrina non manca di rilevare che il legislatore, con detta disposizione, abbia inteso perseguire finalità di contenimento della spesa pubblica, di cui, (i) la collocazione normativa (una legge di stabilità); (ii) l'evoluzione in tal senso della legislazione in materia di società pubbliche negli ultimi anni; (iii) la limitazione "quantitativa" al divieto e la proroga concessa ai comuni con popolazione sotto i 50.000 abitanti<sup>364</sup> per l'adeguamento al divieto di costituzione di società/mantenimento di partecipazioni; (iv) la le

---

della disciplina delle imprese e, dunque, alle disposizioni del Trattato 25 marzo 1957 in tema di concorrenza" (in Racc., 2008, I, pag. 4863). Nella dottrina italiana, in argomento, già GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, passim; CIRENEL, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, pagg. 43 ss.

<sup>364</sup> Regime speciale introdotto successivamente, con l'art. 14 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con L. 31 luglio 2010, n. 122. Per i Comuni al di sotto dei 30.000 abitanti, invece, ferma restando la proroga al 31 dicembre 2013, il divieto ha carattere generale (non vi è limitazione quantitativa del numero di società "partecipabili"), ad eccezione delle partecipazioni in società che abbiano presentato al 31 dicembre 2013 un bilancio positivo degli ultimi 3 esercizi e/o non abbiano dovuto procedere alla riduzione del capitale per perdite.

esenzioni giustificate dai bilanci positivi e/o dalle mancate riduzioni per perdite del capitale, delle società partecipate; (v) in ultimo, la Relazione governativa di accompagnamento<sup>365</sup>, sarebbero evidenza del fine ulteriore che il legislatore si è proposto<sup>366</sup>.

Un secondo chiarimento, indispensabile ai nostri fini, attiene alla portata “soggettiva” dell’applicazione del divieto: l’iniziale riferimento alle amministrazioni dello Stato (cui si aggiungevano tutte le specificazioni ed i rinvii di legge necessari) è stato oggetto di forte ridimensionamento con l’esplicita espunzione (ad opera dell’art. 71, co., 1 lett e del D.Lgs. 69 del 18 giugno 2009) delle Amministrazioni statali medesime dall’ambito di operatività dell’indicato divieto. Alla luce di tale limite applicativo, ed in considerazione della circostanza che le partecipazioni delle società legali sono detenute da amministrazioni per le quali il divieto non trova applicazione, potrebbe concludersi nel senso che nulla sia cambiato sotto il profilo delle competenze gestorie in ordine alle partecipazioni detenute dallo Stato; e, d’altro canto, che la costituzione legale di una società può in effetti costituire norma “speciale” rispetto ad un provvedimento teso a contenere in termini generali l’azionariato pubblico; sicché la norma speciale (seppure anteriore) non sarebbe “toccata” dal divieto generale *de quo*. In breve: si potrebbe concludere che dette modifiche di legge (quelle della L. 244/2007, come successivamente modificata ed oggi vigente) sarebbero irrilevanti ai nostri fini.

Riteniamo però che non sia esattamente così, almeno da un punto

---

<sup>365</sup> Ove si precisa che “scopo della norma è quello di evitare forme di abuso che sottraggano l’agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica”.

<sup>366</sup> In tal senso, MAZZONI, *I limiti legali alle partecipazione societarie di enti pubblici*, cit., pag. 72; IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., pag. 359.



di vista interpretativo e di coerenza sistematica.

Naturalmente non si vuole sostenere che si possa ovviare, sul piano applicativo, ad aggirare l'esplicita esclusione delle Amministrazioni dello Stato come soggetti destinatari del divieto, per includerle nuovamente. Nondimeno l'intervento legislativo segnalato, sia in termini di "politica del diritto", sia in considerazione del significato e delle conseguenze (in caso di difetto) del carattere "strettamente necessario" per il mantenimento delle partecipazioni, può forse costituire guida interpretativa, utile a ridimensionare al contempo l'importanza della "sostanza pubblica" che anima l'operazione riqualificatoria della dottrina e della giurisprudenza amministrativa.

Venendo al dato normativo, esso specifica che qualora sia riscontata l'assenza della "necessaria strumentalità", l'art. 3 co. 29 della L. 244/2007, nella formulazione attualmente vigente, viene prevista - con linguaggio non propriamente felice<sup>367</sup> - la cessione delle partecipazioni ovvero (in alcuni casi<sup>368</sup> suscettibili però di

---

<sup>367</sup> Il legislatore, infatti, si esprime nel senso della "cessione delle partecipazioni o della società"; caso quest'ultimo che non è tecnicamente percorribile se non attraverso la cessione delle partecipazioni; così, in maniera particolarmente critica sul corretto uso del linguaggio tecnico, IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., pag. 361.

L'espressione può forse recuperare significato se si ipotizzasse che la cessione deve essere relativa all'intera partecipazione e, dunque, e soprattutto, che la valutazione della "strumentalità necessaria" non possa che riguardare l'intera partecipazione detenuta, non già potendo essere adeguata alla sua misura. In altri termini, per poter recuperare un significato della disposizione, potrebbe, forse, dirsi che il riferimento alla cessione "della società", seppur da un punto tecnico-linguistico non sia propriamente corretto, indirettamente potrebbe fungere da chiarimento del contenuto della necessaria strumentalità: questa non potrebbe essere valutata in relazione alla sua misura (es: "è strumentalmente necessaria un'aliquota di capitale pari a x%") consentendo così al Comune di cederne solo "una parte".

<sup>368</sup> Nei casi dei Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti: art. 14, co. 32,

interpretazione estensiva)<sup>369</sup>, la liquidazione della società. Quest'ultima scelta ovviamente presuppone che l'ente partecipante detenga una partecipazione che consenta di deliberare lo scioglimento anticipato *ex art. 2484 co. 1, n. 6 cod. civ.* Ma non viene dettata nessuna disposizione che preveda, in siffatte ipotesi, il caso della presenza pubblica minoritaria; e dunque, il "come" dar seguito alla dismissione.

V'è allora da porsi due interrogativi, che procedono entrambi dalla eventualità che la quota di partecipazione, che il Comune deve dismettere, sia appunto minoritaria, essendo l'opposto caso già coperto dall'esplicita previsione di legge.

In primo, generale, è relativo alla stabilità degli atti posti in essere dalla società in relazione alla quale il Comune non abbia assolto - o non abbia potuto assolvere - all'obbligo di dismissione; ed è risolto essenzialmente sulla base della considerazione che (i) l'obbligo di dismissione può ritenersi osservato dando avvio alla procedura a ciò diretta entro l'indicato termine temporale di legge, non anche richiedendo che la stessa vicenda del disinvestimento si sia interamente perfezionata; e (ii) dunque, la delibera potrà considerarsi viziata solo ove abbia ad oggetto una determinazione dell'assemblea apertamente contrastante con la conclamata "volontà" legislativa della dismissione (si porta quale esempio la revoca dello stato di liquidazione)<sup>370</sup>.

---

del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con L. 30 luglio 2010, n. 122, recante "misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica".

<sup>369</sup> Nel senso che la liquidazione sia subordinata alla preventiva verifica della possibilità di cessione, IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., pagg. 361-362; MAZZONI, *I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., pag. 101.

<sup>370</sup> In termini, IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., pagg. 367; MAZZONI, *I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., pag. 102. Entrambi concordano, peraltro, sulla inapplicabilità del disposto del D.L. 223 del 4

Il secondo, più utile ai nostri fini, ma senz'altro più complesso, è riassumibile in questa domanda: come risolvere l'attuazione del precetto (teso alla dismissione) allorché il Comune, socio minoritario, non abbia possibilità (per le ragioni più varie) di cedere la partecipazione o sciogliere (appunto perché socio minoritario) la società?

Le soluzioni a tale interrogativo potrebbero essere, astrattamente, solo due, rinvenibili nella disciplina del diritto societario "comune"<sup>371</sup>.

---

luglio 2006 (conv. con L. n. 248 del 4 agosto 2006), il cui art. 13 (rubricato "Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza") stabilisce che "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. [...] Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività [...]. I contratti conclusi in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli". L'applicazione di tale disposizione, che comporta la nullità di ogni atto concluso in violazione del divieto, infatti, è preclusa dal suo carattere eccezionale, e, dunque, dalla mancata replica di essa nel contesto, diverso, di cui ci si occupa.

<sup>371</sup> Ciò che sembra possa essere confermato, seppure indirettamente, anche a partire da una decisione assunta dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, seppure incidentalmente e limitatamente al problema del riparto di giurisdizione, con sentenza del 3 giugno 2011, n. 10 (in *Giur. It.*, 2012, pagg. 198 ss.; e in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, pagg. 287 ss.), avente ad oggetto la invocata illegittimità di talune deliberazioni di una società di engineering costituita da un'istituzione universitaria, ha stabilito che il riparto di giurisdizione opera tenendo conto del fatto che gli atti che sono espressione di potestà di diritto pubblico sono impugnabili in sede di giurisdizione amministrativa; laddove gli atti a valle della scelta di fondo concernente l'utilizzazione del modello societario, essendo manifestazione dei poteri ordinari dell'ente pubblico quale azionista, si traducono in atti societari dal punto di vista oggettivo e soggettivo, seguono il modello privatistico e le controversie ad essi relative spettano alla giurisdizione del giudice ordinario. Ma si v.no, in proposito, i rilievi di PIZZA, Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del D.L. 223/2006 [c.d. Decreto Bersani], in AA.VV., *Le società pubbliche*, cit., pagg. 151 ss.

E l'opzione tra i due rimedi attiene, essenzialmente, alla scelta di vanificare o non vanificare (e, in questo caso, il "come" non vanificare), seppure fattualmente, il comando legislativo della dismissione imposta all'ente partecipante, "costringendo" l'ente medesimo alla permanenza nella compagine sociale o meno. In breve: o si vincola l'ente alla permanenza nella società il cui scioglimento può solo auspicare ma non ottenere fattivamente (perché socio minoritario); o, all'inverso, si interpreta il dato normativo rappresentato dall'insieme delle disposizioni in materia di diritto societario, onde conformarle e renderle coerenti al rispetto del precetto rappresentato dalla dismissione obbligata delle partecipazioni.

Nel vuoto legislativo, sembra, infatti, da escludere la soluzione interpretativa che giunga alla conclusione della nullità della società, stante la tassatività delle cause (*"la nullità può essere dichiarata solo nei seguenti casi"*: art. 2332 cod. civ.) che possono darvi luogo, tassatività rigorosamente affermata già dall'art. 11 della prima I Direttiva comunitaria (Direttiva 68/151/CEE) cui la riforma del diritto societario, nella rimodulazione dell'art. 2332 cod. civ., ha inteso dare completa attuazione<sup>372</sup>. Non sembra, d'altronde, che sia possibile configurare l'illiceità dell'oggetto sociale, ipotesi questa integrata anche allorché l'oggetto sociale, da valutare nella sua concreta proiezione "attuativa", sia sopravvenuta e sia legata, ad esempio, al venir meno delle condizioni legittimanti l'esercizio di una data attività<sup>373</sup>. E ciò, per

---

<sup>372</sup> In arg. si v.no G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, AA.VV., *Tipo, costituzione, nullità*, in *Trattato delle s.p.a.*, v. I, cit., pagg. 452 ss.; ID., *commento sub art. 2332*, in AA.VV., *Società di capitali, Commentario*, a c. di G. Niccolini - A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, pagg. 89 e 90.

<sup>373</sup> Su tali aspetti e sulla corretta interpretazione della nozione di "illiceità dell'oggetto sociale", a termini dell'art. 2332 cod. civ., in relazione alla mancanza dei presupposti autorizzatori per lo svolgimento dell'attività indicata dall'oggetto

la ragione che il requisito della “necessaria strumentalità” è stato posto dalla legge in modo da avere, sì, come termine di raffronto l’oggetto sociale della società in cui il Comune partecipa; ma, in definitiva, la stessa legge specifica che la carenza del requisito indicato si riflette sulla partecipazione del socio pubblico, nel senso di imporne la dismissione, non già sulla società; tant’è che la legge stessa ne postula, ove possibile, la sopravvivenza, allorché – in caso di mancanza del requisito – introduce quali meccanismi per assicurare la dismissione la cessione della partecipazione<sup>374</sup> senza riflessi diretti – almeno apertamente – sulla esistenza della medesima. Ragioni di coerenza indotta dalla stessa formulazione della legge, insomma, inducono a ritenere non corretta l’applicazione della *sanzione* della nullità ex art. 2332 cod. civ.

D’altronde, è stato detto<sup>375</sup>, tale conclusione – nel senso della nullità – non sarebbe idonea a preservare gli interessi dei privati coinvolti (si sta infatti ipotizzando la presenza pubblica minoritaria dell’ente vincolato alla dismissione), nonché gli interessi alla prosecuzione dell’attività che si può radicare in capo agli altri soci; interessi, questi, il cui sacrificio sembra doversi escludere, non essendo autorizzato da nessuna disposizione della legge speciale di cui si discorre.

Per sciogliere il dubbio nell’uno o nell’altro senso sopra richiamato, la dottrina, ponendo a confronto gli interessi coinvolti dalla esigenza della dismissione, ritiene quest’ultimo prevalente proprio al

---

sociale medesimo, cfr. ancora G. PALMIERI, *commento sub art. 2332*, in AA.VV., *Società di capitali, Commentario*, cit., pagg. 89-90.

<sup>374</sup> Nel senso precisato dalla precedente nota n. 236.

<sup>375</sup> IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., pagg. 367 ss.

fine di scongiurare il rischio che venga frustrata la volontà della legge, in cui si esprime l'esigenza del disinvestimento in via prioritaria rispetto agli interessi legati alla continuazione dell'attività imprenditoriale. Ne è, riprova, di questa prevalenza, la alternativa, quando possibile, tra cessione delle partecipazioni e liquidazione della società, allorché il Comune (ad esempio perché socio di maggioranza) abbia facoltà di procedere anche nel secondo senso - liquidazione - allorché non sia possibile la prima ipotesi - cessione delle partecipazioni -. Come si è notato, tale inevitabile conclusione, *“vale quanto dire che l'interesse pubblico o generale alla cessazione dell'investimento ed alla sua liquidazione [...] è così forte da esigere che, ove non risulti liquidabile la parte, dovrà allora procedersi alla liquidazione del tutto”*; e ciò sembra possibile solo attraverso l'applicazione analogica dell'art. 2437 cod. civ. a proposito delle cause obbligatorie di recesso, con applicazione degli artt. 2437 bis, 2437 ter e 2437 quater, cod. civ., per quanto riguarda le regole inerenti al relativo procedimento<sup>376</sup>.

Le conseguenze che è possibile trarre da questa soluzione, che senz'altro si condivide sul punto specifico, sono essenzialmente due.

Una prima, già evidenziata, per cui con la disciplina recata in materia di società pubbliche dalla L. 244/2007, ridimensiona la capacità giuridica degli enti pubblici, sino ad oggi - abbastanza pacificamente - considerata generale e che, dall'entrata in vigore della finanziaria per l'anno 2008, sembra caratterizzarsi piuttosto per una spiccata specialità (nel senso che la partecipazione in società, diversamente dal passato, è

---

<sup>376</sup> Concordi in tal senso IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., pagg. 367; MAZZONI, *I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., pagg. 101 ss.; e si v. anche, in relazione a diversi aspetti operativi, connessi anche con la funzione notarile, GUIDA, *Aspetti e problemi della circolazione delle partecipazioni*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., pagg. 193 ss., e in partic., pagg. 214 s.

oggi consentita solo se positivamente ammessa e non se “non vietata”<sup>377</sup>.

La seconda conseguenza, ancora più vicina alle conclusioni che si stanno andando a trarre, è inerente alla circostanza che alla luce di questo *trend* normativo la “capacità speciale” da attribuire all’ente partecipante non rimanga confinata esclusivamente nella sua dimensione di “socio” sì che l’interesse pubblico si manifesta per suo tramite come, appunto, partecipante all’iniziativa societaria; v’è che, anzi, questa “capacità speciale” finisce con l’imporre il trascorrere dell’interesse pubblico dalla dimensione (per così dire) interna, del socio, alla stessa società – le cui sorti vengono così vincolate alle esigenze pubbliche, di contenimento della spesa in questo caso – fungendo da criterio di interpretazione e parametro di selezione della disciplina loro applicabile, seppure restando sempre all’interno dell’impianto del codice civile<sup>378</sup>. Tale ultima precisazione – *mutatis mutandis* riferibile, a date condizioni, alle società a partecipazione pubblica di origine legale – costituisce guida delle riflessioni che seguono nei prossimi paragrafi.

---

<sup>377</sup> In termini, gli autori già citati alla nota precedente.

<sup>378</sup> Una (forse eccessiva) valorizzazione di questo dato è di CAMELLI e DUGATO (autori del contributo *Le società degli enti territoriali alla luce dell’art. 13 del D.L. n. 223/2006*, in AA.VV. *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a c. dei medesimi autori del contributo citato, Torino, 2008, pagg. 347 ss.), ove tale interpretazione viene spinta sino all’affermazione della tendenziale nullità di ogni atto che non sia coerente con la ratio delle esigenze pubblicistiche. *Contra*, seppure parzialmente, nel senso di limitare l’invalidità al solo atto col quale venga assunta la partecipazione, FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L’art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008, pagg. 90 ss.

6. – LE CONSEGUENZE DELLA COSTITUZIONE LEGALE E IL RILIEVO DELL'ART. 2451 COD. CIV. PRIME CONCLUSIONI.

Le riflessioni che precedono – sino al paragrafo 4 – hanno inteso, da una parte, epurare il problema della rilevanza pubblicistica sulla conformazione e sull'assetto delle società per azioni: *a)* sia dalle questioni relative alla “ontologica incompatibilità” di essa con lo scopo di lucro che si presenta, al più, come questione “trasversale”, non esclusiva delle società legali, non sempre e comunque costante nelle società pubbliche e, dunque, inidonea ad assumere rilievo sul piano “qualificatorio” (non della società ma prima ancora, neanche) dell'azionariato pubblico; *b)* sia dalle questioni relative alle “deroghe” che il diritto societario conosce per via della regolamentazione della partecipazione pubblica attraverso statuti singolari; deroghe, queste, che – come si è cercato di esporre –, per un verso, semmai individuano proprio la società per azioni come modello residuale e, per l'altro verso, dalle quali non è dato trarre più di quanto le stesse prevedano, proprio perché è in esse che si manifesta (e al contempo, è da limitare) la rilevanza della finalità pubblicistica.

Come anticipato, quanto detto nel paragrafo 5, conduce le presenti riflessioni verso un'ulteriore considerazione. Nel caso ivi segnalato, infatti, l'unica soluzione coerente col dato normativo che impone il disinvestimento al Comune, è rappresentata dall'applicazione analogica della disciplina del diritto di recesso (in questo caso necessariamente “non parziale”<sup>379</sup>) in capo al medesimo socio, a

---

<sup>379</sup> Ciò per le ragioni indicate nella precedente nota 266, ove si è osservato che, a partire dall'infelice formulazione della norma considerata, nella quale si fa riferimento alla “cessione della società o della partecipazione”, ed alla circostanza che – tramite tale dizione – si possa intendere che il disinvestimento, mosso dalla carenza della necessaria strumentalità, debba avere ad oggetto l'intera partecipazione e non solo una parte di essa, benché oggi il recesso sia espressamente ammesso,



termini degli artt. 2437 ss. cod. civ. Giova a questo proposito precisare che questa soluzione, ribadita dalla stessa dottrina<sup>380</sup>, si impone come tale – come applicazione *analogica* – perché, a rigore, non si assiste all'integrazione di nessuna delle cause di recesso contemplate dall'art. 2437, co. 1, cod. civ. E ciò per il semplice fatto che, quale che sia la causa di recesso che si prenda in considerazione (e la più vicina potrebbe forse essere quella espressa dalla lett. a del co. 1 dell'art. 2437: “*la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società*”) ciò che influisce sull'applicazione del diritto di recesso obbligatorio non è una determinazione sociale rispetto alla quale il socio matura un interesse – giuridicamente protetto – al disinvestimento, sibbene il mutato rapporto tra l'ente pubblico socio e la società per il venir meno, in capo al primo, del ricordato necessario rapporto di strumentalità. L'applicazione della disciplina dettata in tema di recesso, allora, viene in considerazione come riflesso della sua *ratio*, ossia come “*meccanismo idoneo a realizzare, anche parzialmente, il disinvestimento del singolo*”<sup>381</sup>, per circostanze, in

---

come noto, per le ipotesi c.d. inderogabili; in argomento, STELLA RICHTER JR., *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, pag. 389 ss. (che ammette il recesso parziale anche per le cause derogabili o previste dallo statuto); cfr. anche DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, dir. da P. Abbadessa e G.B. Portale, v. III, Torino, 2007, pagg. 219 ss.; SALAFIA, *Il recesso del socio nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2006, pagg. 417 ss.

<sup>380</sup> MAZZONI, *I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., pag. 102; soluzione, quella proposta, con la quale se ben vediamo concorda anche IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., pagg. 367;

<sup>381</sup> Così PACIELLO, *commento sub art. 2437 cod. civ.*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, a c. di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, v. II, Napoli, 2004, pag. 1106; analogamente, De Nova, *Il diritto di recesso del socio di società per azioni come opzione di vendita*, in AA.VV., *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, a c. di V. Afferni – G. Visintini, Milano, 2005, pag. 153; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., pag. 72; e CAGNASSO, *Le modificazioni*

questo caso, che non riguardano la società ma il singolo socio, appunto

In altri termini, in quel caso la soluzione coerente è costituita dall'assimilazione dell'interesse pubblico sotteso al disinvestimento (il contenimento della spesa pubblica come visto), interesse esclusivo dell'ente pubblico socio-partecipante e non certo – in condizioni, per così dire, “normali” – della società, ad una delle vicende che incidono in modo particolarmente significativo sull'assetto organizzativo<sup>382</sup> della società o, per dirla altrimenti, ad un delle vicende costituenti mutamento delle “basi essenziali” del rapporto societario<sup>383</sup>, attraverso la attribuzione (in via analogica) di un rimedio che la stessa legge ha inteso configurare come “estremo mezzo di tutela”<sup>384</sup>.

Come già accennato le disposizioni (art. 3 commi 27-29 L. 244/2007) a partire dalle quali pervenire a questo risultato non possono essere

---

*statutarie ed il diritto di recesso, in AA.VV., Trattato di diritto commerciale, v. IV, La società per azioni, dir. da G. Cottino, Padova, 2010, pag. 951.*

<sup>382</sup> In tal senso nella giurisprudenza anteriore alla riforma del diritto societario, cfr. App. Milano, 16 ottobre 2001, in *Soc.*, 2002, pagg. 449 ss.; Cass. civ. Sez. I, 2 luglio 2007, n. 14963 (riferita alla disciplina previgente), in *Soc.*, 2007, pagg. 1348 ss. (e riedita con nota di commento di SPAGNOLO, *ivi*, 2008, pagg. 1368 ss.).

<sup>383</sup> In termini, a proposito del previgente art. 2437 cod. civ., GRIPPO, *Il recesso del socio*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, v. XVI, t. 1, dir. da G.E. Colombo – G.B. Portale, Torino, 1993, pag. 133; FRÈ, *commento sub art. 2437 cod. civ.*, in *Società per azioni, Comm. del cod. civ.*, a c. di A Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, pagg. 756.

Dopo la riforma del diritto societario, in dottrina, nel senso della rigorosa eccezionalità del rimedio, cfr. D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, pagg. 176 ss.; e si v. anche CALANDRA BONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, pagg. 301 ss.

<sup>384</sup> Relazione al D. Lgs. n. 6/2003, § 9. Ciò, nel quadro di istruzioni impartite dal legislatore delegante (D.Lgs. 366 del 2001) secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto “*rivedere la disciplina del recesso, prevedendo che lo statuto possa introdurre ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissenziente, anche per il caso di proroga della durata della società; individuare in proposito criteri di calcolo del valore di rimborso adeguati alla tutela del recedente, salvaguardando in ogni caso l'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali*” (art. 4, co. 9, lett. d)

applicate alle società che ci occupano, per espressa previsione di legge<sup>385</sup> che ha ne escluso l'applicazione alle amministrazioni statali; né dunque possono costituire oggetto di riferimento diretto per le riflessioni che ci riguardano. Tuttavia spingono l'indagine verso la ricerca – della quale si è parlato già nel primo capitolo – di dati normativi che consentano di individuare la peculiarità delle società a statuto singolare non già passando dalle relative norme derogatorie (nelle quali, semmai, appunto si risolve l'adeguamento del paradigma s.p.a. richiesto dal "pubblico", nei termini voluti dal legislatore); tali norme derogatorie, come visto nei paragrafi precedenti, non possono costituire motivo di riquilibratura delle società delle quali si discorre in senso pubblicistico. Se così è, e se si condividono le ragioni di questa conclusione, tali deroghe fungono essenzialmente da "limite" massimo all'applicazione in via residuale del diritto societario comune e non possono costituire criterio idoneo, in positivo, ad adeguare l'interpretazione delle norme del diritto societario comune in funzione dell'interesse pubblico, perché esso è già espresso nelle norme derogatorie<sup>386</sup>.

Di primo acchito, allora, sembrerebbe doversi concludere nel senso che la "specialità" degli statuti singolari non possa andare oltre le rispettive specifiche previsioni, perché in esse si configura l'intenzione (preventivata) del legislatore di dare risposta alle esigenze che

---

<sup>385</sup> Ad opera del già richiamato art. 71, co. 1, lett e), del D.Lgs. n. 69 del 18 giugno 2009.

<sup>386</sup> In breve, come visto in precedenza, non sembrano atteggiarsi quali norme speciali "per sottrazione" relativamente alla fattispecie (semmai lo sono per i soli profili di disciplina contemplati dagli statuti singolari in maniera divergente da quella codicistica) e, tanto meno come norme eccezionali; *supra*, §§ 3 e 4 di questo capitolo. Per l'approfondimento della distinzione tra norme speciali (per addizione o sottrazione) ed eccezionali, si v. ancora IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in *L'età della decodificazione*, Milano 1999, pagg. 55 ss.

potrebbero essere avvertite dal socio pubblico. E potrebbe aggiungersi, come abbiamo già evidenziato, che il vincolo di costituzione di una società legale (che sia essa coattiva od obbligatoria) è rivolto non già direttamente alla società, ma al socio pubblico, al quale viene assegnato il compito di perseguire l'oggetto sociale indicato dallo statuto, secondo le condizioni ivi stabilite. Con la conseguenza che la limitazione imposta dalla legge, sul piano del libero svolgersi dell'autonomia privata, riguardi in definitiva non già la società ma il socio pubblico e non si trasferisce da questo alla prima.

Così ragionando sembra però essere messo in secondo piano un elemento essenziale delle società legali. Un elemento, questo, che seppure non può condurre alla riqualificazione, non può nemmeno essere trascurato nell'analisi di tutti gli statuti singolari, perché è comune a tutti: la predeterminazione legale dell'esistenza della società, nei termini e con le conseguenze che si diranno appresso. Questa eventualità, quella che si sta considerando in questo lavoro, la costituzione con provvedimento di legge, infatti, se funge da criterio, tra gli altri, per escludere la riqualificazione<sup>387</sup> proprio allorché indica come regime residuale quello societario<sup>388</sup>, al contempo sembra costituire caratteristica che, in positivo (così come per i vincoli di spesa imposti agli enti locali che da limite incombente sul socio assurgono a parametro di lettura della disciplina societaria applicabile), induce a rileggere in coerenza la disciplina delle società legali, in funzione degli effetti che genera. E sembra potersi dire, anzitutto, che tale effetto sia costituito in primo luogo dall'impossibilità di determinarsi nel senso

---

<sup>387</sup> Per le ragioni indicate nel precedente § 4.

<sup>388</sup> Sul punto sia consentito rinviare alle osservazioni delle pagine che precedono, confidando di aver offerto in quella sede congrua evidenza di questa conclusione.

dello scioglimento dell'iniziativa imprenditoriale, in forma societaria, assegnata dalla legge costitutiva stessa alla società medesima, a termini dell'art. 2484, co. 1, n. 6 cod. civ.

Lo scioglimento che sia il frutto di una deliberazione in tal senso dei soci, infatti, è preclusa dal fatto stesso della costituzione legale che, dal punto di vista delle gerarchie delle fonti, non può ovviamente tollerare che disposizioni le medesime di legge siano vanificate da atti che siano il risultato dell'autonomia privata.

Anche volendo prescindere dal dato formale (che attinge al rapporto gerarchico tra norme), pure decisivo, d'altronde, non sembra potersi giungere a conclusione diversa valutando gli interessi in gioco in rapporto alla particolare dinamica genetica (legale).

È preliminarmente opportuno ricordare che al verificarsi di una causa di scioglimento è connesso, come noto, l'avvio della vicenda dissolutiva dell'ente *de quo* e del relativo patrimonio, al punto che la stessa giurisprudenza non esita a riconoscere nello scioglimento – per ora: quale che ne sia la causa specifica a termini dell'attuale art. 2484 cod. civ. – “il mutamento del suo scopo: allo scopo di svolgere in comune un'attività economica al fine di dividere gli utili subentra lo scopo di definire i rapporti derivati dall'attività sociale e di ripartire tra i soci l'eventuale attivo”<sup>389</sup> o, come si è altresì detto, un mutamento dell'assetto organizzativo della società teso non più all'esercizio di attività lucrativa ma alla definizione dei rapporti, già posti in essere, in funzione liquidatoria<sup>390</sup>; ciò che è reso altresì evidente dai *compiti*

---

<sup>389</sup> Cass. civ., Sez. III, 11 marzo 1998, n. 2676, in *Giur. It.*, 1998, pag. 2099; più recentemente, in senso analogo, Cass. civ., Sez. II, 13 agosto 2004, n. 15735, in *Impr.*, 2004, 1823; e Cass. civ., Sez. I, sent. 19 dicembre 2008, n. 29776, in *Giur. comm.*, 2009, II, pag. 652 e in *Riv. not.*, 2010, pag. 171.

<sup>390</sup> Cfr. ALESSI, *I liquidatori di società per azioni*, Torino, 1994, pag. 22.

attribuiti agli amministratori ed ai liquidatori, circa, rispettivamente, il compimento di atti “ai soli fini” della conservazione del patrimonio sociale in vista della fase liquidatoria<sup>391</sup> (art. 2486 cod. civ.), e la possibilità del compimento di atti purché siano utili alla liquidazione<sup>392</sup> (art. 2489 cod. civ.). Se così è, appare evidente che non può seriamente mettersi in discussione che la predeterminazione legislativa della costituzione della società, cui si accompagna (sempre) l’indicazione di un certo oggetto sociale, possa essere elusa, immediatamente dopo, dando luogo alla dissoluzione della società voluta dalla legge per, non può che assumersi, finalità pubbliche.

Ciò posto, per favorire lo sviluppo del ragionamento che si sta conducendo, sembra possibile svolgere qualche ulteriore considerazione. È utile ricordare, in particolare, che la dottrina da diverso tempo ha cercato di raccogliere intorno ad alcuni elementi comuni tutte le cause di scioglimento contemplate dalla disciplina codicistica, in ragione del modo di atteggiarsi dell’elemento volitivo (della compagine sociale), così distinguendo: (i) tra cause di scioglimento riferibili, direttamente o indirettamente, alla volontà “interna” della società, da quelle che sono frutto di eterodeterminazione; (ii) con più precisione, secondo altra

---

<sup>391</sup> Su cui si v. PACIELLO, *commento sub art. 2486*, in AA.VV., *Le nuove leggi dell’economia. La riforma delle società. La società a responsabilità limitata. Liquidazione, gruppi, trasformazione, fusione, scissione*, cit., pagg. 247 ss.; NICCOLINI, *commento sub art. 2486*, in AA.VV., *Società di capitali, Comm. Niccolini-Stagno D’Alcontres*, v. III, Napoli, 2004, pagg. 1730 ss.

<sup>392</sup> In arg., sulla considerazione del criterio di *utilità* e del superamento del concetto di “nuove operazioni”, per ulteriori riferimenti MARCONE, *commento sub art. 2489*, in AA.VV., *Codice commentato delle s.p.a.*, v. II, dir. da Fauceglia – Schiano di Pepe, Milano, 2007, pag. 1547; TURELLI, *L’informazione sulla gestione nelle società per azioni in liquidazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, dir. da P. Abbadessa – G.B. Portale, Torino, 2007, pag. 5; SALAFIA, *Liquidatori di società: poteri*, in *Soc.*, 2007, pagg. 667 ss.

ricostruzione, tra cause di scioglimento riferibili alla volontà dei soci, della legge, ovvero dell'autorità giudiziaria o governativa; (iii) e tra cause di scioglimento riferibili alla "normale attuazione di una situazione in uno o in altro modo prevista dall'atto costitutivo" (essenzialmente il decorso del termine) dalle cause dipendenti dall'adozione "di un atto modificativo della struttura sociale"<sup>393</sup>. Tutte dette ricostruzioni, in una o altra misura (e, soprattutto, ad uno o ad altro fine<sup>394</sup>), se ben vediamo, attribuiscono rilievo essenziale all'elemento volitivo sul presupposto che lo scioglimento costituisce uno dei modi - quello tendenzialmente "tombale" - con i quali i soci attuano il programma associativo. Non è un caso: in effetti ogni disposizione codicistica relativa alla regolamentazione delle cause che importino la cessazione del programma dell'attività delle figure associative, annovera sempre,

<sup>393</sup> Sono rispettivamente le tesi di FIORENTINO, *Sullo scioglimento e la liquidazione delle società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, pagg. 372 ss.; di GHIDINI, *Società personali*, 1972, pag. 788 ss. e in part. pagg. 798 ss., la quale tornerebbe, ad avviso dell'A., utile anche a fini conoscitivi, consentendo infatti di distinguere tra cause di scioglimento che possono (o non possono) radicare in capo ai creditori un diritto di opposizione; e che possono (o non possono) essere disponibili, essendo o meno rivolte alla tutela di interessi terzi la cui salvaguardia, eventualmente, è rimessa all'autorità giudiziaria; e di FRÈ, *commento sub art. 2448 cod. civ.*, in *Società per azioni, Comm. del cod. civ.*, a c. di A Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, pagg. 839, il quale riporta le parole e aderisce all'impostazione di Valeri, *Manuale di diritto commerciale*, v. I, Firenze, 1946, pag. 127. Ciascuna delle ricordate ricostruzioni, invero, è tesa - in diversi modi - ad offrire razionalità ad una dinamica, quella dello scioglimento, in considerazione degli effetti che essa produce nei confronti dei terzi e, dunque, ad offrire spiegazione all'opponibilità del verificarsi dello scioglimento nei confronti dei terzi medesimi. Recentemente, ad ogni modo, a proposito dell'operatività ipso iure del verificarsi di una causa di scioglimento opera ipso iure, produttiva dei propri effetti nei rapporti interni alla società, ma non opponibile ai terzi se non dal momento della sua iscrizione nel registro delle imprese, cfr. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2011, pagg. 614 ss. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. II. Le società*, a c. di M. Campobasso, Torino, 2012, pagg. 548 ss. Per una sintesi dei percorsi argomentativi segnalati nel testo sia consentito rinviare alla esposizione di NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo - G.B. Portale, v. VII 7, Torino, 1997, pagg. 248-250 e ss.

<sup>394</sup> Cfr. la precedente nota n. 293.

come è ovvio, la determinazione in tal senso dei partecipanti di porre termine a quella iniziativa che hanno definito in origine il programma dell'attività; così è per le associazioni e per le fondazioni (artt. 16, co. 2 e 21 co. 3, cod. civ.); per le società di persone (artt. 2272, co. 1 n. 3, 2308 e 2323 co. 1); per i consorzi (art. 2611, co. 1 n. 4). Ciò è ben comprensibile se si pone mente, come avvertito da tempo da Autorevole dottrina<sup>395</sup>, alla circostanza che nei fenomeni associativi l'atto "programmatico dell'organizzazione" non è diretto a regolare la dinamica di una realtà a cui resta estraneo, ma è teso proprio a creare il regolamento di quella medesima attività, nella quale resta immanente<sup>396</sup>. In altri termini, se ben vediamo, è lecito dire che è proprio di ogni relazione di tipo associativo l'emergere della volontà delle parti non soltanto in riferimento alla "creazione" di un atto che poi resta "svincolato" dal successivo dispiegarsi dell'attività; ma che anzi la volontà delle parti rileva proprio in relazione al successivo svolgersi dell'attività "comune e diretta ad un certo risultato" come dedotta nell'atto indicativo di quel programma.

Assumendo quale prospettiva l'esecuzione del programma dell'attività, può ricordarsi, in effetti, che tutte le cause di scioglimento (anche quelle che non riposano "direttamente" sulla volontà assembleare) trovano giustificazione in esso, ossia nell'attuazione del programma imprenditoriale, che siano dette cause "eterodeterminate" o frutto di opzione dell'assemblea dei soci (ovvero dei soci all'atto della costituzione).

In altri termini, in prima battuta può affermarsi che la costituzione

---

<sup>395</sup> P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., *passim*, e in part. pagg. 367 ss.

<sup>396</sup> P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., *passim*, pag. 368. E in arg. si v. anche G.B. FERRI, *sub vocem* *Negoziio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., v. XI, Torino 1995, pagg. 61 ss.



legale senz'altro contrasta, sia formalmente che sostanzialmente, con la determinazione dello scioglimento anticipato *ex art.* 2484, co. 1, n. 6, cod. civ.; ma osservando la *ratio* e gli effetti – sia della costituzione legale che della disciplina dello scioglimento – forse è ricavabile qualcosa di più. Sembra infatti che la costituzione legale, incidendo “rigidità” di quel programma imprenditoriale, possa avere qualche ulteriore ricaduta applicativa diretta anche con riguardo ad altri momenti della disciplina delle s.p.a.

Lo spunto in tal senso è offerto dall'esame di altra causa di scioglimento, quella che dipende dal verificarsi dal conseguimento dell'oggetto sociale ovvero della sopravvenuta impossibilità di conseguirlo (art. 2484, co. 1, n. 2, cod. civ.). In relazione a tale ipotesi, pur non essendo la medesima il risultato di una specifica determinazione in tal senso dei soci, è dato comunque ravvisarvi la rilevanza che assume l'esaurimento – soddisfacente o meno – del programma associativo originario, sì che anche quando quel programma non può più essere oggetto di positiva realizzazione, viene meno anche l'interesse alla conservazione del vincolo<sup>397</sup>; né, da un punto di vista generale, si potrebbe ammettere la tutela giudiziale di

---

<sup>397</sup> In argomento, tra gli altri, si v. no BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nella società per azioni*, Milano, 1995, pagg. 71 ss.; NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, cit., pag. 265. Nello stesso senso, recentemente, in termini espliciti, anche TRAVERSA, *Le cause di scioglimento*, in AA.VV., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a c. di F. Fimmanò, Milano, 2011, pag. 43; nonché FIMMANÒ – TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma*, in *Riv. not.*, 2003, pag. 1345;

In giurisprudenza cfr. Trib. Napoli Sez. VII, 25 maggio 2011, in *Soc.*, 2012, pagg. 387 ss. (con commento di TARANTINO) e in *Foro It.*, 2012, I, pagg. 1613 ss.; Trib. Lecco Dec., 19 febbraio 2007, in *Soc.* 2008, pagg. 1027 ss. (con nota di commento di FICOCELLI). Ma su tale indirizzo giurisprudenziale si v. no già in precedenza le osservazioni critiche di SPADA, *sub vocem Impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., v. VII, Torino, 1992, pagg. 39 ss.

situazioni giuridiche dipendenti dall'attuazione di un programma frustato dalla (sopravvenuta) impossibilità<sup>398</sup>. Che la causa di scioglimento *de quo* possa trovare concretizzazione per le società legali è, in effetti, possibile<sup>399</sup>, seppure – riteniamo – solo astrattamente, stante, (i) da una parte, la generale illustrazione dell'oggetto sociale indicata di regola dagli statuti singolari<sup>400</sup>; (ii) dall'altra parte la circostanza che l'operatività concreta delle menzionata causa di scioglimento è condizionata al grado di precisione adoperato all'atto dell'individuazione dell'oggetto sociale *ex art.* 2328, co. 1, n. 3, cod. civ.<sup>401</sup>; e (iii) dall'altra parte ancora, il particolare rigore che la dottrina e giurisprudenza hanno mostrato a questo proposito, nel senso che, come noto, tale causa deve essere oggettiva, assoluta e definitiva<sup>402</sup>. Ad

---

<sup>398</sup> Così, Cass. Civ., 12 luglio 1974, n. 2076, in *Rep. Foro It.*, 1974, *sub vocem Società*, n. 397 (s.m.), e in *Dir. fall.*, 1975, II, pagg. 206 ss.; Cass. Civ., 6 aprile 1991, n. 3602, in *Giur. comm.*, 1992, II, pag. 384.

In dottrina, in argomento, cfr. P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, pagg. 833 ss.; TOMMASINO, *sub vocem Nullità (Dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, v. XXVIII, Milano, 1978, pagg. 878 ss.; P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, pagg. 191 ss.; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, pagg. 23 ss.

<sup>399</sup> Così anche IBBA, *Le società "legali"*, cit., pagg. 304 ss. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., pagg. 210 ss.

<sup>400</sup> *Supra*, Cap. II, Parte II.

<sup>401</sup> NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, cit., pag. 265; PACIELLO, *commento sub art. 2484*, in AA.VV., *Le nuove leggi dell'economia. La riforma delle società. La società a responsabilità limitata. Liquidazione, gruppi, trasformazione, fusione, scissione*, cit., pag. 235.

<sup>402</sup> Oltre agli Autori citati nelle note precedenti, cfr. anche G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. II. Le società*, a c. di M. Campobasso, Torino, 2012, pagg. 548 ss.; DIMUNDO, *commento sub art. 2484*, in AA.VV., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, a c. di G. Lo Cascio, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, pag. 21; in giurisprudenza le già richiamate decisioni del Trib. Napoli Sez. VII, 25 maggio 2011, cit., *ibidem.*; Trib. Lecco Dec., 19 febbraio 2007, cit., *ibidem.*; Cass. Civ., 12 luglio 1974, n. 2076, cit., *ibidem.*

ogni modo, la soluzione “conservativa” è in effetti rimessa alla stessa assemblea che, “*convocata senza indugio*”, può deliberare le opportune modifiche statutarie (art. 2484, co. 1, n. 2 cod. civ.). Cosicché sembra lecito porsi il dubbio se la sottrazione alla libera disponibilità delle parti rinveniente dall'impossibilità di deliberare lo scioglimento anticipato si manifesti con analoga “rigidità” in relazione alle modifiche statutarie necessarie (*recte*: opportune) in tal caso; e, a ben vedere, il discorso è poi riproponibile in generale per tutte le modifiche statutarie.

In proposito la dottrina, interrogatasi da tempo sulla questione, non ha mancato di evidenziare che “*il relazione a quella parte della disciplina delle società stabilita dalla legge speciale si pone il problema della sua modificabilità secondo i meccanismi codicistici di diritto comune. La risposta non può che essere negativa: le clausole del contratto sociale possono essere modificate [...] in quanto siano espressione dell'autonomia privata. Quando invece non si tratta di clausole di contratto ma di norme di legge, oppure quando, pur trattandosi di clausole dell'atto costitutivo, il loro contenuto è stato [...] determinato dalla legge, allora la modifica non può essere rimessa ad una deliberazione assembleare ma richiede sempre una preventiva modificazione di legge*”<sup>403</sup>. Condividendo tale osservazione, dovremmo concludere, allora, nel senso della modificabilità delle sole regole poste a base dell'organizzazione societaria che siano il frutto della autonomia

---

<sup>403</sup> MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, v. I, a c. di G.E. Colombo – G.B. Portale, Torino, 1993, pag. 5. E, anche, RENNA, *La società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, pag. 173; GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., pagg. 199 ss.; e, seppure limitatamente all'oggetto della propria indagine, SPADA, *La Monte titoli s.p.a. tra legge e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pag. 551. Ma, in senso contrario, nei termini che si diranno a breve nel testo, IBBA, *Le società "legali"*, cit., pag. 283.

privata, sempre che tali modifiche non incidano, seppure indirettamente, sul contenuto delle disposizioni singolari. In breve, così argomentando, dovrebbe concludersi nel senso che il contenuto dello stato singolare (legale) costituisca, per così dire, zona franca, non suscettibile di alcun adattamento (se non per legge, appunto) che può essere suggerito dal mutare delle circostanze entro le quali opera la società. Ciò che, invero, è coerente con quanto abbiamo già sostenuto a proposito della impossibilità dello scioglimento anticipato, quale sintomo della più generale sottrazione alla libera disponibilità delle parti del programma dell'attività.

La conclusione cui giunge la richiamata dottrina è *formalmente* ineccepibile ed è altrì foriera di ulteriori conseguenze; tutte quelle ipotizzabili in ragione del contenuto degli statuti singolari, che si preoccupano, come visto, di determinare – tra le altre cose – anche la dotazione patrimoniale (capitale sociale) e l'assetto organizzativo-gestionale della società, oltre che, ovviamente, il relativo oggetto sociale. Anche con riguardo a tali aspetti, pertanto, sembra doversi concludere nel senso della immodificabilità, se non attraverso un provvedimento di pari rango rispetto a quello – la legge – che ne ha fissato il contenuto. E ciò, a ben vedere, anche per una ragione ulteriore a quella (che pare già dirimente) che fa affidamento sulla gerarchia delle fonti, ed è, per così dire, sostanziale: se la legge costitutiva della società risponde ad una finalità di carattere generale – essendo appunto una legge, nella quale si manifesta per propria natura un interesse pubblico<sup>404</sup> – e, nel suo contenuto, essa si premura di dettare

---

<sup>404</sup> E ciò è vero anche per le leggi “singolari”, per le quali, semmai, si potrebbe porre un problema di “ragionevolezza” costituzionale: MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, pagg. 4 ss.; ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 53 ss.

norme che, dal punto di vista pubblico, hanno sia carattere “finale” sia “strumentale”, tanto nelle prime quanto nelle seconde sembra doversi dire che il legislatore abbia condotto una valutazione di coerenza sia delle prime (finali: l’oggetto) rispetto alla finalità pubblica; sia di congruità delle seconde (strumentali: il capitale sociale e l’assetto organizzativo) rispetto a quell’oggetto sociale e, di rimando, alla finalità pubbliche si assume esservi sottesa. Di guisa che, in breve, anche nelle disposizioni che hanno ad oggetto profili puramente strumentali o organizzativi sembra doversi rintracciare quella stessa rigidità che caratterizza il programma dell’attività. Altrimenti non si potrebbe offrire razionale spiegazione al perché in alcuni casi il legislatore si preoccupi di indicare in maniera analitica il numero degli amministratori di una data società ovvero la modificabilità in aumento del capitale<sup>405</sup>. Proprio perché tali indicazioni specifiche non rappresentano dato costante degli statuti singolari potrebbe anzi dedursi, a contrario, della valutazione di opportunità, che però si traduce in una legge, condotta per quel singolo caso dal legislatore.

Paradigmatico, in tal senso, ci sembra proprio il contenuto dello “atto di destinazione” del proprio patrimonio all’iniziativa che lo Stato assume al momento della costituzione della società<sup>406</sup> per via legale; destinazione cui, atteggiandosi (come vedremo fra poco) in forme diverse, le leggi costitutive degli statuti singolari sembrano attribuire una diversa portata. E più esattamente, le leggi costitutive delle società singolari attribuiscono a quella destinazione, quale vincolo di

---

<sup>405</sup> È il caso di Arcus s.p.a.: supra, Cap. II, Parte II.

<sup>406</sup> Su cui sia consentito rinviare a SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2006, pagg. 8 ss.; G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, Milano 2001, passim, e in part. pagg. 25 ss. e 219 ss.; ID., *Finanziamento dell’impresa e partecipazione sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, pag. 119.

appartenenza di quel patrimonio allo scopo pubblico, una diversa gradazione d'intensità. In proposito, infatti, la modificabilità del capitale, in termini generali, sembra possibile solo allorché essa possa essere desunta dalla assenza di interferenze in tal senso della legge costitutiva che, in alcuni casi, nulla dispone circa il relativo ammontare o precisa che lo stesso è da considerarsi "iniziale"; ovvero, al contrario, ne specifica puntualmente l'ammontare prevedendone anche specifiche regole circa l'aumento. È il caso, rispettivamente, di Gestore del mercato s.p.a. e delle società risultanti dalla trasformazione di enti pubblici economici (a termini dell'art. 15 co. 2 del D.L. 333/1992<sup>407</sup>) per il primo caso; e della (ormai disciolta<sup>408</sup>) Patrimonio dello Stato s.p.a. e di Arcus s.p.a. per il secondo caso. Nel primo caso, in particolare, non essendovi precisazione della legge in proposito, il capitale - in ossequio al criterio di massa indicato in precedenza - potrà essere oggetto vuoi di aumento, vuoi di riduzione (salvo a dare applicazione alle specifiche discipline relative alla modifica del capitale previste dagli statuti legal medesimi<sup>409</sup>). Diverso - e più complesso - sembra

---

<sup>407</sup> A termini del quale, si ricorda, "il capitale iniziale della società [...] è determinato con Decreto del Ministero del Tesoro in base al netto patrimoniale risultante dai rispettivi ultimi bilanci".

<sup>408</sup> La cui legge costitutiva nulla dispone in proposito: cfr., tuttavia il D.L. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 15 luglio 2011, n. 111, per effetto del quale "entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto la società Patrimonio dello Stato s.p.a. è sciolta ed è posta in liquidazione con le modalità previste dal codice civile".

<sup>409</sup> Come è previsto, ad esempio, per Arcus s.p.a., il capitale, pur potendo essere oggetto di modifica per espressa previsione legale, è soggetto ad una specifica procedura che regola l'ingresso di nuovi soci tramite sottoscrizione di azioni di nuova emissione "per un importo non superiore al 60% del capitale sociale sottoscritto dallo Stato". Col che, se ben vediamo, si consente la modifica ma, al contempo, si impone un limite quantitativo che vincola in ogni caso a lasciare inalterato un dato "rapporto di forze" all'interno della compagine sociale, con ogni conseguenza circa l'applicazione del diritto di opzione per aumenti che, in ipotesi, potrebbero proporzionalmente ridurre il peso specifico dell'azionista Stato al di

essere invece il secondo caso, costituito dalle ipotesi nelle quali l'ammontare del capitale è fissato dalla legge in misura puntuale e a tale determinazione non si accompagna alcuna indicazione (quale, ad es., il riferimento al capitale come "iniziale") che ne suggerisca la sua modificabilità. Se, come detto, la *ratio* delle norme che fissano l'ammontare del capitale (che, come detto, non sempre avviene, ciò che suggerisce di considerare, *a contrario*, inderogabile questa determinazione) deve essere ricercata in una valutazione di congruità condotta dal legislatore in relazione all'oggetto sociale che viene assegnato alla società medesima, dovrebbe concludersi nel senso della impossibilità della riduzione del medesimo. E, peraltro, dando rigorosamente applicazione al criterio formale (gerarchia delle fonti), la sua modificabilità non sarebbe possibile neanche in aumento.

Il punto, però, richiede qualche precisazione.

Da una parte, come noto, vi sono delle disposizioni codicistiche che dettano una disciplina della riduzione del capitale sociale (le ipotesi di riduzione obbligatoria), che rispondono all'esigenza della doverosa tutela nei confronti dei creditori sociali, oltre che dei soci stessi e dei terzi in genere, alla conoscenza della reale situazione patrimoniale della società, onde dare attuazione al principio di effettiva corrispondenza tra capitale nominale e reale<sup>410</sup>. Sia tenendo conto di

---

sotto dell'indicato limite del 60%; in termini, in part. l'art. 10, co. 3, della L. 352 del 1997. In tal senso anche GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., pag. 205-206.

<sup>410</sup> In giurisprudenza, *ex multis*, si v. Cass. civ. Sez. I Sent., 2 aprile 2007, n. 8221, in *Notariato*, 2007, 4, 378; App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Giur. It.*, 2003, pagg. 1178 ss. (con commento di SPIOTTA); Cass. pen. Sez. V, 21 ottobre 1999, n. 12018, in *Dir. e prat. soc.*, 1999, 24, pag. 92. In dottrina, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. II. Diritto delle società*, cit., pag. 526; GUERRERA, *commento sub art. 2446*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, v. II, a c. di G. Niccolini - A. Stagno D'Alcontres, cit., pag. 1201; SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, cit., pagg. 20 ss.; NOBILISPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in AA.VV., *Trattato delle Società per azioni*, v. VI,

tale ultimo dato che della valutazione di congruità che deve ritenersi sussistente all'atto della precisa indicazione del capitale, è evidente che il sopraggiungere una perdita che dà luogo all'applicazione degli artt. 2446 e 2447 cod. civ. non solo involge interessi dei terzi la cui tutela deve comunque trovare presidio di là da preventiva determinazione di quel capitale per legge; non si può ritenere insomma che la predeterminazione del capitale porti con sé la compressione dei diritti dei terzi. E, a ben vedere, se la determinazione del capitale ad opera della legge è da riconnettere ad una valutazione di congruità condotta dal legislatore in funzione dell'oggetto sociale indicato nel programma dell'attività, è tale stessa osservazione a suggerire di dare applicazione alle disposizioni relative alla riduzione obbligatoria del capitale perché - nel caso ipotizzato - viene meno proprio quella congruità che il legislatore ha prefigurato. Sicché, se ben vediamo, onde scongiurare gli effetti dello scioglimento *ex art. 2484*, co 1 n. 4 cod. civ., ciò che incide sulla prosecuzione dell'attività preordinata al conseguimento dell'oggetto sociale fissato dalla legge, non può non darsi applicazione proprio agli artt. 2446 e 2447 cod. civ.; e se è vero quanto si è detto in precedenza a proposito del fatto che la limitazione dell'autonomia privata riguarda essenzialmente il socio pubblico, che deve dunque rendersi parte attiva nel dare ossequio al compito assegnatogli dalla legge singolare, si impone (quanto meno) a carico di questi un preciso

---

dir. da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1993, pag.376; G. OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1989, pag. 127; NICCOLINI, *Il capitale sociale minimo*, Milano, 1981, pag. 40; e, sulla rilevanza - nella disciplina della riduzione per perdite - dell'interesse dei soci a riscuotere eventuali dividendi a seguito della rimozione del vincolo in tal senso imposto dalle perdite medesime, FENGHI, *La riduzione del capitale*, Milano, 1974, pag. 64.



obbligo di ricapitalizzazione<sup>411</sup>; e, con riguardo all'art. 2447 cod. civ., con esclusione della parte che stabilisce l'eventualità della trasformazione.

Dall'altra parte è opportuno precisare che le conclusioni in precedenza illustrate, non sono invero pacifiche e, anzi, sono state oggetto di diversa valutazione anche da parte della dottrina giuscommercialistica che si è interessata *funditus* del problema<sup>412</sup>. Anche l'esame di tali critiche sembra consentire di precisare meglio la rilevanza che assume la predeterminazione del programma dell'attività da parte della legge e le relative conseguenze applicative. In particolare, si è osservato, che, al pari del contenuto della disciplina di *default* di un determinato tipo sociale, anche per gli statuti singolari stabiliti dalla legge possa ragionarsi in termini di derogabilità o inderogabilità di una data norma, in quanto sia suscettibile di interpretazione come norma dispositiva ovvero cogente; cosicché per alcune di esse si ritiene possa postularsi la modifica ad opera dell'assemblea straordinaria a termini dell'art. 2365 cod. civ. Tale conclusione muove dal presupposto, se ben vediamo, che la rigidità imposta dalla legge renderebbe *"poco agile e funzionale [...] lo 'strumento' società per azioni; e ciò, in ipotesi, contro quelle stesse esigenze che verosimilmente hanno indotto il legislatore a optare per esso"*<sup>413</sup> ; sicché si

---

<sup>411</sup> In tal senso anche IBBA, *Le società "legali"*, cit., pagg. 289 ss.; GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., pag. 205-206.

<sup>412</sup> IBBA, *Le società "legali"*, cit., *passim*, spec. pagg. 280 ss.; ID., *Gli statuti singolari*, in AA.VV. *Trattato delle società per azioni*, cit., pagg. ; e, se ben vediamo, addirittura nel senso del carattere dispositivo dell'intero statuto singolare previsto dalla legge e, dunque, della derogabilità integrale, da parte dell'assemblea, del contenuto degli statuti singolari, PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, pagg. 507 ss.

<sup>413</sup> IBBA, *Le società "legali"*, cit., pag. 282.

legittima l'idea che non sarebbe dato – necessariamente – postulare l'immodificabilità, in ogni sua parte, dello statuto, alla stregua del fatto che esso rappresenta l'oggetto dell'intervento legislativo singolare. La conclusione è esposta in chiave dubitativa dallo stesso autore che, se ben vediamo, finisce col rimettere ad una valutazione in concreto tesa al riscontro di quali possano essere, caso per caso, le disposizioni statutarie legali che sono espressione dell'interesse pubblico che puntualizzato l'oggetto sociale. Da qui dipendendo, ad esempio, la modificabilità "in aumento" (nel senso dell'arricchimento) della clausola statutaria (legale) che stabilisca l'oggetto sociale, nonché la modificabilità di tutte quelle ulteriori clausole dello statuto (legale) che abbiano funzione "servente" rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale (di regola: le clausole che indicano in maniera puntuale il numero degli amministratori; l'attribuzione di deleghe in capo ad uno o più di essi; il modello di amministrazione e controllo adottato, in via residuale, o per precisa opzione statutaria<sup>414</sup>; *etc.*).

Una soluzione a questo dubbio è stata già illustrata e discende dalla – seppure formalistica, ma non meno dirimente – rigorosa considerazione del sistema della gerarchia delle fonti. Possiamo però chiederci se dal dato positivo non emergano evidenze tese a privilegiare la connessione che può esservi tra l'interesse pubblico sotteso alla costituzione legale e l'apparato organizzativo che il legislatore medesimo congegna con riguardo a tali società. Da un canto, infatti, sviluppando il suggerimento della indicata dottrina, potrebbe forse risultare eccessivamente rigoroso pensare che ogni

---

<sup>414</sup> Si allude, evidentemente, al disposto dell'art. 2328 co. 1 n. 9 cod. civ., in combinata lettura con le disposizioni di cui gli artt. 2409 *octies* co. 1 e 2409 *sexiesdecies* co. 1, cod. civ.

disposizione indicata dalla legge con riferimento ad un dato statuto debba, per ciò solo, costituire momento in cui si incarna quell'interesse pubblico; dall'altra può rappresentare conclusione inappagnate, proprio tenendo conto della flessibilità organizzativa che – oggi ancora di più<sup>415</sup> – è voluta dalla legge all'atto della costituzione di una s.p.a.

Un argomento in tal senso sembra poter essere tratto dall'art. 2451 cod. civ., regolante le fattispecie delle società c.dd. di interesse nazionale. A questo proposito si è già accennato al fatto che, anche a seguito della riforma del diritto societario, la disciplina specificatamente dedicata alla “società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici” è stata oggetto solo di talune revisioni di carattere formale legate ad altri aspetti della riforma medesima (ossia salvi i necessari adattamenti connessi all'introduzione dei due nuovi modelli di amministrazione e controllo), sicché, oggi come ieri, la disciplina codicistica in proposito risulta abbastanza asciutta<sup>416</sup>. In particolare

---

<sup>415</sup> Sull'ampliamento del ruolo dell'autonomia privata e del concetto di elasticità nella conformazione dell'assetto societario, a seguito della riforma delle società di capitali e delle cooperative, si è già detto e sia consentito qui limitare il rinvio a G. PALMIERI, *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, cit., pagg. 251 ss.; OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, ct., pagg. 471 ss.; ID., *Pubblico e privato nelle società a partecipazione pubblica*, cit., pagg. 160-161; IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., pagg. 3 ss.

<sup>416</sup> Per una tale valutazione, già nella formulazione ante-riforma, cfr. FRÈ, *commento sub art. 2461 cod. civ.*, in *Società per azioni*, *Comm. del cod. civ.*, a c. di A Scialoja e G. Branca, cit., pag. 918. Benché sia scarna, tale disciplina è stata nodimeno oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina; cfr. in proposito 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*, in *Banca, borsa tit. cred.*, I, 1954, pagg. 712 segg.; CAGNASSO-IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dir. da W. Bigiavi, Torino, 1990; ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, pagg. 258 segg.; SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Soc.*, 2001, pagg. 773 segg.; A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 cod. civ.*, in *Foro Amm.*, 1984, pagg. 565 ss.

l'art. 2451 prevede oggi che *“le disposizioni di questo capo [capo V del titolo V: la disciplina dettata in tema di s.p.a.; n.d.r.] si applicano anche alle società per azioni d'interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti”*. Tale disposizione, come visto, tradizionalmente è stata interpretata dalla dottrina in funzione dell'individuazione dei limiti entro i quali la “specialità” (anche degli statuti singolari) potesse ancora essere, per così dire, tollerata dalle disposizioni dettate in materia di società per azioni. E, in particolare, come visto nelle pagine precedenti, allorché la specialità andasse oltre i confini (gestione sociale, trasferibilità delle azioni, il diritto di voto, nomina delle cariche sociali) tracciati dall'art. 2461 (oggi 2451) cod. civ., l'ente in discorso non sarebbe stato *sic et simpliciter* risolubile in una s.p.a., dando piuttosto luogo alla costruzione della figura delle società di diritto speciale più volte richiamate<sup>417</sup>. La norma, insomma, è stata di regola interpretata quale filtro, se è consentita la metafora, alla sorgente: fuori dai limiti dell'art. 2461 cod. civ., vi sarebbe stata una “falsa” s.p.a.<sup>418</sup>; e, si è aggiunto,

---

*società di interesse nazionale*, Milano, 2002.

<sup>417</sup> È questo il percorso argomentativo non solo di G. VISENTINI (*Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, *passim*) che, come visto, parlando a proposito dello scopo di lucro nelle società pubbliche, ha ritenuto che qualora l'oggetto sociale imposto dalla legge escludesse in fatto una gestione lucrativa, ciò avrebbe comportato il superamento dei limiti dell'allora art. 2461 cod. civ., con ogni conseguenza, come indicata nel testo, della qualificazione della società come “speciale”.

Un percorso argomentativo analogo è invero già rintracciabile in precedenza in GALGANO (*“Pubblico” e “privato” nella qualificazione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pagg. 279 ss.).

<sup>418</sup> L'espressione nel testo è di G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit., pag. 108.

fuori di quei limiti – in combinata lettura con l’art. 11 cod. civ. – l’art. 2461 avrebbe rappresentato *guida* per individuare gli enti pubblici sottratti alla disciplina codicistica. L’interpretazione in discorso è stata poi oggetto di ulteriore sviluppo ed approfondimento, al punto da indurre altra parte dalla dottrina a ritenere che, respingendo le tesi volte alla “riqualificazione”, l’art. 2461 individurebbe i confini entro i quali il legislatore avrebbe margine di manovra nel configurare statuti singolari<sup>419</sup>.

Ai nostri fini, negata la possibilità di riqualificazione in senso pubblicistico per le ragioni indicate in precedenza<sup>420</sup>, non pare che tali conclusioni possano rivelarsi utili, anche trascurando la circostanza che la Relazione al Codice civile sembra voler precludere tassativamente l’assimilazione tra società di interesse nazionale ed enti pubblici<sup>421</sup>.

Ed infatti, se si ammettesse che l’art. 2461 costituisce norma limite, nei termini anzidetti, in un senso o nell’altro, la norma in discorso si rivelerebbe sostanzialmente inutile. E ciò, o perché, tenendo ferma la qualificazione societaria dell’ente, la riconduzione alla categoria delle società di interesse nazionale diventerebbe questione nominalistica, perché resterebbero impregiudicati i rapporti tra diritto comune societario e statuto singolare; oppure, in caso contrario, ove non si negasse l’approccio “riqualificatorio”, perché l’art. 2461 (oggi 2451) cod. civ. finirebbe comunque col rappresentare un criterio grazie al

---

<sup>419</sup> In termini, E. BOCCHINI, *RAI. La “società per azioni” RAI*, Napoli, 1983, *passim*, e spec. pagg. 26 ss., 64 e 69 ss.

<sup>420</sup> Non riqualificabilità suggerita anche dalla relazione al Codice civile; cfr. *infra* note successive e *supra* § 3 ss. di questo Capitolo.

<sup>421</sup> Vi si legge, infatti, che le società di interesse nazionale costituiscono “un nuovo tipo di società” riferibile a “*particolari categorie di società che, pur non assumendo la struttura di enti pubblici, assumono [...] particolari lineamenti in quanto investono interessi nazionali particolarmente eminenti*”.

quale, al più, individuare una “gerarchia” tra norme applicabili (quelle di diritto societario comune entro certi limiti e non altri); gerarchia che, però, sarebbe smentita dalle leggi speciali. Non si vede, infatti, perché il legislatore, nel costituire una società *ope legis*, debba essere considerato vincolato dai limiti posti da una disposizione che, nel migliore dei casi, potrebbe valere come norma generale rispetto allo statuto singolare<sup>422</sup>. Nel qual caso sarebbe comunque evidente la prevalenza della legge speciale (proprio in quanto tale) ed allora l’art. 2451 cod. civ. si confermerebbe norma “inutile” ai nostri fini.

Né si può sottacere che non sembra dato postulare l’assimilazione, sempre e comunque, tra società di interesse nazionale e le società legali. E ciò anche perché le società per azioni di interesse nazionale non necessariamente, stando alla lettera, presuppongono la presenza pubblica (ciò che invece implicano, quanto meno in sede costitutiva, le società a statuto singolare), come d’altronde è reso manifesto dalla collocazione dell’articolo in discorso in una sezione diversa da quella destinata ad accogliere le norme relative alle società partecipate. È d’altronde la stessa legge a smentire una identificazione piena tra le medesime (società legali da una parte e di interesse nazionale dall’altra) considerando che il legislatore ha conferito solo ad alcune di esse, e non ad alte, questa la “qualifica” di società di interesse nazionale (è il caso della RAI: Legge 14 aprile 1975, n. 103, oggi non “smentita” dall’art. 28 della L. 3 maggio 2004, n. 113<sup>423</sup>).

---

<sup>422</sup> Su tali questioni cfr. il dibattito “a distanza” (anche temporale) sorto tra GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società ‘legali’ in mano pubblica di rilievo nazionale*, pagg. 240 ss.; e PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit., pagg. 660 ss.

<sup>423</sup> In argomento, a proposito della RAI, si v. in particolare SENA, *Società concessionaria del servizio di diffusione radiofonica e televisiva: appunti sull’art. 2461 del codice civile*, in *Giur. comm.*, 1976, I, pagg. 23 ss.; E. BOCCHINI, *RAI. La “società per*

Nondimeno, si badi: *ai nostri fini*, una *assonanza* tra società di interesse nazionale e statuti singolari sembra registrabile. Deve ricordarsi anzitutto che il nostro interrogativo inerisce alla derogabilità (e in che misura) o alla totale inderogabilità delle disposizioni statutarie radicate nella legge costitutiva della società: e quello che ci si chiede è se l'art. 2451 possa fungere da guida in questo senso. Orbene, esaminando il contenuto degli statuti singolari, si è avuto modo di verificare che essi prevedono diverse deroghe che attengono proprio alla "gestione della società", alla "trasferibilità delle azioni", al "diritto di voto", alla "nomina delle cariche sociali".

In breve, da un punto di vista effettuale, seppure non si possa dare identificazione, vi è comunque contiguità (per riprendere la metafora usata in precedenza, "non alla sorgente ma"), alla foce. Anche nel caso delle società di interesse nazionale, d'altronde, il criterio di compatibilità è dettato in considerazione della presenza di "leggi speciali". E, nel nostro caso, come abbiamo già rilevato, non sembra non potersi riconoscere nell'adozione, con legge, di uno statuto singolare, la esigenza legislativa di rispondere ad un interesse generale. Se allora è lecito, come previsto dal codice civile, giustificare particolari deviazioni alla disciplina di diritto comune che siano la conseguenza di un (mai meglio definito dal legislatore) interesse nazionale, sembra

---

*azioni"* RAI, cit., pag. 120; e più recentemente SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in AA.VV. *Trattato di diritto commerciale*, dir. da V. Buonocore, cit., pag. 438 ss., il quale ultimo riporta altresì i casi della (Società finanziaria della Regione Sardegna) S.fi.r.s. s.p.a. il cui oggetto sociale (come indicato dallo statuto consultato sul sito internet dell'ente: [http://www.sfirs.it/documenti/15\\_309\\_20121011124126.pdf](http://www.sfirs.it/documenti/15_309_20121011124126.pdf)) è così indicato nelle sue linee generali: "la Società ha lo scopo esclusivo di concorrere, in attuazione dei piani, programmi e indirizzi della Regione Autonoma della Sardegna e con oneri a carico della stessa, allo sviluppo economico e sociale del territorio. A questi fini la Società potrà svolgere tutte le attività consentite agli Intermediari Finanziari ex artt. 106 e 107 del D.Lgs. 01.09.1993 n. 385"; ed è il caso, inoltre, di Sincrotrone Triste soc. cons. per az.

allora lecito pensare che l'interesse nazionale medesimo si manifesta, nell'ottica del legislatore, proprio sul piano della "gestione sociale", del "diritto di voto", "della nomina delle cariche sociali"; *etc.* Di qui, seppure per analogia, sembra altresì lecito pensare che l'interesse pubblico sotteso alla costituzione legale abbia quali propri referenti anche gli aspetti organizzativi su cui si è segnalato il dubbio della derogabilità. In breve, da una siffatta lettura dell'art. 2451 cod. civ., sembra possibile trarne la conseguenza che l'interesse sotteso alla costituzione legislativa di una società si manifesta con lo stesso grado di intensità, vuoi con riferimento, come è ovvio, all'oggetto sociale assegnato alla società medesima; vuoi con riferimento agli aspetti che rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale sono, per così dire, serventi: ivi comprese le regole inerenti alla gestione sociale, come preventivata dalla legge.

Volendo tirare le fila del discorso sin qui condotto, e trarne le conclusioni, sembra potersi evidenziare (e ribadire) che la società legale si caratterizza per la predeterminazione del programma d'attività come strumento di sottrazione del pubblico interesse, sotteso alla costituzione, alla disponibilità dei soci (siano essi pubblici o privati). La situazione, quindi, appare ben diversa dal problema della acontrattualità della fase genetica. Se, infatti, la seconda (assenza di contrattualità in fase genetica), isolatamente, come è stato dimostrato in dottrina<sup>424</sup> - e come si è cercato di evidenziare in precedenza - non incide per ciò solo sulla coerente applicazione del diritto societario comune ed anzi la suggerisce, perché è proprio il legislatore ad aver postulato l'applicazione del diritto societario. Di contro, il primo,

---

<sup>424</sup> Ci si riferisce al più volte citato contributo di IBBA, *Le società "legali"*, cit., *passim*.



(l'impossibilità del)lo scioglimento (con tutti i corollari che ne seguono), e la correlativa rigidità organizzativa attribuibile tendenzialmente all'inezienza dello statuto singolare, non si pongono, per così dire, all'esterno ma, anzi si pongono evidentemente in correlazione con l'esigenza di far operare - si direbbe: a tutti i costi - la società, secondo quell'oggetto, quell'organizzazione e quel patrimonio assegnato, facendo affidamento sulla "funzionalizzazione" dell'attività dell'amministrazione<sup>425</sup> cui la legge stessa conferisce la qualità di azionista. Sì che dalla seconda, dall'amministrazione resa interprete di quella finalità pubblica, quest'ultima trascorre alla prima, alla società.

In breve, riprendendo le parole di un illustre studioso a proposito dell'atto costitutivo *"soltanto sulla base di questo atto si pone tra i soggetti un vincolo giuridico che renda obbligatorio il perseguimento di quel dato interesse secondo le modalità in esso previste; soltanto sulla base di questo atto l'interesse perseguito può essere qualificato come comune ai soci, può essere delimitato il campo nel quale la cooperazione deve attuarsi e possono essere individuate le norme organizzative che debbono presiedere all'esercizio dell'attività e quelle che regolano la distribuzione o l'attribuzione dei risultati conseguiti"*<sup>426</sup>.

Su tali basi ci sembra di poter dire che l'impossibilità di assumere determinazioni in ordine allo scioglimento si configuri, più in generale, quale sottrazione - quanto meno nella sua dimensione "negativa", nel suo contenuto "minimo" - dell'attuazione del programma

---

<sup>425</sup> Aspetto sul quale già si è detto nel § 4; sia consentito limitare il rinvio a MIELE, *Esperienze prospettive giuridiche della pianificazione*, in *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, cit., pagg. 271 ss.; NICOLAI, *Osservazioni sul problema dei limiti alle libertà economiche*, (nota a Corte cost., n. 155/1990), cit., pagg. 1717 ss.; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pagg. 138 ss.

<sup>426</sup> G. FERRI, *sub vocem Società in generale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., v. XIV, Torino, 1997, pagg. 249 ss.

imprenditoriale alla libera disponibilità negoziale, in quanto (e nella misura in cui sia) predeterminato *ope legis*. Con ciò evidentemente, non si esclude che l'attività sociale non possa contare su momenti di "negozialità"; ma non sembra in alcun modo pensabile che essa possa realizzarsi con gli stessi margini di disponibilità di cui si godrebbe nell'attuazione del programma sociale in assenza della predeterminazione legale dell'oggetto sociale, del capitale sociale e, in definitiva, della stessa "vita" dell'ente.

Semmai, piuttosto, quella predeterminazione, in positivo, permea di sé l'intero assetto organizzativo della società, ben al di là di quanto non facciano le deroghe espresse dagli statuti singolari. La predeterminazione del programma dell'attività, come visto, anzi, sembra non soltanto precludere la derogabilità dello statuto legale, ma suggerisce la necessità di adeguare, in positivo, l'interpretazione delle norme dettate dal diritto societario "comune" in funzione dell'interesse pubblico sotteso alla costituzione della società, che attraverso la rigidità dell'atto costitutivo finisce per diventare, quanto meno in concreto, un parametro essenziale di congruità dell'azione sociale. Il che, si badi, non significa ancora che l'interesse pubblico trascorre dall'uno - socio pubblico - all'altro.

## CENNI CONCLUSIVI.

L'ipotesi di lavoro da cui si è partiti era indirizzata, come si ricorderà, a verificare, in prima battuta, se "l'interesse pubblico" quale categorie ordinante dell'azionariato pubblico da un punto di vista "politico-economico" potesse costituire un dato non solo metapositivo, come quest'ultimo in effetti è, ma anche di stretta evidenza normativa. In altri termini, come si è detto, ci si è posti il problema se potesse trascorrersi, nelle società legali, da una nozione per così dire economica (che riposa tradizionalmente sul dato empirico della partecipazione pubblica) ad una valutazione giuridica dell'azionariato pubblico; e al contempo, di capire se l'interesse pubblico sotteso all'azionariato, appunto, pubblico, trascorresse dal socio alla società; e, in caso di risposta positiva ai due interrogativi (in fondo speculari), con quali conseguenze.

Nel tentativo rispondere all'interrogativo così articolato, si è rilevata, in primo luogo, la ormai inappagante distinzione tra "pubblico" e "privato" quali "insiemi regole" dipendenti dalla qualità del soggetto agente. E, in secondo luogo, si è ipotizzato che una data soluzione alla domanda - anche tesaurizzando i risultati di una prospettiva comparativa - potesse dipendere dalla conformazione dell'elemento della *attività in comune*, quale elemento della fattispecie societaria.

Per far ciò si è ritenuto opportuno indagare:

(i) dapprima, la traiettoria storica seguita dal legislatore in materia di società pubbliche onde offrire una lettura più consapevole delle

dinamiche legislative odierne, anche degli statuti singolari, e dalla quale analisi, in coerenza con l'ipotesi del primo Capitolo, è emersa la progressiva dilatazione dell'impiego dello strumento privatistico nell'azione pubblica;

(ii) in un secondo momento, a completamento dell'analisi diacronica accennata, come si articola il panorama odierno delle società a statuto singolare, analizzandone le dinamiche costitutive e "operative".

All'esito di tale disamina, tesa a favorire una più chiara comprensione dei termini del dibattito relativo alla riqualificazione pubblicistica delle società considerate, si è colto il *proprium* di esse non già alla stregua delle "singole deroghe", pur se significative, ma che nella rispettiva eterogeneità (ancorché siano accomunabili "per gruppi") non danno conto dell'unità del fenomeno; né sul piano della compatibilità con lo scopo di lucro che, invero talvolta è postulato dall'oggetto sociale assegnato a ciascuna di esse, sicché quest'ultimo elemento, non rappresentando una costante, non pare certo emergere quale connotato delle società legali.

Se ne è colta l'essenza, piuttosto negli effetti determinati dalla costituzione legale, da intendere quale sottrazione alla disponibilità delle parti della libera attuazione del programma associativo. Ciò che ci ha condotto a concludere non soltanto l'impossibilità di scioglimento anticipato della società a termini dell'art. 2484 co. 1 n. 6 cod. civ. (dato, questo, che semmai è il presupposto di quella riflessione). Ma soprattutto, e in primo luogo, a concludere nel senso della immodificabilità del programma dell'attività; e, in un secondo momento, a restringere la negoziabilità alle sole determinazioni che non contrastino con il piano dispiegarsi dell'oggetto sociale. Ciò che, se ben

vediamo, porta non già a ipotesi riqualificatorie in senso pubblicistico, sibbene induce – nei modi e termini visti a chiusura del Capitolo III – ad interpretare la disciplina degli aspetti organizzativi delle società considerate, in funzione dell’interesse pubblico sotteso alla relativa costituzione.

Problema in parte contiguo è quello dell’assoggettamento a procedura concorsuale delle società legali. Come si è cercato di evidenziare nelle conclusioni tratte in chiusura del Capitolo III, infatti, la sottrazione del programma dell’attività sembra essere il riflesso di una scelta legislativa diretta alla conservazione (secondo quelle condizioni operative) della società medesima, ravvisabile nel fatto che l’interesse pubblico sotteso alla costituzione dell’ente venga posto al riparo da ogni determinazione che ne precluda, direttamente o indirettamente, sul piano per così dire “interno”, il raggiungimento. Si può porre, piuttosto, il problema della rilevanza solo “interna” o anche esterna di tale predeterminazione, ciò che sembra legittimare l’interrogativo sulla direzione del vincolo che essa impone.

In questo quadro, evidentemente, si inserisce il dibattito che, recentemente, ha sempre più sollecitato l’attenzione della giurisprudenza<sup>427</sup> a proposito del problema della sottoposizione a

---

<sup>427</sup> Tra esse devono segnalarsi le seguenti decisioni: App. Napoli, Sez. I, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, pagg. 690 ss.; Trib. Velletri, 8 marzo 2010, consultabile sulla banca dati <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> nonché sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Patti, 6 marzo 2009, consultabile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Nola, 17 giugno 2010 (che pur non dichiarando il fallimento della società per carenza del presupposto oggettivo ex art. 5 L. fall., ha nondimeno motivato sull’assoggettabilità al fallimento di una società a partecipazione pubblica comunale (sottoposta a controllo analogo) consultabile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Catania, 26 marzo 2010 consultabile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Santa Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, pagg. 713 ss. (con nota di D’ATTORRE, *Le società in meno pubblica possono fallire?*, pagg. 715 ss.), che ha ritenuto non assoggettabile a procedura concorsuale una società (ACSA CE/3 s.p.a., costituita con legge della Regione Campania n. 10/1993) il cui scioglimento si era verificato entro l’anno anteriore alla proposizione del

procedure concorsuali delle c.d. società pubbliche. Le motivazioni delle sentenze citate, benché queste ultime siano essenzialmente riferite a società a partecipazione pubblica locale, offrono conto – in positivo o in negativo – dell’interesse che si nutre verso di esse<sup>428</sup>, atteso che la soluzione al quesito dell’assoggettabilità a fallimento in quelle medesime decisioni dipende, in ultima istanza, dalla maggiore o

---

ricorso introduttivo, a termini dell’art. 10 L. fall.; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, pag. 690; App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, pagg. 691 ss. (con nota di D’Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*), nonché sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ove si è stabilito assoggettabile a fallimento un consorzio costituito fra enti pubblici a termini dell’art. 31 del D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011, consultabile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che ha stabilito l’assoggettabilità a fallimento di una società a partecipazione pubblica maggioritaria della Provincia di Caserta, avente come oggetto sociale il controllo dei limiti imposti in tema di risparmio energetico degli impianti termici (art. 31 della l. 9 gennaio 1991, n. 10).

Anche in dottrina, recentemente, il tema è stato oggetto di diversi contributi. Oltre agli autori che saranno citati nelle note successive, sia consentito da subito richiamare i seguenti studi: SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, pagg. 630 ss.; FIMMANÒ, *L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, cit., pagg. 11 ss.; F. DI MARZIO, *Insolvenza e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., pagg. 211 ss.; FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, pagg. 532 ss; cui adde le già indicate note a sentenza di D’ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit., pagg. 691 ss.; e ID., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., pagg. 715 ss. e già BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, pagg. 986 ss.

<sup>428</sup> Oltre, beninteso, al fatto che il tema si ponga oggi senz’altro con maggiore prepotenza rispetto al passato; nel censimento delle decisioni giurisprudenziali è dato infatti rinvenire solo casi sporadici, tra cui Cass. Civ., 10 gennaio 1979, n. 158 (in *Fall.*, 1979, pagg. 612 ss.) ove si è statuito che una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l’esercizio di un’autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato, giustificandosi così (sul presupposto del positivo scrutinio della qualità di imprenditore commerciale) l’assoggettamento alla allora vigente amministrazione controllata *ex art. 187 L. fall.*, non assumendo rilievo la partecipazione in essa di enti pubblici azionisti né la circostanza che l’attività svolta dalla società medesima (gli utenti dell’autostrada) sia configurato alla stregua di un rapporto pubblicistico (godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa: pedaggio); né, ancora, rilevando a tal fine che lo Stato offra garanzia ai creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio).

minore rilevanza attribuita alla *connotazione pubblicistica* della società partecipata in quella sede esaminata. Evidente, quindi, la contiguità col caso che ci occupa.

In particolare, i termini del dibattito emergente nella giurisprudenza teorica e pratica, la cui analisi offre sicuri spunti di interesse anche ai fini che ci occupano, ruotano attorno alla possibilità di dar corso all'applicazione analogica dell'art. 1 L. fall., (cui fa da *pendant* l'art. 2221 cod. civ.) nella parte in cui prevede che gli enti pubblici non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, anche nei confronti di società a partecipazione pubblica.

Sembra utile, sin da subito, offrire una rapida mappatura dell'approccio giurisprudenziale al problema. In particolare, sembrano registrabili due diversi orientamenti; la giurisprudenza, alle volte<sup>429</sup> ha

---

<sup>429</sup> Trib. Santa Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009, cit., ivi; a tal proposito si v. anche Cons. St., 31 gennaio 2006, n. 308, in *Dir. giust.*, 2006, pagg. 94 ss..

Diverso è il caso, del cui iter argomentativo pure si avvale la sentenza del Trib. Di Santa Maria Capua Vetere, deciso da Cass. Civ., Sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096 (in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pagg. 1186 ss., con nota di GOISIS, *L'applicazione delle discipline pubblicistiche a una società per azioni in mano pubblica longa manus del socio dominante*, 1195 ss.; nonché in *Giur. It.*, 2006, pagg. 795 ss.) ove la specificazione per cui *"va superata la visione tradizionale secondo cui le società per azioni (anche quando le loro azioni sono possedute da enti pubblici) costituiscono istituzioni private che operano secondo le modalità e con gli strumenti degli enti privati. Per effetto del processo di privatizzazione, infatti alcuni servizi pubblici - pur ritenuti essenziali - sono stati affidati a società per azioni le cui quote sono di pertinenza prevalente, se non esclusiva, di enti pubblici. La giurisprudenza ha così dovuto prendere atto dell'esistenza di società per azioni che costituiscono istituzione pubblica; e quindi ha affermato che la gestione di queste società è sottoposta alla giurisdizione della Corte dei conti. Dunque la qualificazione di un ente come società di capitali non è di per sé sufficiente a escludere la natura d'istituzione pubblica dell'ente stesso"*. Il problema, però, in tal caso, era riferito all'applicazione di una disciplina - l'art. 3 r.d.l. 27 novembre 1933 n. 157 - relativa all'iscrizione nell'elenco speciale dell'albo di un avvocato dipendente di una società per azioni interamente partecipata dal Comune di Roma; e il passo della motivazione riportato è teso, a ben vedere, a qualificare come istituzione pubblica detta società ai soli fini indicati; fini, questi, che diversamente dalla decisione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere

condiviso le argomentazioni e le conclusioni del già richiamato<sup>430</sup> filone giurisprudenziale in forza del quale la presenza di “indici sintomatici della pubblicità” giustifica, seppure previa valutazione da condurre caso per caso, la qualificazione pubblicistica, ai fini della disciplina applicabile, di un ente formalmente definito “società per azioni”. Emerge, insomma, quella tendenza a dare rilievo preminente alla “sostanza” pubblica degli interessi tutelati sulla forma, tenendo conto di quei “sintomi”, già a suo tempo evidenziati, rappresentati (i) dalla strumentalità della società rispetto al perseguimento delle finalità pubblicistiche e (ii) dall’esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria del modello societario impiegato (deroghe, queste, a propria volta ravvisate: *ii.a* nella limitazione posta all’autonomia degli organi societari da previsioni statutarie che legano l’operatività della disciplina societaria alla adozione di atti di normazione secondaria; *ii.b* nell’influenza spiegata in ordine alla nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato); (iii) nella titolarità pubblica del capitale sociale; (iv) nell’erogazione da parte dello Stato di contribuzioni funzionali al raggiungimento degli obiettivi di taluni obiettivi di politica “ambientale”<sup>431</sup>. Di qui la qualificazione della natura sostanzialmente pubblica e, dunque, non assoggettabile a fallimento, della società medesima che, nella fattispecie, era il risultato della trasformazione di consorzi di gestione

---

non trovano nella disciplina di diritto comune societario un momento di attrito che “imponga” una disapplicazione delle norme costituenti quest’ultimo.

<sup>430</sup> Elaborato, come visto, dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa. *Supra*, Cap. III, §§ 3, 4 e ss.

<sup>431</sup> Nella statuizione *de quo*, infatti, la società oggetto di osservazione era attiva nel settore della raccolta dei rifiuti, e le contribuzioni statali erano legate al perseguimento degli obiettivi connessi alla raccolta differenziata.



dei servizi locali.

Altra parte della giurisprudenza<sup>432</sup> ha invece privilegiato un approccio definito “funzionale” e alla stregua del quale, anziché procedere alla individuazione della disciplina applicabile sul presupposto della natura (in tutto e per tutto pubblica) dell’ente, ha piuttosto ritenuto opportuna la selezione – ove giustificata – delle norme privatistiche applicabili quando non vi sia ragione di derogare ad esse in considerazione degli interessi protetti, sì da considerare le stesse suscettibili di applicazione solo ove non si rivelassero incompatibili con la *ratio* – la finalità pubblica – delle deroghe imposte dal legislatore.

V’è che, insomma, pur essendovi diversità di metodo, questa distanza viene “colmata” dai risultati cui in entrambi i casi – paradigmatici – si giunge. Se ben vediamo, tanto nell’uno quanto nell’altro caso, la giurisprudenza citata ha ritenuto plausibile l’applicazione analogica dell’art. 1 L. fall. (nella parte in cui esonera gli enti pubblici) nei confronti di società per azioni di un istituto riservato, come detto, ai soli enti pubblici; e, in entrambi i casi, il medio è rappresentato dalla preminenza dell’esigenza, pubblicistica, che caratterizza quella data attività di cura di interessi pubblici rispetto alle conseguenze cui condurrebbe l’applicazione delle regole di diritto privato (e, nella specie, l’assoggettabilità a fallimento) sull’attività svolta dall’ente considerato. Ciò che, a monte, assicurerebbe razionalità all’operazione interpretativa di riqualificazione, in senso pubblicistico, della società medesima (in termini generali nel primo caso; su aspetti, per così dire, “specifici” nel secondo).

---

<sup>432</sup> Tra cui, la già richiamata sent. della Corte d’Appello di Torino, del 15 febbraio 2010, cit., pagg. 689 s.

Il punto richiede di riprendere, brevemente, quanto si è già riferito in precedenza. Giova ricordare, infatti, che il problema dell'assoggettabilità a fallimento delle società partecipate assume quale termine di comparazione non già "l'ente pubblico" (ammesso che sia possibile costruirne una nozione unitaria) in ogni sua possibile declinazione, sibbene, specificamente, l'ente pubblico economico, atteso che un problema interpretativo di applicazione analogica – quand'anche fosse possibile – della regola che esonera dal fallimento gli enti pubblici si pone solo per quegli enti che esercitano attività d'impresa, e nella fattispecie, di impresa commerciale<sup>433</sup>. Ciò posto, l'analisi della traiettoria storica seguita dal nostro ordinamento in materia, invero, ha già consentito di evidenziare che il richiamato problema qualificatorio ha avuto modo di porsi in ragione dell'assenza nel nostro ordinamento della nozione di ente pubblico cui riconnettere l'applicazione di norme pubblicistiche previste per essi; ciò che – storicamente – ha imposto all'interprete di farsi carico del compito di individuare una nozione unitaria di ente pubblico, al fine di distinguere quest'ultimo dall'ente privato; e, all'interno della prima "figura", tale "carezza" ha imposto all'interprete di definire i contorni

<sup>433</sup> Il punto è pacifico, ed è altresì evidente, atteso che mentre un ente pubblico economico in tanto è tale in quanto abbia come suo compito principale l'esercizio di un'impresa (OTTAVIANO, *sub vocem Enti pubblici economici*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, pagg. 85 ss.), per quegli enti pubblici che non rivestono la qualità di imprenditori commerciali non è neanche avvertibile una esigenza di prevedere un'esenzione, essendo la qualità di imprenditore (e di imprenditore commerciale in particolare) presupposto la cui verifica si impone in capo al soggetto interessato dalle procedure concorsuali; in dottrina si v.no., da ultimi, CAPO, *I presupposti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, dir. da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, pag. 32; D'ATTORRE, *Gli enti di natura pubblica*, in AA.VV., *I soggetti esclusi dal fallimento*, a c. di M. Sandulli, Milano, 2007, pag. 106; FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, cit., pagg. 532 ss.; Notari, *Ambito di applicazione delle discipline delle crisi*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2007, pag. 103; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, a c. di M. Campobasso, Torino, 2008, pagg. 75 ss.

ed il tratto distintivo degli enti pubblici economici. Categoria quest'ultima, isolata in ragione del modo di atteggiarsi dell'attività, caratterizzata dall'essere tesa allo scambio ed alla produzione di beni e servizi, in quanto improntata a criteri di economicità. L'ente pubblico economico, dunque, è sì animato dal perseguimento di fini sociali, ma si manifesta come attività diretta alla produzione di utilità economiche idonee a compensare il costo della produzione<sup>434</sup>.

È in tale contesto, come si è detto, che deve collocarsi l'elaborazione dei tratti "sintomatici" o "rivelatori" della pubblicità (elaborati in funzione della distinzione tra enti pubblici e privati senza considerare la posizione peculiare degli enti pubblici economici), e dalla quale anche la giurisprudenza da ultimo richiamata risolve il problema della assoggettabilità a fallimento delle società pubbliche. La conclusione, tuttavia, non sembra appagante né corretta.

Sembra anzitutto opportuno evidenziare che rispetto alla ragione che ha indotto il legislatore ad esonerare l'assoggettamento al fallimento degli enti pubblici economici, l'impiego dei sintomi rivelatori di pubblicità sembra essere criterio non conducente. Benché in effetti la *ratio* espressa dalla Relazione al codice civile possa non avere valore di per sé dirimente, essa ci indica nondimeno un modo più corretto di impostare il problema. In proposito la stessa Relazione ministeriale (al § 837, relativo all'art. 2093 cod. civ.) precisa che l'intervento dello Stato nell'economia non è da ritenersi giustificato in base alla natura dell'attività, sibbene in ragione della mancanza o dell'insufficienza dell'iniziativa privata, nonché, più in generale, in

---

<sup>434</sup> Cfr. gli A. e le osservazioni da loro esposte nella nota successiva. Tanto ad ogni modo è dato evincere, indirettamente, da alcune specifiche disposizioni di legge l'art. 1 L. 16 giugno 1938, n. 1303, l'art. 2221 c.c. e l'art. 409, n. 4, cod. proc. civ.

ragione di interessi politici dello Stato. Resta ferma, però, la parità del piano su cui si colloca l'impresa esercitata da un ente pubblico rispetto all'impresa privata; ciò che, da un canto è confermato dal passo della Relazione al Codice civile inerente al fenomeno delle società a partecipazione pubblica<sup>435</sup>; e, dall'altro canto, se ben vediamo, e come è stato rilevato<sup>436</sup>, vale quanto dire che non è non consentito ritenere possibile l'esonero dell'impresa pubblica dall'assoggettamento alla disciplina privatistica (di là dai casi in cui detto esonero sia reso manifesto dal dato positivo) prevista per le seconde (le imprese private) in ragione dell'attività svolta<sup>437</sup>. L'interesse pubblico, in sostanza, riguarderebbe, dunque, la dimensione per così dire "interna" ma non anche la sua proiezione esterna.

Conseguentemente, come avvertito da attenta dottrina, l'esenzione dal fallimento prevista per gli enti pubblici economici è stata tradizionalmente ritenuta legata non già al bisogno di preservare

---

<sup>435</sup> Secondo cui, come si è visto, "in questi casi [il riferimento è alla partecipazione pubblica in società, n.d.r.] è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici"

<sup>436</sup> L'importanza, a fini interpretativi, della Relazione ministeriale *in parte qua* è sottolineata, in particolare, da RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese, 2188-2202 c.c.*, in *Il Codice civile. Commentario*, a c. di P. Schlesinger, Milano, 2002, pag. 459; OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, v. VI, 1991, pag. 89, che, in considerazione dell'uniformità della disciplina alla quale è sottosta l'impresa, che venga gestita da un soggetto pubblico o da un soggetto privato, radica la finalità pubblica perseguita attraverso l'intervento diretto dello Stato in economia nella esigenza di supplire alla insufficiente iniziativa privata.

<sup>437</sup> L'aspetto è stato sottolineato talvolta anche dalla giurisprudenza amministrativa; in part. cfr. Cons. St., 15 dicembre 1985, n. 175 (in *Foro it.*, 1988, III, 498) ove si osserva che l'ente pubblico economico esercita attività imprenditoriale diretta alla produzione e allo scambio di beni e servizi, allo scopo di realizzare un fine di lucro e, solo indirettamente, una finalità pubblica; detta statuizione precisa altresì che gli enti pubblici economici si pongono sullo stesso piano delle imprese private che svolgono analoghe attività e fanno ricorso agli stessi strumenti privatistici.

la finalità, che si assume pubblicistica, svolta dall'ente medesimo; ché, come detto, l'attività (in quanto corrispondente ad un interesse pubblico) non offre contezza delle peculiarità della disciplina delle imprese esercitate da enti pubblici<sup>438</sup>. Tale esonero, piuttosto, è stato ricollegato alla volontà di rimettere all'amministrazione la competenza a decidere dello scioglimento (per effetto del fallimento) di determinati soggetti, che sono pubblici in conseguenza di una scelta positiva, ma non connessa all'attività svolta dai medesimi<sup>439</sup>. In breve, l'esenzione in parola non si fonda dunque sull'indole pubblicistica dell'attività, ma sul carattere necessario dell'ente pubblico economico, nei confronti del quale si esclude l'applicazione di quella "regola" (il fallimento) il cui esito è la dissoluzione dell'ente medesimo.

La digressione che precede ci sembra particolarmente utile: riportando il discorso al nostro caso diversi sono gli spunti che è possibile trarne. Prima di ogni ulteriore riflessione, però, deve da subito dirsi che il problema dell'applicazione analogica dell'art. 1 L. fall., in tanto ha ragione di porsi in quanto si ravvisi un vuoto normativo, posto che la prima, l'analogia, è tecnica interpretativa tesa a colmare una lacuna che richiede, prima di ogni cosa, positiva

---

<sup>438</sup> Nello stesso senso anche, se ben vediamo, CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2010, pagg. 108 ss.; e GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contr. impr.*, 1984, 360.

<sup>439</sup> OTTAVIANO, *sub vocem Enti pubblici economici*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, pagg. 111; GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *ID., Scritti*, v. VI, Milano, 2005, pag. 683; entrambi gli A. concordano nel ritenere che l'ente pubblico economico, nei confronti dei soggetti terzi non si pone quale ente cui è impresso un vincolo funzionale, potendo semmai essere la sua attività "funzionalizzata" nei confronti dell'ente pubblico sopraordinato. L'ente pubblico economico, dunque, assumendo quale angolo visuale i soggetti terzi, non svolge affatto funzioni pubbliche, bensì è chiamato a svolgere attività di carattere imprenditoriale.

dimostrazione<sup>440</sup>. Nel caso che ci occupa, insomma, si dovrebbe offrire dimostrazione dell'esistenza di una "regola più generale inespressa"<sup>441</sup> che possa dirsi comune, nelle fattispecie esaminate dalle sentenze richiamate in apertura, alle società a partecipazione pubblica (essenzialmente locale); e, nel caso che ci occupa, comune alle società legali. E si tratterebbe di dimostrazione non semplice, da un canto perché deve "vincere" l'alternatività voluta dal legislatore tra modello d'azione pubblicistica rappresentata dall'ente pubblico economico e società legale che, invece, trovano nel nostro ordinamento giuridica esistenza proprio perché il legislatore ha inteso abbandonare il modello d'azione "ente pubblico". E, per di più, si scontrerebbe col dato formale della riferibilità dell'esenzione dal fallimento ai soli enti pubblici (art. 1 L. fall.).

Come visto, le conclusioni cui siamo pervenuti a proposito della peculiarità delle società legali, è rappresentato dalla sottrazione alla disponibilità dell'autonomia privata del programma dell'attività, sia nel senso della privazione di ogni determinazione inerente alla esistenza della società medesima, ciò che preclude decisioni "dissolutorie" dall'interno, sia nel senso della preservazione di quelle condizioni operative fissate dalla legge. Tale conclusione ci ha condotto a sostenere che - seppure nei suoi contenuti minimi - la

---

<sup>440</sup> Così IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., spec. pagg. 53-65 e 177-178; ID., *sub vocem Decodificazione*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ., v.V*, Torino 1989, pagg. 142 ss. (ove la precisazione per cui "in tanto una norma è estensibile dal caso previsto ad un caso non previsto, in quanto traduca ed applichi una 'regola più generale inespressa', la regola, appunto, che l'interprete scopre ed utilizza nell'esercizio dell'analogia juris"; GIANFORMAGGIO, *sub vocem Analogia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., v. I*, Torino, 1987, pagg. 320 e ss.; GUASTINI, *sub vocem Lacune nel diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., v. X*, Torino, 1993, pagg. 269 e ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pag. 255.

<sup>441</sup> L'espressione è di IRTI, *sub vocem Decodificazione*, cit., pag. 145.

predeterminazione legale del programma dell'attività non solo precluda determinazioni in contrasto con quest'ultimo, ma finisce con l'orientare in positivo, seppure indirettamente, l'interpretazione delle norme societarie in funzione di quell'interesse sotteso alla costituzione legale (lo si è visto, ad esempio, a proposito della modifica dell'oggetto sociale e dei relativi corollari)<sup>442</sup>.

Il passo, però, che conduce all'assimilazione delle società legali agli enti pubblici economici, ai fini della dimostrazione della lacuna è troppo lungo per essere colmato in questi termini; da un canto perché, come abbiamo sostenuto, non pare possibile alcuna operazione interpretativa tendente alla riqualificazione<sup>443</sup>, sì da giustificare, seppure solo nella sostanza, l'esistenza di quella norma generale inespressa; dall'altro canto, perché, per le diverse ragioni indicate nelle pagine che precedono, un'assimilazione è preclusa dalle stesse intenzioni del legislatore storico<sup>444</sup>; dall'altro canto ancora perché il criterio indicato funge, ai nostri fini, da criterio interpretativo sul piano del funzionamento interno della società e non per attribuirvi rilevanza "esterna" al punto da sacrificare gli interessi di terzi che entrano in relazione con la società legale medesima (essendo il fallimento, come noto, un mezzo di attuazione della responsabilità patrimoniale,

---

<sup>442</sup> *Supra*, Cap. III, §§ 5 e 6.

<sup>443</sup> Recentemente respinta da F. DI MARZIO, *Insolvenza e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a c. di F. Fimmanò, cit., pag. 392. Nonché OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., pagg. 25 ss.

<sup>444</sup> IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit., pagg. 641 ss. *Contra*, GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, pagg. 168 e 213.

secondo precisi criteri “equitativi”: art. 51 L. fall.)<sup>445</sup>.

A ciò si aggiunga che a termini dell’art. 2484 cod. civ., come risultante dalla riforma del diritto societario, il fallimento non costituisce più motivo di scioglimento della società (benché, in concreto, il fallimento possa atteggiarsi come fenomeno dissolutorio, come di regola accade): di guisa che il fallimento viene tecnicamente in evidenza quale momento (almeno di primo acchito) estraneo ed eterogeneo rispetto al criterio da cui si è partiti: l’impossibilità dello scioglimento anticipato *ex art. 2484, co. 1, n. 6 cod. civ.* D’altronde, quand’anche si nutrissero perplessità sulla congruenza tra dissoluzione concorsuale e interesse pubblico sotteso alla costituzione legale, quest’ultimo potrebbe comunque trovare adeguato presidio nella interpretazione, funzionalmente orientata, dell’art. 104 L. fall. secondo cui il Tribunale può disporre, con la sentenza dichiarativa di fallimento, l’esercizio provvisorio dell’impresa, anche limitatamente a specifici rami d’azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché la continuazione dell’attività non arrechi pregiudizio ai creditori. La disposizione in parola, che pure impone un giudizio di comparazione con l’interesse del ceto creditorio, il quale invero sembra assumere finanche carattere preminente (“*purché .. non arrechi*

---

<sup>445</sup> E sul punto, nello stesso senso, GIAMP. ROSSI (*Gli enti pubblici*, cit., pag. 259) ad avviso del quale la “necessaria esistenza” di un ente non implica giudizi di valore sull’attività da porre in essere, ma solo sulla formula organizzativa più idonea per soddisfare l’interesse pubblico; e, nel nostro caso, rigidamente illustrato dalle condizioni operative indicate, direttamente o indirettamente, dallo statuto legale; *contra* GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società ‘legali’ in mano pubblica di rilievo nazionale*, pagg. 168 e 213, il quale a partire dalla costituzione legale e dalla definizione eteronoma considera le società che siano così catalogabili (essenzialmente le società legali coattive ed obbligatorie) suscettibili di riqualificazione come enti pubblici e, di qui, motiva l’esenzione dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali a termini degli artt. 1 L. fall. e 2221 cod. civ.



*pregiudizio ai creditori*")<sup>446</sup>, potrebbe comunque essere oggetto di interpretazione<sup>447</sup> orientata a salvaguardare la finalità pubblicistica avvalendosi dell'esercizio provvisorio quale strumento per non interrompere *ex abrupto* il perseguimento della finalità pubblica ipostatizzata nella società legale.

Non sembra, per quanto ragionevole ne sia il motivo ispiratore, invece che possa assumere peso decisivo la pur ritenuta incompatibilità dell'assoggettamento a procedura concorsuale derivante dalla sostituzione dell'autorità giudiziaria all'autorità amministrativa di cui è derivazione la società partecipata (e nel nostro caso, legale) di poteri e facoltà di carattere pubblicistico, quali la decisione in ordine alla prosecuzione nello svolgimento dell'attività. Tale conclusione, infatti, finirebbe col dare per dimostrato ciò che invero sembra essere proprio l'oggetto della dimostrazione<sup>448</sup> e non tiene conto, peraltro, dei risultati cui giunge la dottrina a proposito della tendenziale (ir)rilevanza

---

<sup>446</sup> Così ad esempio, MEOLI (*L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in AA.VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, v. II, a c. di G. Fauceglia - L. Panzani, Torino, 2009, pagg. 1167 s.) il quale osserva che il danno da evitare attraverso l'autorizzazione all'esercizio provvisorio deve riferirsi all'impresa ed all'esigenza di evitare la dissoluzione del valore aziendale. L'A. specifica inoltre che, nel valutare il rischio della dissoluzione del valore aziendale, debba aversi riguardo, in concreto all'eventuale aggravamento del passivo che ne deriverebbe.

Ed in termini, in giurisprudenza, già prima della riforma delle procedure concorsuali, Trib. Roma, 22 dicembre 1995, in *Giur. merito*, 1997, pag. 314.

<sup>447</sup> Ma, in senso contrario, D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., pag. 720. Nel senso ipotizzato nel testo (seppure con riferimento alla società esercenti un servizio pubblico locale a rilevanza economica), invece, SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a c. di F. Fimmanò, cit., pagg. 325 ss.

<sup>448</sup> In termini, però, se ben vediamo, limitatamente alle società a partecipazione pubblica che gestiscono un servizio pubblico e che presentino un carattere di "necessaria strumentalità", D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit., pagg. 696-697.

pubblicistica sul piano dell'attività degli enti pubblici economici<sup>449</sup>. E ciò senza contare che, così argomentando, ove dunque si volesse dare preminenza agli interessi in gioco attraverso il carattere "necessario" del servizio pubblico<sup>450</sup> svolto, si dovrebbe così ammettere un'inammissibile estensione a catena della regola che esenta gli enti pubblici al fallimento anche nei confronti di quanti, sicuramente privati, erogano un servizio pubblico in forza di un titolo concessorio<sup>451</sup>. Ciò che sembra provare troppo.

In breve, l'assoggettamento a procedura concorsuale non sembra possa essere escluso *rebus sic stantibus* per le società legali. È necessario "qualcosa" in più, per la cui individuazione può forse tornare utile l'esame delle riflessioni della dottrina che ha affrontato il tema secondo l'approccio definito "funzionale". Tale approccio "di metodo", del quale in precedenza si è già dato conto<sup>452</sup>, origina dalla constatazione – anch'essa segnalata nelle pagine precedenti – della frammentazione del concetto di ente pubblico, per via della proliferazione di diverse discipline riguardanti figure soggettive cui è rimessa la cura di interessi generali.

---

<sup>449</sup> Cfr. *supra* note 412-416.

<sup>450</sup> Ciò a tacere della circostanza che non è dato ricavare una nozione precisa di servizio pubblico che sia utile ad offrire contorni definiti alla proposta interpretativa; in termini, SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in cit., pag. 635; FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, cit., pagg. 532 ss.; BELTRAMI, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pag. 603.

<sup>451</sup> Il punto è lucidamente colto da FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, cit., *ibidem*, il quale a propria volta richiama l'analoga osservazione già svolta da FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, cit., pagg. 13-14.

<sup>452</sup> Cfr. già il Cap. III, §§ 3 ss.

A partire da tale dato, la dottrina<sup>453</sup> ha suggerito di impostare ogni problema interpretativo inerente alla (individuazione ed applicazione della) disciplina delle società pubbliche non già tenendo conto di un'esigenza di qualificazione in senso pubblicistico o privatistico dell'ente, sibbene favorendo un criterio di analisi fondata sulla verifica, volta per volta, di quali siano le regole dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano applicabili a soggetti ordinati in forme privatistiche attraverso la valutazione, in ciascun caso delle finalità perseguite e degli interessi protetti. Con specifico riguardo alla disciplina delle procedure concorsuali ed all'esenzione limitata agli enti pubblici, si è ritenuto di individuare la *ratio* di questa disciplina "di favore" nella garanzia degli interessi pubblici che essa vorrebbe rappresentare, ciò che imporrebbe la dedizione ad essi di un soggetto specificamente individuato e la continuità della sua attività. Volendo dar corso all'invito interpretativo, se in effetti la costituzione legale costituisce predeterminazione di un dato oggetto corrispondente alla finalità pubblicistica ed essa, la costituzione, "postula" un soggetto sino ad allora inesistente, senz'altro può ritenersi verificata la prima condizione; non ancora la seconda, che imporrebbe - appunto - una verifica caso per caso dell'immanenza non "transitoria" o "occasionale" di quell'interesse pubblico come dato costante dell'attività sociale. Ciò è possibile, in effetti, allorché, come accade, taluni statuti singolari non solo prevedono - in alcuni casi, per le società legificate, all'esito di un articolato procedimento che coinvolge

---

<sup>453</sup> NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, cit., pagg. 802 ss. e in part. pag. 823; ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pag. 180.

anche il CIPE<sup>454</sup> - l'assegnazione di tutte le azioni al Ministero dell'economia e delle finanze ma prevedono altresì l'incapacità di esse, al più consentendo la attribuzione dei diritti dell'azionista ad altro Ministero ovvero la cessione ad altra società interamente partecipata dallo Stato o altri enti pubblici.

Nel qual caso, ove si volesse dar corso al suggerimento interpretativo della dottrina segnalata, si potrebbe allora ipotizzare che società legali siffatte finirebbero col prevedere come non transitoria, sibbene necessariamente costante (e "integralmente" costante), la preordinazione della società alla finalità pubblica che anima lo Stato. In tal caso qual caso potrebbe allora ricostruirsi una società legale del genere - socio unico necessariamente statale - quale mera tecnica di articolazione del patrimonio (da intendere come "*equivalenza funzionale tra personalità giuridica e articolazione di un patrimonio in compendi separati*"<sup>455</sup>) che, però, finirebbe rischia di replicare quella "insincerità" che la stessa dottrina aveva preconizzato diversi anni addietro a proposito delle società pubbliche<sup>456</sup>. Oltre, però, l'interprete - che volesse a tutti i costi attribuire rilievo all'interesse pubblico sotteso alla costituzione legale, purché in aderenza al diritto positivo - sembra non potersi spingere. Ciò che trova conferma - seppure non "definitiva" -

---

<sup>454</sup> Si rinvia, a questo proposito, alla illustrazione degli statuti condotta brevemente, secondo una suddivisione contenutistica nel Cap. I e, più precisamente riferita alle società medesime, nel Cap. II, parte II.

<sup>455</sup> SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pagg. 17 ss.; ID., *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito (rileggendo la manualistica istituzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pagg. 842 ss.

<sup>456</sup> ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, pag. 1013.

nella stessa giurisprudenza<sup>457</sup> che, alle volte, ha finito col ritenere irrilevante la totalitaria partecipazione pubblica – seppure in società c.d. *in house* – onde trarne l’esonero dal fallimento.

---

<sup>457</sup> Il già citato provvedimento reso dal Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009 (consultabile sul sito <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2064.pdf>). In dottrina, a commento di tale decisione, si v. TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., pagg. 93 ss. e spec. pag. 108 ss. e 112.

## BIBLIOGRAFIA

## A

AA.VV., *La Costituzione economica, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977

AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a c. di Amato-Barbera, Bologna, 1984

AA.VV., *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, v. XVII, Torino, 1985

AA.VV., *La Costituzione economica a quaranta anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990

AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, v. XVI, t. 1, dir. da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 1993

AA.VV., *Grundgesetz Kommentar*, v. III, a c. di Dreier, Tübingen, 2000

AA.VV., *Le nuove leggi dell'economia. La riforma delle società. La società a responsabilità limitata. Liquidazione, gruppi, trasformazione, fusione, scissione*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003

AA.VV. *Privatizzazioni e regioni*, a cura di V. Buonocore e G. Racugno, Torino, 2003

AA.VV., *Tipo. Costituzione. Nullità*, in *Trattato delle s.p.a.*, v. I, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1, Torino, 2004

AA.VV., *Società di capitali, Commentario*, a c. di G. Niccolini - A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004

AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004

AA.VV., *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, a c. di V. Afferni - G. Visintini, Milano, 2005

AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, dir. da P. Abbadessa e G.B. Portale, v. III, Torino, 2007

AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, v. IV, *La società per azioni*, dir. da G. Cottino, Padova, 2007

AA.VV., *Codice commentato delle s.p.a.*, v. II, dir. da Fauceglia – Schiano di Pepe, Milano, 2007

AA.VV. *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008

AA.VV., *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, a cura di Assonime, Roma, 2008

AA.VV., *Il sistema amministrativo italiano*, a c. di L. Torchia, Bologna, 2009

AA.VV., *Le società pubbliche*, a c. di C. Ibba – A. Mazzoni – M. C. Malaguti, Torino, 2010

AA.VV., Dossier del Servizio Studi - Dipartimento bilancio della Camera dei Deputati, intitolato “*Le società a partecipazione pubblica – Serie Documentazione e Ricerche n. 237*” del 27 maggio 2011

AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a c. di F. Fimmanò, Milano, 2011

\*

ABETE, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, in *Soc.*, 2006

ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, in *Impr. cr. p.a.*, 1975, I

ALAFIA, *Liquidartori di società: poteri*, in *Soc.*, 2007

ALESSI, *I liquidatori di società per azioni*, Torino, 1994

ALLEGRI, *Categorie di azioni e strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. impr.*, 2004

ALPA, *Divagazioni sull'attività negoziale della P.A. nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *Contr.*, 2006

ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2004

ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008

ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Città di Castello, 1930

ASCARELLI, *Controllori e amministratori dell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933

ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952

ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955

ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959

ARENA, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, 1942

AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

AURICCHIO, *sub vocem Negozio indiretto*, in *Noviss. dig. it.*, v. XI, Torino, 1965

---

## B

---

BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969

BARTELENA, *Le nuove tipologie di strumenti finanziari*, in *Banca, borsa e tit cred.*, 2004, I

BELLI-MAZZINI, *sub vocem Fondazioni bancarie*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *comm.*, Torino, 2000

BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nella società per azioni*, Milano, 1995

BOCCHINI, RAI. *La "società per azioni" RAI*, Napoli, 1983

BOLAFFIO, *Disposizioni Generali. Degli atti di commercio. Dei commercianti. Dei libri di commercio*, in *Il Codice di commercio commentato* (a cura di Bolaffio - Vivante), IV ed. riveduta, Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1914

F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, *Giur. comm.*, 1983, I

F. BONELLI - ROLI, *sub vocem Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000

BONFANTE, *Il contatto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908



BORGIOI, *Il contratto preliminare di società*, in *Riv. soc.*, 1982

BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960

BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2011

---

C

---

CAGNASSO, *Una "brusca frenata" da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile*, in *Giur. It.*, 2010

CAGNASSO, *Le modificazioni statutarie ed il diritto di recesso*, in Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti, *Le s.p.a., Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, IV, I, Padova, 2010

CAGNASSO-IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dir. da W. Bigiavi, Torino, 1990

CAIANIELLO, *Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. soc.*, 1992

CALANDRA BONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I

CALICETI SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. Soc.*, 1996

CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004

CAMMELLI, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Milano, 1997

CAMMELLI-DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in AA.VV., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. II. Le società*, a c. di M. Campobasso, Torino, 2012

CANNIVÉ, *Der Staat als Aktionär – Zu Möglichkeiten und Grenzen der gesellschafts-rechtlichen Steuerung im gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen* (in *Neue Zeitschrift für gesellschaftsrecht*, 2009)

CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, 1963

CAPO, *I presupposti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, dir. da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009

CARACCILO, *Stato e società civile*, Torino, 1971

CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004

CARANTA, *sub vocem Contatti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, v. I, Torino, 2008

CARDIA, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Milano, 1994

CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, D.L. 78/2009)*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, a c. di F. Guerrera, Torino, 2010

CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici*, in *Foro It.*, 1996, I

CAROSELLI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006

CASANOVA, *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia: impresa pubblica e impresa privata nella Costituzione*, in *Riv. Soc.*, 1967

CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962

CASSESE, *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in AA.VV., *Le imprese a partecipazione statale*, a c. di G. Minervini, Napoli, 1972

CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974

CASSESE, *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in *Economia pubblica*, 1985

CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1988

CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991

CASSESE., *Il problema degli enti pubblici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, III

CASSESE., *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *St. e merc.*, 1992

CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995

CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1996

CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, 2001

CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004

CASTAGNOLA, GIANZANA (CUR.), *Nuovo codice di commercio italiano: testo, fonti, motivi, commenti, giurisprudenza*, Torino, 1883-1894, Vol. 1

CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente"*, Padova, 1978

M. CIAN, *Investitori non azionisti e diritti amministrativi nella "nuova" s.p.a.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2006

CERULLI IRELLI, «Ente pubblico»: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in AA.VV., *Ente pubblico ed enti pubblici*, a c. di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, 1994

CERULLI IRELLI, «Ente pubblico»: *problemi d'identificazione e disciplina applicabile*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996

CERULLI IRELLI., *Diritto amministrativo*, v. I, Milano, 2005

CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011

CIRENEL, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983

CIRENEL, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, nel *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, v. VIII, Torino, 1992

CIRENEL, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005

COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2004, I

COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadr.*, 1993

CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1992

COTTINO, *Diritto commerciale*, v. I, 2, Padova, 1994

COTTINO, *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010

CRISMANI, FONDA, *Il funzionamento del mercato elettrico. Considerazioni alla luce delle recenti modifiche normative*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2009, 6

---

D

---

D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it.*, 1988

D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, I

DACCÒ, *I diritti particolari del socio nella s.r.l.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, dir. da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007

A. DALMARTELLO, *Società tipiche e clausole atipiche*, in *Riv. dott. comm.*, 1960

DE CECCO, *L'Italia e il sistema finanziario internazionale. 1861-1914*, Bari, 1990

DE LEONARDIS, *Legalità, autonomie e privatizzazioni*, in *Dir. amm.*, 2000 e in *Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti*, Milano, Giuffrè, 2000

DE LUCA, *Partecipazione "azionaria" e tipicità delle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II

DE NARDIS, *Privatizzazioni, liberalizzazioni, sviluppo: introduzione e sintesi*, in *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000

DE NOVA, *Il diritto di recesso del socio di società per azioni come opzione di vendita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004

DE STASIO, *Commento sub art. 2468*, in AA.VV., *Codice commentato delle s.r.l.*, dir. da P. Benazzo – S. Patriarca, Torino 2006

DEL GATTO, *Accesso agli atti delle società privatizzate e imparzialità della pubblica amministrazione (ovvero sull'ostensibilità degli atti dell'ente Poste S.p.a.)*, in *Foro amm. CDS*, 2002

DEL GATTO, *Natura privata e sostanza pubblica. Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Foro amm. CDS*, 2006

DELLA SCALA, *sub vocem Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2010

DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005

DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012

DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II

DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie*, in *Giur. Comm.*, 1991

DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, III

DI CHIO, *L'impresa a partecipazione statale: un modo di essere della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1976

DI CHIO, *sub vocem Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *comm.*, XIV, Torino, 1997

DI MARZIO, *Insolvenza e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a c. di F. Fimmano, Milano, 2011

DIMUNDO, *Commento sub art. 2484*, in AA.VV., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, a cura di G. Lo Cascio, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003

DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici*, Napoli, 2000

DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Tratt. Dir. Comm.*, dir. da V. Buonocore, Sez. IV Tomo 7, Torino, 2010

---

## E

EMMERICH-HABERSACK, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, München, 2010, *sub § 15*

ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954

---

## F

FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941

FALZEA, *sub vocem Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960

FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1976

FARES, *La soppressione degli enti pubblici nella finanziaria 2003*, in *Studium Iuris*, 2003

FAZZUTTI, *Commento sub art. 2468*, in AA.VV., *Le nuove leggi dell'economia. La riforma delle società. La società a responsabilità limitata. Liquidazione, gruppi, trasformazione, fusione, scissione*, v. III, a c. di M. Sandulli – V. Santoro, Torino, 2003

FENGHI, *La riduzione del capitale*, Milano, 1974

FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914

FERRI G., *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941, I

FERRI G., *sub vocem Contratto plurilaterale*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959

FERRI G., *Imprese soggette a registrazione*, in *Comm. Cod. civ.*, a c. di V. Scialoja e A. Branca, *sub artt. 2188-2221*, Bologna-Roma, 1972

FERRI G., *Le società*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da F. Vassalli, Torino, 1985

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970

FERRI G.B., *sub vocem Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, v. XI, Torino, 1995

FERRI G. JR., *Investimento e conferimento*, Milano 2001

FERRI G. JR., *Finanziamento dell'impresa e partecipazione sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002

FERRI G. JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003

FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971

FERRO LUZZI P., *La "trasformazione" degli enti pubblici in s.p.a., e la "speciale riserva"*, in *Giur. comm.*, 1995, I

FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza* Milano, 2011

FIMMANÒ – TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma*, in *Riv. not.*, 2003

FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, *Giur. comm.*, 2011, II

FIORANI, *Il fallimento delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, II, 2012

FIorentino, *Sullo scioglimento e la liquidazione delle società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952

FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008

FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Marino Solfanelli ed., 1984

FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004

FRAGOLA, *Radiotelevisione*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, VI App., Torino, 1986

FRANCESCHELLI, *Diritto pubblico e diritto commerciale*, in *Stato e dir.*, 1940

FRENI, *La trasformazione degli enti pubblici*, Torino, 2004

M. FRIEDMAN, *The Relation Between Economic Freedom and Political Freedom*, Chicago, 2002

FRÈ, *Società per azioni*, *Comm. del cod. civ.*, a c. di A Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982

---

## G

---

GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Contr. e impr.*, 2010

GALANTI, *Le S.p.a. pubbliche verso la privatizzazione: la direttiva del Ministero del Tesoro del 18 novembre 1994*, in *Banca corsa e tit. cred.*, 1994

GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008

GALGANO, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione delle persone giuridiche, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966

GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e A. Branca, Bologna-Roma, 1976

GALGANO, *La riforma dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1976

GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977

GALGANO, "Interesse pubblico-scopo lucrativo", *La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, v. VII, Padova, 1988

GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000

GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir comm. e dir. pubbl. econ.*, 2004

GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987

GARDINI, LALLI (cur.), *Per un'etica dell'informazione e della comunicazione. Giornalismo, radiotelevisione, new media, comunicazione pubblica*, Milano, 2009

GAROFOLI, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, *Urb. App.*, 1997

GAROFOLI, *Le privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998

GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972

GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000

GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.*, 1958

GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1959

GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature*, Napoli, 1974

GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, v. I, Milano, 1993

GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004

GOISIS, *La giurisdizione sugli atti di selezione degli acquirenti da parte di SCIP s.r.l.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006

GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Erlangen -Stuttgart, F. Enke, 1874-1875

GRECO, *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, *Riv. dir. comm.*, 1932, I

GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in Scoca, Roversi Monaco e Morbidelli, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2004

GRUNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009



GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a c. di F. Fimmanò, Milano, 2011

GUIDA, *Aspetti e problemi della circolazione delle partecipazioni*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010

---

## H

---

HEFEKÄUSER, *Die Deutsche Telekom AG- Von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen Zielsetzung in Unternehmen der öffentlichen Hand*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1996

HERMES, *Art. 87-d Luftverkehrsverwaltung*, in AA.VV., *Grundgesetz Kommentar*, v. III, a c. di Dreier, Tübingen, 2000

HIRTE, in *Insolvenzordnung Kommentar*, , sub § 11, München, 2010

---

## I

---

IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992

IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Tratt. delle s.p.a.*, dir. da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. VIII, Torino, 1992

IBBA, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999

IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005

IBBA, *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

IBBA, *"Generale" e "speciale" nel diritto dell'iniziativa economica nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010

IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2011

IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011

IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti?*, in *Giur. comm.*, 2012

IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2006

IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, in *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di Marchetti, Milano, 1995

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998

IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998

IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in *L'età della decodificazione*, Milano 1999

IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003

---

## J

JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992

---

## L

LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, v. IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981

LIBERTINI, *Alla ricerca di un "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I

LIBERTINI - SANFILIPPO, *sub vocem Obbligo a contrarre*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, v. XII, Torino, 1995

LIBONATI, *L'intervento dello Stato nell'attività di impresa*, *Riv. dir. comm.*, 1988, I

LIBONATI, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 1995

LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.* 1998, pagg. 1540 ss

LÖWER, *Der Staat als Wirtschaftsubjekt und Auftraggeber*, in *Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2001

LENER, *sub vocem Potere (in Diritto Privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1965

LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

**M**

---

MALTONI, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della L. n. 241/1990*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006

MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984

MARASÀ, *sub vocem Società speciali e società anomale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XXIX, Roma, 1993

MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazione e imprese: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, v. II, t. 1, Milano, 1998

MARASÀ, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998

MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *AA.VV.*, *Trattato delle società per azioni*, v. I, a c. di G.E. Colombo – G.B. Portale, Torino, 1993

MARASÀ, *Le Società. Società in generale*, *Trattato di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000

MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995

MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995

MASSERA, *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di V. Ottaviano*, v. I, Milano, 1983

MASSERA, *I contratti*, in *Tratt. dir. amm.*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003

MATTEI-MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997

MATTIONI, *Il contratto preliminare di società*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010

MAZZONI, *I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in *AA.VV.*, *Le società pubbliche*, a c. di C. Ibba – A. Mazzoni – M. C. Malaguti, Torino, 2011

MERLONI, PIOGGIA, SEGATORI (cur.), *L'amministrazione sta cambiando?: una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, 2007

MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004

MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007

MESSINEO, *Postille sulla nuova legislazione bancaria. Istituti di credito e Banche "di diritto pubblico"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1937, I

MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1948

MIELE, *Esperienze prospettive giuridiche della pianificazione*, in *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, *Quaderni di Iustitia*, 6, Roma, Ed. Studium, 1955

MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. Impr.*, 1986

MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1954

MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994

MODUGNO, *sub vocem Funzione*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1969

MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009

MOREA, *Gli accordi amministrativi tra "norme di diritto privato" e principi italo comunitari*, Napoli, 2008

MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968

## N

---

NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003

NAPOLITANO, *Soggetti privati "Enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003

NAPOLITANO, *Il Patrimonio dello Stato tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II

NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006

NAPOLITANO, *Le funzioni*, in *AA.VV.*, *Istituzioni di diritto amministrativo*, v. I, a c. di S. Cassese, Milano, 2006

NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008

NICOLAI, *Osservazioni sul problema dei limiti alle libertà economiche*, (nota a *Corte cost.*, n. 155/1990), in *Giur. cost.*, 1990

NICCOLINI, *Il capitale sociale minimo*, Milano, 1981

NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo – G.B. Portale, VII, Torino, 1997

NICCOLINI, *Commento sub art. 2486*, in AA.VV., *Società di capitali, Comm. Niccolini-Stagno D'Alcontres*, v. III, Napoli, 2004

NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai-Radiotelevisione italiana*, in *Cons. St.*, 1977, II

NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in AA.VV., *Trattato delle Società per azioni*, v. VI, dir. da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1993

---

## O

---

OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1989

OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I

OPPO, *L'identificazione del tipo "società di persone"*, in *Riv. dir. civ.*, 1988

OPPO, *La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura*, in *Riv. dir. civ.*, 1989

OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994

OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I

OPPO, *Principi*, in *Tratt. Dir. Comm.*, dir. da V. Buonocore, Sez. I, t. 1, Torino, 2001

OPPO, *Patrimonio dello Stato s.p.a. e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II

OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003

OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005

OTTAVIANO, *Ente Pubblico Economico*, in *Digesto disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991

OTTAVIANO, *Il governo dell'economia: principi giuridici*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 1997

OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in F. Galgano (dir. da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979

---

**P**

---

PACIELLO, *commento sub art. 2484*, in AA.VV., *Le nuove leggi dell'economia. La riforma delle società. La società a responsabilità limitata. Liquidazione, gruppi, trasformazione, fusione, scissione*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003

PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, *Riv. Soc.*, 1992

PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. I, t. 1, Torino, 2004

PALMIERI, *Commento sub art. 2332*, in AA.VV., *Società di capitali, Commentario*, v. I a c. di G. Niccolini – A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004.

PALMIERI G., *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012

PALMIERI G., *Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomia statutaria nella s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2012

PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Vol. 1, Paris, 1814

PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954

PEGORARO-RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, 2002

PERICU, *Commento sub artt. 2449-2450*, in AA.VV., *Le società di capitali. Commentario*, a c. di G. Niccolini – A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004

PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986

PETRAZZINI, *Commento sub artt. 2449-2450*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol. II, Bologna, 2004

PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988

PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007

PUGLIATTI, *Diritto civile*, Milano, 1951

PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954

PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario – Palermo, 19-23 ottobre 1952*, Milano, 1954

PUGLIATTI, *sub vocem Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964

---

## Q

---

QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, seconda edizione, Padova, 1980

---

## R

---

RAGUSA MAGGIORE, *La grande illusione della privatizzazione degli enti di gestione*, in *Dir. fall.*, 1992

RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, *Riv. dir. comm.*, 1933, I

REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950;

REINHARDT, *Die Deutsche Bahn AG. Von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1996

RENNA, *La 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

RESCIO, *Distribuzione di azioni non proporzionale ai conferimenti effettuati dai soci di s.p.a.*, in *AA.VV.*, *Il nuovo diritto societario tra società private e società aperte*, a c. di Benazzo-Patriarca-Presti, Milano, 2003

REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468*, in *AA.VV.*, *Il nuovo diritto societario*, dir. da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004

RICCIUTO-NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato dir. civ. Cons. Naz. Notariato*, Napoli, 2009, in part. pagg. 27 ss. e 157 ss.

RORDORE, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Soc.*, 2005

ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1986

ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica in Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, I, *La Costituzione economica*, Padova, 1977

SALV. ALB. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, 1979

SALV. ALB. ROMANO, *Il cosiddetto "risarcimento degli interessi legittimi"*, Roma, 1984

ROSSI A., *sub vocem Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1993

ROSSI A., *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e le società di interesse nazionale*, in *AA.VV., Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, v. XVII, Torino, 1985

ROSSI GIAMP., *Gli Enti pubblici*, Bologna, 1991

ROSSI GUI., *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Le privatizzazioni in Italia* a cura di P. Marchetti, *Rivista di diritto delle società*, Monografie e raccolte di studi, 1995

ROSSI GUI., *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.* 1998

ROSSI GIAMP., *Diritto amministrativo*, v. I, Milano, 2005

---

## S

---

SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2009

SACCO, *sub vocem Fattispecie (I agg.)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., Torino, 2010

SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Soc.*, 2001

SALAFIA, *Il recesso del socio nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2006

SANFILIPPO, *commento sub art. 2362*, in *AA.VV., Società di capitali*, Comm. a cura di Niccolini-Stagno D'Alcontres, v. I, Napoli, 2004

SANINO, *Le Privatizzazioni*, Roma, 1997



SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973

SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983

SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002

SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Tratt. Dir. Comm.*, dir. da V. Buonocore, sez. IV, tomo 10, Torino, 2009

SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2010

SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961

SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003

SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, *Dir. econ.*, 2005

SCHLESINGER, *Le legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992

SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 cod. civ.*, in *Foro Amm.*, 1984

SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958

SENA, *Società concessionaria del servizio di diffusione radiofonica e televisiva: appunti sull'art. 2461 del codice civile*, in *Giur. comm.*, 1976, I

SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Torino, 1959

SORACE, *Il governo dell'economia*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1984

SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974

SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione "preliminare" della società*, in *Giur. Comm.*, 1974, II

SPADA, *La Monte titoli s.p.a. tra legge e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987

SPADA, *sub vocem Impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., v. VII, Torino, 1992

SPADA, *Autorità e libertà nel diritto delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996

SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito (rileggendo la manualistica istituzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I

SPADA, *Classi e tipi dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003

SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2006

SPADA, *Libertà di associazione e forme di esercizio collettivo dell'impresa*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quaranta anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990

SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in *Riv. dir. civ.*, 2007

SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985

SPADA-SCIUTO, *Il tipo della società per azioni*, in AA.VV., *Tipo. Costituzione. Nullità*, in *Trattato delle società per azioni*, a c. di G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004, v. I

STELLA RICHTER JR, *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, in *Tratt. delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004, v. I

STELLA RICHTER JR., *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I

STELLA RICHTER JR, *Atto costitutivo (commento sub artt. 2326-2328)*, AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, dir. da L. Bianchi - F. Ghezzi - P. Marchetti - M. Notari, Milano, 2008

---

## T

---

TOMMASINO, *sub vocem Nullità (Dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, v. XXVIII, Milano, 1978

TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009

TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in AA.VV., *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, a c. di Brescia-Torchia-Zoppini, Napoli, 2012

TRAVERSA, *Le cause di scioglimento*, in AA.VV., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a c. di F. Fimmanò, Milano, 2011

TREVES, *Dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 2000

TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temì*, 1955

TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004

TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005

TURELLI, *L'informazione sulla gestione nelle società per azioni in liquidazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, dir. da P. Abbadessa – G.B. Portale, Torino, 2007

---

## U

URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in Cammino*, [http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/09/Urbano\\_societa\\_publiche\\_amministrativizzazione.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/09/Urbano_societa_publiche_amministrativizzazione.pdf)

---

## V

VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012

VENDITTI, *Negozi associativi economici*, Milano, 1932

VIETTI, *Le linee guida per una disciplina della crisi delle società pubbliche*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a c. di F. Fimmanò, Milano 2011

VIRGA, *sub vocem Contratto (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Torino, 1961

VISENTINI G., *Osservazioni sulla natura giuridica della GEPI, società di gestione e partecipazioni industriali*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1973

VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979

VISENTINI B., *Ancora sui limiti della disciplina privatistica della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994

VISENTINI G., *Lo Stato nell'economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005

VISENTINI G., *Commento sub art. 2451*, in AA.VV., *Le società di capitali. Commentario*, a c. di G. Niccolini – A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004

VON ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht: systematisch dargestellt*, Heidelberg, 1876

---

W

---

WANDT, *Die Begrenzung der Aktionärsrechte der öffentlichen Hand*, Berlin, 2005

WÜRTEMBERGER - NEIDHART, *L'Etat, actionnaire in Allemagne*, in *Rev. franc. admin. publ.*, 2007